



UNIVERSIDAD DE SEVILLA

FACULTAD DE DERECHO

DOCTORADO EN DERECHO

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA MIGRACIÓN: EL CASO DE
ESTADOS UNIDOS Y SU FRONTERA SUR

T E S I S

Que como parte de los requisitos para obtener el grado de

DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA

M EN D. SILVIA MATALLANA VILLEGAS

DIRIGIDO POR

DR. CÉSAR VILLEGAS DELGADO

SEVILLA, SEPTIEMBRE DE 2020.

1

ÁMBITO- PREFIJO

GEISER

Nº registro

00008744e2000046430

CSV

GEISER-0cc8-9b9b-d465-40af-8777-0023-bb8e-b526

DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN

<https://sede.administracionespublicas.gob.es/valida>

FECHA Y HORA DEL DOCUMENTO

01/10/2020 09:07:28 Horario peninsular



GEISER-0cc8-9b9b-d465-40af-8777-0023-bb8e-b526

Tabla de contenido

Introducción.....	6
CAPITULO I.....	21
MARCO DE REFERENCIA PARA ESTUDIAR LA LEGISLACIÓN MIGRATORIA INTERNACIONAL.....	21
1.1. <i>Introducción.....</i>	<i>21</i>
1.2. <i>Reflexiones epistemológicas.....</i>	<i>22</i>
1.3. <i>¿Qué significa el pensamiento crítico?.....</i>	<i>24</i>
1.3.1. La ciencia y el derecho según la Escuela de Frankfurt.....	25
1.3.2. El pensamiento Jurídico Crítico	29
1.3.3. Los Critical Legal Studies (CLS).....	31
1.3.4. El posestructuralismo y la deconstrucción	36
1.3.5. Las Epistemologías del Sur.....	38
1.3.6. Enfoques Críticos a la Globalización en el Derecho Internacional.....	40
1.3.7. La Teoría Crítica y los Derechos Humanos.....	43
1.4. <i>Los Estudios Críticos del Derecho en el Derecho Internacional.....</i>	<i>47</i>
1.4.1. Los Estudios Críticos del Derecho Internacional (CILT).....	48
1.4.2. Los <i>Third World Approaches to International Law</i> (TWAIL).....	52
1.4.3. Los Estudios Críticos del Derecho Internacional y la migración	53
1.5. <i>Marco jurídico de los migrantes en el DI</i>	<i>55</i>
1.5.1. El marco convencional.....	57
1.5.2. El contenido consuetudinario.....	59
1.5.3. El marco Jurídico en el Sistema Americano	60
1.5.4. La arquitectura multilateral y la gobernanza en migración.....	61
1.6. <i>Marco sociológico sobre la migración</i>	<i>62</i>
1.7. <i>Elementos conceptuales retomados de las corrientes críticas del derecho.....</i>	<i>66</i>
CAPÍTULO II.....	70
CONTEXTUALIZACIÓN, PROBLEMATIZACIÓN Y CATEGORIZACIÓN	70
2.1. <i>Introducción.....</i>	<i>70</i>
2.2. <i>Problemas del DIM señalados por la doctrina</i>	<i>71</i>
2.2.1. El DIM como una rama del DI	71
2.2.2. Falta de efectividad de las normas internacionales en migración.....	74
2.2.3. La fragmentación normativa como un problema del DIM.....	74
2.2.4. Falta de estructura	75
2.2.5. El problema de la coherencia.....	76
2.2.6. Las lagunas normativas del DIM	77
2.2.7. Desformalización como consecuencia del Derecho blando	78
2.2.8. Falta de compromiso de los Estados.....	79
2.2.9. Vulneración de la soberanía	80
2.3. <i>Clasificación de los argumentos.....</i>	<i>81</i>



2.3.1. Corrientes filosóficas del derecho identificadas en la problematización	82
2.3.2. Identidades teóricas de la doctrina identificadas	83
2.4. Clasificación propuesta para el análisis	85
2.5. Construcción de las categorías de análisis	86
2.5.1. Dimensión histórica y social del Derecho	87
2.5.2. Dimensión política del Derecho Internacional	89
2.5.3. Universalidad y derechos humanos	91
2.6. Metodologías retomadas de las corrientes críticas del derecho	94
2.6.1. La desconstrucción según Derrida	94
2.6.2. El concepto del otro en Derrida y su aplicación en la migración	98
2.6.3. El Análisis Narrativo	100
2.6.4. El Análisis del Discurso	100
2.7. Identificación de tensiones	101
2.7.1. Tensión soberanía-ius communicationis	102
2.7.2. Tensión nacionalismo-cosmopolitismo	104
2.7.3. Tensión formalismo-instrumentalismo	108
2.8. Reflexiones puntuales sobre la problematización	110
CAPÍTULO III	113
CONTRASTACIÓN DEL MARCO TEÓRICO CON LA PROBLEMATIZACIÓN EN TORNO AL DIM	113
3.1. Análisis de las limitantes formales del DIM	115
3.1.1. Las perspectivas teóricas sobre la noción de sistema	115
3.1.2. Tensión entre el constitucionalismo internacional y el pluralismo	122
3.1.3. La fragmentación	136
3.1.4. El problema de la fragmentación en el DIM	156
3.1.5. El uso instrumental de la <i>Soft-law</i>	165
3.1.6. La justa dimensión del problema de la fragmentación en el DIM	172
3.2. Análisis de las limitantes materiales del DIM	178
3.2.1. Categorías en el marco jurídico de la migración	180
3.2.2. Categorización jurídica de los migrantes y refugiados	192
3.2.3. El sistema binario que estructura el marco jurídico del DIM	197
3.2.4. El problema estructural de la ley de refugiados	203
3.2.5. El derecho de asilo y la metáfora de Kafka en "Ante la Ley"	213
3.3. Relación entre el contenido formal y material en el DIM	217
3.3.1. El paradigma instrumental en el DIM	223
3.3.2. Visiones instrumentales de la migración: la gestión migratoria	224
3.3.3. El cambio de paradigma	231
3.4. Lo formal y lo material de los Derechos Humanos en el DIM	236
3.5. Reflexiones finales	248
CAPÍTULO IV	251
CORROBORACIÓN MEDIANTE EL ESTUDIO DEL CASO DE LA FRONTERA SUR DE ESTADOS UNIDOS	251
4.1. Estados Unidos como poder hegemónico en el Derecho Internacional	253
4.2. Legislación Migratoria Internacional vigente en Estados Unidos	259



4.2.1. Sistema de Refugio	259
4.2.2. Tratados en Derechos Humanos.....	262
4.2.3. Problema estructural de la ley de refugiados	266
4.3. Políticas migratorias que complementan el paradigma.....	269
4.3.2. Sobre la disuasión y otras tácticas.....	270
4.3.3. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	275
4.3.4. Actitud de Estados Unidos hacia las instituciones.....	277
4.3.5. Justificación moral de Estados Unidos en el tema migratorio.....	279
4.3.6. El uso instrumental de la inmigración en Estados Unidos	282
4.4. Análisis del discurso hegemónico de EEUU en migración.....	283
4.4.1. La construcción del contexto	284
4.4.2. Las expectativas que genera el contexto	285
4.4.3. La Audiencia.....	287
4.4.4. El texto o la narrativa del discurso.....	288
4.4.5. Las características significativas del texto.....	292
4.4.6. Figuras retóricas.....	292
4.4.7. Categorías de deslegitimación en el discurso	293
4.5. Reconstruyendo el cosmopolitismo subalterno.....	295
4.6. Reflexiones desde el discurso contrahegemónico.....	300
Reflexiones finales.....	305
Bibliografía	310
JORDAN Miriam y Caitlin Dickerson <i>Las separaciones familiares de migrantes continúan aunque la política fue terminada</i>, Marzo 2019. New York Times. Retraído de:	338



Resumen

El Derecho Internacional de la Migración se encuentra atrapado en la “paradoja de la globalización” entre dos tendencias en apariencia contrapuestas: uniformización y fragmentación. Resulta reduccionista culpar a la fragmentación de la falta de eficacia de las normas, como insistir en que la desformalización resolverá su ineficacia. Actualmente, el DIM es una manifestación de las relaciones de poder existentes en el entorno internacional, y dista mucho de reflejar la realidad social o de responder a las necesidades de regulación de los movimientos migratorios. Vincular su fracaso a debilidades de forma distrae la discusión sobre limitaciones de fondo. Su errada formulación como un sistema binario en el que las categorías de migrante y refugiado son ambiguas a la luz de la complejidad de los movimientos de población globales, no permite dar certeza jurídica al migrante. Este DIM imperfecto, y carente de legitimidad, posibilita un *statu quo* que facilita el manejo de los flujos migratorios bajo criterios de eficiencia. Evade cuestionamientos en el ámbito jurídico material sobre la razón de ser de la norma, y contraría valores de justicia e igualdad que debe garantizar el sistema normativo cuya finalidad debe ser en últimas la protección de la persona migrante.

Abstract

International Migration Law is caught in the “paradox of globalization” between two apparently opposed tendencies: uniformity and fragmentation. It is reductionist to blame the fragmentation of the ineffectiveness of the rules, as it is insisting that de-formalization will solve their ineffectiveness. Currently, International Migration Law is a manifestation of existing power relations in the international environment, and is far from reflecting the social reality or responding to the regulatory needs of migratory movements. Linking their failure in form of weaknesses inherently distracts from the discussion of the underlying limitations. Its erroneous formulation as a binary system in which the categories of ‘migrant’ and ‘refugee’ are ambiguous considering the complexity of global population movements, and does not provide legal certainty to the migrant. This imperfect legislation, which lacks legitimacy, enables a *statu quo* that facilitates the management of migratory flows under efficiency criteria. It evades questions in the material legal field about the *raison d’être* of the norm, and contradicts values of justice and equality that the normative system must guarantee, as its purpose is ultimately centered around the protection of the migrant.



Introducción

Durante el periodo de elaboración del presente trabajo de investigación irrumpieron en la escena internacional de la migración dos sucesos que confrontaron cada uno de los elementos que estaban siendo objeto de análisis. Con ello se comprobó cómo hoy, cuando el mundo se altera ante la presencia de personas migrantes, nos encontramos frente a una etapa en la cual convergen la mayoría de los males que ha enfrentado este grupo en situación de vulnerabilidad, en un solo momento y circunstancia. El mundo entero entró en una cuarentena forzosa para evitar la propagación de un virus. Ante el cierre de fronteras, abandonados a su propia suerte, millones de personas experimentan cómo se les niega un lugar.¹ ¿Dónde deben cumplir la cuarentena los migrantes? La pandemia pone en jaque el sistema de asilo: satura los campos de refugiados, detona las deportaciones y suspende los procedimientos de las solicitudes de refugio, con pérdida de términos por años esperados. Se han interrumpido los programas de acogida humanitaria, mientras que la espera en los campos de refugiados se convierte en una bomba de tiempo como catástrofe humanitaria de propagarse el virus dentro de éstos, dadas las limitadas condiciones de higiene y hacinamiento que muchos mantienen.

Estados Unidos, como el principal Estado de acogida de migrantes, concentra todos los dilemas que se predicen de la migración, la pandemia actual no es la excepción: Trump deporta a deshoras, retorna mexicanos via fast-track de madrugada y sin mediar trámites, y para agravar más la situación no aplica a migrantes el protocolo del COVID-19, repatriándolos sin revisión sanitaria.

Previo a esta emergencia, otra de las más recientes crisis migratorias también tuvo lugar mientras se elaboraba este trabajo: el denominado éxodo centroamericano materializado en las caravanas masivas de migrantes que partieron principalmente de

¹ El número de migrantes internacionales a nivel global ascendió en la actualidad a 272 millones, un registro que indica un incremento de 51 millones de personas desde el año 2010. https://migrationdataportal.org/es?i=stock_abs_&t=2019



Honduras y se enfilaron con destino a Estados Unidos. En 2018, la travesía de varias caravanas se vio frustrada en Tijuana, cuando bajo estrictas medidas de contención se les impidió el paso por la frontera. México acondicionó refugios para las más de 11,000 personas que mantienen la expectativa de cruzar para solicitar asilo en Estados Unidos.² Actualmente, ya suman más de 60,000 centroamericanos en el infortunio, varados en México en su camino hacia la frontera como resultado de los acuerdos del Presidente Trump con Guatemala y México para frenar el flujo y evadir así su obligación internacional de proveerles una opción de refugio. Ello haciendo caso omiso del hecho de que los complejos desplazamientos de población actuales se agudizan por factores asociados al modelo económico de la globalización y a la errónea política de cooperación formulada en la Ayuda Oficial al Desarrollo (AOD), factores que en su conjunto pretenden “gestionar”, que en últimas es el eufemismo de detener, los flujos migratorios internacionales indeseados. Ningunas de estas medidas de gestión parecen tener resultados.

Ante las crecientes cifras que se traducen en oleadas de migrantes, la migración internacional se ha convertido en un problema en muchos lugares del mundo y es considerada hoy en día como un “agujero negro”, cuando realmente se trata de un drama profundamente humano. Paradójicamente, mientras que la cooperación internacional en materia de comercio y movimientos de capital van en aumento, los acuerdos internacionales en materia de migración son difíciles de alcanzar y los países, especialmente los del Norte, siguen optando por abordar el tema de forma unilateral. Esta gran paradoja de la globalización en la migración ha sido descrita por Andreas de manera sencilla: “mercados abiertos, fronteras cerradas”.³ Para reafirmar la paradoja: las fronteras no se encuentran cerradas para los hombres de negocios, de políticos y otras elites.

² VALENZUELA Arce, José Manuel (Coordinador), *Caminos del éxodo humano: Las caravanas de migrantes centroamericanos*, Editorial Gedisa, 2019, p. 12.

³ ANDREAS, Peter, *U.S.-Mexico: Open Markets, Closed Borders*, 103 FOREIGN POL'Y 51, 51, 1996.



En efecto, la migración internacional actual constituye una excepción dentro del proceso de globalización. Mientras la internacionalización de la economía crea un mercado mundial de trabajo en el que algunos países tienden a especializarse en suministrar cierto tipo de trabajadores al resto del mundo para asegurar una producción a escala global, lo que implica la circulación de la mano de obra, los países receptores de manera unilateral la obstaculizan. No obstante, como lo resalta Freeman, esta circulación se solapa mediante “una benigna negligencia con la migración indocumentada que parece convenir a los intereses de países y empleadores deseosos de acceder a una mano de obra desorganizada e irregular”.⁴

En tanto los números de la migración irregular se incrementan, las opiniones frente a ella se polarizan. Aquellos que defienden a los migrantes como grupo en situación de alta vulnerabilidad, y que se agrupan como sociedad civil, parecieran en últimas abogar por una política de fronteras abiertas. El dilema que ésta lucha representa, como lo expresó de manera coloquial un representante de la OIM, quien se siente criticado por ser la contraparte de las ONGs, consiste en que:

“Una parte de quienes componen a las ONG (...) cree que un migrante debería tener el derecho de quedarse donde desea y quiere quedarse. Quiero decir, es un poco contundente, pero eso es más o menos lo que mucha gente piensa. Y (somos) una organización intergubernamental que vive en el mundo real de los estados soberanos, las fronteras y las nacionalidades, y las categorías de residencias, donde lo que a este grupo le gustaría ver nunca sucederá”.⁵

Esta polarización disimula la paradoja detrás del discurso que se ha venido reproduciendo en el mundo desde el inicio del siglo XXI. A partir del ataque a las torres gemelas, la comprensión de la migración sufrió un cambio de paradigma, bajo la sombra siempre del tema de seguridad, se dio una reconceptualización mediante la cual se introdujo la noción de la gestión migratoria, y los organismos internacionales comenzaron una cruzada por

⁴ FREEMAN, Gary P., “*Can Liberal States Control Unwanted Migration?*”, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 534, 1994, pp. 17-30.

⁵ Retraído de: <https://elpais.com/mexico/2020-07-07/la-presion-de-trump-a-mexico-frena-la-llegada-de-cerca-de-200000-migrantes-a-ee-uu-en-un-ano.html>



promover una migración regulada, ordenada, y segura. Todo en términos de un objetivo de eficiencia, se busca atender una realidad que no se ha podido aún controlar. El sistema provisto en la legislación internacional no da resultado, por lo cuál se busca hacer extensivo al tema migratorio los beneficios del concepto de la gobernanza respondiendo a su consolidación desde mediados de los noventa como la matriz política de la globalización neoliberal.⁶

Es innegable que la realidad refleja una tensión Norte-Sur. Esta confrontación llevada al plano migratorio no es nueva; a lo largo de la historia, el mundo occidental se ha debatido entre lo que Derrida identifica como una tensión entre la hospitalidad condicional e incondicional. A manera de ejemplo, todo el proceso colonizador implicó un gran movimiento de personas que inició con el descubrimiento de América, periodo durante el cual afloraron los defensores de las fronteras abiertas y el *ius communicationis* o *ius peregrinandi* para sustentar los movimientos colonizadores. Hoy en día la globalización también desató un cambio en los patrones migratorios, pero hacia el sentido contrario: un significativo aumento de las solicitudes de asilo, el auge de la migración de Europa del este hacia Europa central y el incremento de la migración irregular hacia los países industrializados. Oleadas migratorias compuestas por flujos masivos de personas, éxodos que incluyen migrantes africanos y del Medio Oriente cruzando el Mediterráneo, familias y niños cruzando la frontera sur de Estados Unidos, afganos e iraquíes arribando a las costas Australianas de los que somos testigos en el nuevo siglo.⁷ Precisamente es en estos momentos extremos, expuestos por la situación actual de la pandemia del Covid-19, donde aumentan las deportaciones, se saturan los campos de refugiados y de dificultan los procedimientos de asilo, poniendo en riesgo a los, ya de por si vulnerables, migrantes pobres: una realidad de

⁶ SANTOS, Boaventura. Más allá de la gobernanza neoliberal: el Foro Social Mundial como legalidad y política cosmopolitas subalternas. En: *El derecho y la globalización desde abajo*. Hacia una legalidad cosmopolita. Editores: Boaventura de Sousa Santos y César Rodríguez México DF, México: Universidad Autónoma Metropolitana. Libros de la Revista Anthropos, p. 33, 2007.

⁷ Australia, Europa y Estados Unidos han enfrentado en este siglo flujos importantes de migrantes en busca de refugio, A Europa han ingresado 15 millones de personas de 1990 al 2015, <https://www.iom.int/world-migration-report-2018>. Han ingresado a México por la frontera sur 300.000 personas en el primer trimestre del año. GARCÍA, Carina, El Universal 24/04/2019, p. 22. Retraído de: <http://ediciondigital.eluniversalmas.com.mx/edqro/uq240419/index.html>



hospitalidad condicionada que pasa a ser una hospitalidad negada. Un segundo exilio, un limbo en el que se vislumbra poca posibilidad de que estas personas puedan rehacer sus vidas.

En efecto, esta experiencia que se está viviendo implica una negación de lugar que afecta de manera muy particular las vidas de aquellos *fuera de lugar*, y que exhibe de manera manifiesta las deficiencias del Derecho Internacional (en adelante DI), incapaz de garantizarles protección internacional. El Derecho Internacional de la Migración (en adelante DIM) se compone de un régimen de refugiados cuyos compromisos de fundación ya presentaban una tensión inherente: por un lado los principios humanitarios y de desarrollo, y por el otro el control soberano de los Estados sobre las fronteras y las decisiones sobre ciudadanía. La tensión inicial se ha hecho ahora evidente y el sistema se encuentra claramente fracturado. Se han puesto al descubierto las prácticas discriminatorias hacia los desarraigados, refugiados, sin-Estado, así como las estrategias antihospitalarias gestadas por parte de los Estados, principalmente los del llamado Primer Mundo, principal receptor de migrantes. Un régimen que refugiados que los debe proteger y por el contrario, los tiene de rodillas.

De frente a este evidente fracaso de la legislación internacional surge el cuestionamiento sobre: ¿cuál es la postura que representa el actual marco normativo internacional? ¿Dónde se encuentra realmente la falla del sistema jurídico en la migración? La propuesta de análisis va en el sentido de develar la cara social del Derecho internacional como alternativa para solventar la tensión constante entre los intereses estatales y los intereses comunes de la sociedad internacional. Dicha tensión se presenta en detrimento del individuo como sujeto del DI por lo que se requiere una evolución hacia la humanización de las normas internacionales y el reconocimiento de la dimensión social del ordenamiento jurídico.

Ante la barrera fronteriza que representa un DIM reconocido como ineficaz, que les niega a determinados seres humanos la posibilidad de acceder a ciertos mundos sociales para recobrar sus derechos y su dignidad, estos supuestos sujetos del DI resisten y luchan con la esperanza de romper todas las barreras (jurídicas, políticas, sociales y culturales) en busca de



acogida y protección, en una condición evidentemente desventajosa, a saber: desde los márgenes, los intersticios, los limbos, los no lugares.

¿Cómo se conecta la teoría con la realidad, con lo social y lo político en el derecho?
¿Cuál es la relación de las normas con la realidad social?

Es necesario recuperar la conexión de lo jurídico con el mundo real. No obstante, se sigue presentando una mirada fría ante la migración y una expresión angustiada desde ella. La propuesta es partir desde la formalidad de la doctrina cuando evalúa el Derecho Internacional de la migración, e ir transitando el camino hacia encontrar en las normas finalmente el rostro de aquella persona migrante que resulta incómoda, el sujeto de derecho del Sur.

El estudio del DIM en la globalización enfrenta asimetrías que reclaman el reconocimiento de un cosmopolitismo solidario, desde el concepto de la subalternidad⁸, que visibilice la lucha de las personas que son parte de este grupo de migrantes internacionales en condición de vulnerabilidad que claman por un lugar de inclusión, dignidad y protección de derechos. Representan el clamor de una humanidad que pide no sólo asistencia humanitaria y caridad, sino un nuevo orden global más hospitalario, donde el mundo se convierta en hogar de todos los seres humanos sin excepción. ¿Desde dónde se plantea esta respuesta?

Se partirá de la teoría jurídica. Puede presentarse como un terreno árido, o tal vez “encriptado”, pero es desde donde se presentan las ideas al derecho. Es necesario deconstruir desde la teoría jurídica para poder luego reconstruir en la realidad. Al fin y al cabo este es un trabajo de investigación que se propone desde la ciencia jurídica.

El concepto de la norma jurídica debe salir de ser simplemente “lo normado” y se debe aproximar a la realidad. La atención al contexto y a los hechos es imprescindible. Esto porque la posición de las normas jurídicas en muchas ocasiones se confunde con

⁸ Sobre el concepto de Gramsci *Vid.* MODONESI, Massimo. *Subalternidad, antagonismo y autonomía*. Buenos Aires, Argentina, CLACS, 2010.



consideraciones fácticas, intereses o estructuras que conforman el contenido normativo. Es primordial resaltar cuáles son los objetivos que persigue, quienes son los participantes y cuáles sus funciones y expectativas, así como los factores, intereses, situaciones y estructuras que lo conforman. Esto puede explicar el porqué el DIM tiene un contenido concreto.

Se procurará hacer uso de metodologías que se acerque a la realidad como el análisis de la narrativa o el análisis del discurso, para hablar sobre teorías y prácticas, y se concluirá con el análisis de lo más humano: lo que en el ámbito jurídico se conoce como el sujeto de derecho.

Objetivo General

Con este trabajo de tesis doctoral se busca proyectar una reflexión sobre las limitaciones del DIM que ha señalado la doctrina, para determinar, con la legislación como categoría referencial, el sustento teórico de las críticas sobre sus fallas.

Objetivos Específicos

1. Conocer las críticas al corpus jurídico de la migración internacional provenientes de la doctrina y los organismos internacionales.
2. Establecer las corrientes teóricas que hacen sostenibles dichas afirmaciones.
3. Contrastar y evaluar desde las categorías de las teorías críticas del derecho la validez de los señalamientos doctrinales e institucionales.
4. Explorar y descubrir cuáles son los objetivos que soportan y motivan las afirmaciones.

Justificación

Los estudios críticos frente al tema de la migración han fallado en posicionarse desde el derecho. La proliferación de estudios desde ese ámbito teórico se ha concentrado en



movimientos sociales de migrantes o la denominada autonomía de las migraciones, cuyo énfasis reside en legitimar las razones subjetivas en las decisiones de migrar, con el fin de complementar las perspectivas economicistas que predominan. Con ello se ha ignorado el enfoque específico en la ley, produciendo un vacío que, de ocuparse puede revelar nuevas perspectivas que expliquen la desafortunada vulnerabilidad que padece el migrante. Para ello, es necesario reconocer la intensa dimensión política del fenómeno migratorio, siempre oculta tras el énfasis en la faceta económico-laboral de una parte importante de los procesos migratorios. Esto explica el interés en mantener una dominación unilateral de las migraciones al servicio exclusivo de los intereses de los Estados receptores, lo que produce unos déficits profundos en la configuración de las relaciones internacionales que se reflejan en el DIM. Estos déficits y desequilibrios deben ser estudiados, explicados y comprendidos en su justa dimensión, con el fin de comprender las contradicciones normativas como antinomias o vacíos legales que los desencadenan.

Hipótesis

H1. El DIM no está cumpliendo con su objetivo jurídico-social y solapa una instrumentalización del derecho en favor de los Estados más poderosos.

H2. La descalificación del DIM se realiza con el fin suprimir el referente normativo, y con ello favorecer el paradigma de la gobernanza de la migración a nivel global.

Límites y direcciones para la investigación

Es necesario realizar algunas precisiones conceptuales con el fin de establecer los límites dentro de los cuales se desarrolla esta tesis doctoral. Primero, se entiende por DIM un conjunto de normas de Derecho Internacional Público que regulan el tránsito internacional de personas (nacionales y extranjeros); establece las modalidades y condiciones a las que se sujetará el ingreso, permanencia o estancia y salida de extranjeros y lo relativo a la salida, emigración y retorno o repatriación de nacionales. El presente trabajo se concentra en la migración internacional que involucra el acto mediante el cual el migrante cruza una frontera,



acto que define la migración internacional, por lo que quedan excluidos los desplazamientos internos dentro de un Estado.

El DIM cuenta como subsectores con el Derecho del Refugio, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

Dentro del marco de la movilidad humana⁹ se ha considerado relevante distinguir el elemento de voluntariedad,¹⁰ dado que los elementos que la componen incluyen los siguientes:

- . Es un proceso humano: el ser humano es el principal actor del proceso de movimiento o circulación; por ello, es objeto de decisiones públicas o privadas.
- . Es expresión del ejercicio de un derecho humano: la movilidad es la expresión social del ejercicio del derecho a la libre circulación.
- . Es multicausal: los motivos que llevan a una persona a moverse son variados: laborales, económicos, educativos, forzados o voluntarios, recreativos, etcétera.
- . Intencionalidad de permanencia: la persona en movilidad puede tener la intención de permanecer en el lugar de destino por períodos cortos o largos.
- . El cruce de límites: este proceso implica el desplazamiento entre límites o divisiones geográficas o políticas.

Esta definición contrasta con la de migración o migraciones como “movimientos de poblaciones que se efectúan de manera voluntaria y con una intención de permanencia en el

⁹ La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) la define como la “movilización de personas de un lugar a otro en ejercicio de su derecho a la libre circulación”. Se trata de “un proceso complejo y motivado de diversas razones (voluntarias o involuntarias) que se realiza con la intencionalidad de permanecer en el lugar de destino por períodos cortos o largos, o, incluso para desarrollar una movilidad circular. Este proceso implica el cruce de los límites de una división geográfica o política, dentro de un país o hacia el exterior. OIM: Gestión Fronteriza Integral en la Subregión Andina. Módulo de capacitación para una gestión fronteriza integral que garantice los derechos humanos de las personas en movilidad y combata la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes. Organización Internacional para las Migraciones y Comisión Andina de Juristas. Primera edición, Lima, 2012.

¹⁰ Por ejemplo, Castro en su estudio de la Gobernanza internacional en el tema de la migración, para efectos de precisar los contornos de su investigación, distingue entre movimientos voluntarios e involuntarios, circunscribiendo los alcances del término “migraciones” solo a aquellos que son de carácter voluntario. Con ello deja fuera de su análisis aspectos como la demanda de asilo. CASTRO, Alexandra. *Gobernanza Internacional* Tirant lo Blanch, 2012.



lugar de destino”, la cual excluye a las migraciones involuntarias en la que las personas son obligadas a huir, bien sea por persecución de terceros o por acontecimientos naturales. Usualmente, estas categorías son entendidas como personas que pueden ser sujetos de un proceso de reconocimiento de asilo. El problema consiste en que estas dos categorías no son claramente distinguibles en muchos casos, dado que muchas personas que migran también se consideran como solicitantes de asilo en situaciones que se adecúan al concepto de la migración voluntaria. En esta confusión radica uno de los principales problemas del DIM, es decir, la distinción entre inmigrantes y refugiados.¹¹ Ambas categorías son objeto de estudio de la presente investigación, por lo que el elemento de voluntariedad no será inicialmente el fundamento para distinguir entre una y otra.

De manera similar, aunque se reconocen algunas virtudes del concepto de movilidad en contraste con el concepto de migración, éste último será el término que se privilegiará a lo largo de la investigación. Aunque el término “movilidad” parece proveer de una descripción más amplia del fenómeno de la migración, porque incluye una serie de cuestiones normativas pertinentes, por ejemplo, el derecho a salir y volver a ingresar en el Estado de origen, la adquisición de la ciudadanía y la doble nacionalidad, refugiados, desplazados internos y otros migrantes forzados;¹² la definición que se adopta en este trabajo sobre el DIM, no incluye todos estos conceptos, pero además, no se privilegiará el término movilidad por la connotación política que acarrea y que será objeto del análisis a lo largo de la investigación.

No se proponen soluciones específicas desde el punto de vista legal, la tesis se limita a resaltar y analizar las inconsistencias del ordenamiento internacional, así como explorar las

¹¹ De Lucas se refiere al tema cuando con preocupación advierte que “cada vez resulta más cuestionable un tópico que juristas, políticos y opinión pública había aceptado como uno de los raros asideros firmes en el debate: la distinción entre inmigrantes y refugiados”. Poniendo en tela de juicio la categoría jurídico internacional de refugiados, como ambiguo a la hora de categorizar migrantes fruto de desplazamientos masivos de población que huyen de sus países de origen buscando seguridad, no necesariamente en el concepto tradicional de “refugio”, como bien lo cuestiona. Prólogo De Lucas al libro de VACAS Fernández, Félix. *El derecho migratorio internacional y europeo, como límite desde los Derechos Humanos a la discrecionalidad de los Estados*. Tirant lo Blanch, 2017.

¹² ALEINIKOFF, A. Toward a Global System of Human Mobility: Three Thoughts *AJIL Unbound*, Volume 111, 2017, pp. 24-28.



corrientes teóricas que pueden inspirar una nueva perspectiva de análisis que ponga el énfasis en el migrante como sujeto del DI.

Estructura

Para el cumplimiento de los objetivos de la investigación y el correcto desarrollo de este estudio, la tesis se ha dividido en cuatro capítulos que obedecen metodológicamente a las siguientes cuestiones:

El Capítulo I se propone, como marco de referencia, delinear el aparato conceptual que va a servir para analizar la legislación internacional en migración mediante la construcción de un marco teórico desarrollado a partir de la teoría crítica. Dicho marco general de referencia estará compuesto por un marco teórico filosófico con una reflexión sobre el papel de la teoría y la ciencia como una vía de aproximación al conocimiento de un objeto. En el marco conceptual se expondrán las corrientes teóricas críticas y a partir de ellas se establecerán los aportes que se advierte pueden ser retomados dentro de la ciencia jurídica.

El marco jurídico enunciará la legislación migratoria vigente, es decir, el conjunto de normas consensuales y consuetudinarias que construyen el DIM. Finalmente, se retomarán las categorías de análisis que se consideren pertinentes, para darle una metodología crítica a la investigación.

Como marco socio-histórico, se expondrán las principales teorías que han ofrecido una interpretación en torno a la migración desde las diversas disciplinas.

En el Capítulo II se desarrolla el planteamiento del problema. Siendo el objeto de estudio el DIM, se presentarán las posturas de la doctrina desde la academia y desde las organizaciones internacionales respecto a las limitantes que presenta el DIM. Así mismo, se plantearán las causas que se han detectado con el fin de establecer las variables.



Una vez planteada la problematización, se proponen, a partir del marco de referencia, las tres perspectivas constituidas como categorías que serán retomadas de la teoría crítica para el análisis a lo largo del tercer capítulo, a decir la perspectiva histórico-social, la perspectiva política, y por último la universalidad y los derechos humanos. Además, se formula como metodología la deconstrucción, el análisis narrativo y del discurso, que permitirán el análisis de tensiones en las polaridades detectadas, las cuales se incorporarán de manera transversal a lo largo de la investigación.

El tercer capítulo contrastará el marco teórico-conceptual con la problematización planteada. Partiendo de una denuncia reiterada por parte de la doctrina iusinternacionalista especializada en temas de migración, se ha identificado una debilidad en la disciplina del DIM que se relaciona aparentemente con problemas formales. Siendo un tema polémico dentro del DI contemporáneo, se analizará el problema de la fragmentación normativa desde las principales corrientes teóricas del DI. Se evaluará su efecto en el DIM en términos de la plenitud, la integridad y la coherencia normativa para evaluar el fundamento de las inquietudes de la doctrina

Para evaluar la eficacia del DIM, en la segunda parte se contrastan los resultados del análisis anterior con el contenido normativo en materia de migración. Para evaluar su efectividad, se determinará si existe una discrepancia entre los objetivos que persigue y los resultados que produce, así como investigar otros posibles efectos en su aplicación. Se tomarán en cuenta consideraciones sobre la legitimidad de las normas, el trasfondo político que alimenta al sistema, la carga ideológica que soporta, aportes todos formulados desde la corriente de los estudios críticos del derecho y las epistemologías del sur.

En cuarto y último lugar, el Capítulo IV contendrá un proceso de corroboración mediante el cual se verificarán las hipótesis en términos de los resultados del análisis anterior a través del estudio de caso, que servirá para contrastarlo. Se ha escogido el flujo migratorio de mayor antigüedad en el ámbito mundial contemporáneo, que se configura a partir de la



frontera común de 3,169 kilómetros entre México y Estados Unidos.¹³ Por la magnitud del movimiento humano que sostiene, genera una relación de vecindad conflictiva, asimétrica, características que favorecen la contrastación de la efectividad del DIM.

Se determinó identificar tres aspectos para este análisis: las normas, las prácticas y los discursos migratorios impulsados por Estados Unidos, que desplegados por un líder hegemónico probablemente reproducen el régimen global de gobernabilidad migratoria en un escenario de creciente restricción y criminalización de las migraciones, dentro de la retórica de favorecer la gestión que busca lograr una “migración regular y ordenada”.

Se propondrá una reflexión que identifique los patrones propios del nuevo paradigma en la postura de los Estados Unidos frente a la migración. Se concluirá, a partir de este estudio, una reflexión sobre su participación e injerencia en el nuevo paradigma, con el fin de corroborar si el sistema mantiene un *statu quo* en el manejo jurídico para fortalecer la gobernanza migratoria. Se discutirá si este paradigma afecta en últimas la certeza jurídica y la protección de los migrantes. Se analizarán las propuestas desde las Epistemologías del Sur.

Para finalizar, se expondrán las conclusiones que se han extraído a resultados de la investigación realizada.

Metodología

El método científico que se seguirá en la investigación consiste en el planteamiento del problema a partir del cual se formuló la hipótesis, posteriormente se procede al levantamiento de información bibliográfica, normatividad, principalmente internacional, jurisprudencia y archivos. Mediante la comparación y contrastación se procede a la comprobación de la hipótesis, de lo cuál se extraerán las conclusiones.

El siguiente estudio se puede ubicar respecto de la taxonomía de la investigación científica, de la siguiente manera:

¹³ Su trascendencia radica en el hecho de que casi el 30% de su propia población 11,7 millones de personas nacidas en México viven en Estados Unidos. Más interesante aún que de este total, (5,6 millones) carecen de autorización legal.



1. Propósito: Atendiendo al propósito es estrictamente documental, aunque para algunos objetivos se incorporen elementos de campo.
2. Enfoque: Cualitativo
3. Nivel de conocimientos que se pretende adquirir: Exploratoria, originalmente, descriptiva y reflexiva.

Se han planteado los objetivos específicos que conllevan la siguiente metodología:

1. Construir categorías y criterios de análisis a partir de los postulados de la teoría crítica mediante el método de análisis a partir del marco referencial propuesto.
2. Advertir las diferencias entre los modelos teóricos dentro del DI e identificar su influencia sobre el contenido formal y material del DIM, a través de la implementación de método de análisis y contrastación.
3. Identificar y catalogar el marco normativo universal y regional, específicamente el americano que compone el DIM, mediante el análisis y la comparación.

El tipo de investigación será documental y teórica. Las técnicas de investigación serán documentales a través de la revisión de bibliografía, normatividad, jurisprudencia y archivos. Se determinará la relación entre variables y teorías. Las hipótesis serán contrastadas con respecto a las variables y los indicadores en su relación empírica con el fin de confirmarla o descartarla.

Perspectiva Metodológico-Epistemológica

Las metodologías propuestas por la teoría crítica serán retomadas, dado que favorecen el objetivo de investigación de integrar el debate del ámbito académico y político sobre la migración, que de manera habitual se habían llevado a cabo por separado.

Se proponen las siguientes pautas metodológicas:

- La deconstrucción del *corpus* jurídico que conforma el DIM
- La identificación de tensiones



- El análisis narrativo
- El análisis del discurso

Es importante establecer que, de manera auto-reflexiva, la autora se reconoce consciente de las ambiciones, los límites y los prejuicios de las propias ideas que aquí se vierten, lo que involucra la responsabilidad de no considerarse imparcial sino más bien, reconocer que la realidad no es susceptible a una representación neutral, objetiva, y reconocer la influencia del espacio y el lugar desde el que se habla. Implica hacerse responsable de manera transparente sobre las elecciones y los sesgos culturales, profesionales y personales que se desarrollan a partir del impacto de factores externos y creencias internas.



CAPITULO I

MARCO DE REFERENCIA PARA ESTUDIAR LA LEGISLACIÓN MIGRATORIA INTERNACIONAL

1.1. Introducción

El presente capítulo formulará un marco referencial que constituya un referente teórico y metodológico para analizar los problemas que se han señalado sobre la legislación internacional en materia migratoria. El objeto de estudio es, por lo tanto el DIM, cuyo desarrollo ha contado con la influencia de las principales corrientes teóricas del derecho: el positivismo jurídico y el iusnaturalismo. Desde la perspectiva epistemológica y teórica se propone como referente la teoría crítica porque sus postulados reconocen lo imprescindible de acercar la realidad a las normas del derecho. A través de esta corriente se plantea evaluar la normatividad internacional en términos de su efectividad, eficacia, y legitimidad, y determinar si existe una discrepancia entre los objetivos que persigue y los resultados que produce. De la misma manera propende por explorar otros efectos que pueda tener su aplicación. Son tres las principales razones por las que se propone la teoría crítica como referente metodológico ideal para analizar el tema migratorio.¹⁴

Primero, esta escuela de pensamiento se coloca en medio de las corrientes tradicionales del derecho mencionadas: iusnaturalismo y positivismo jurídico, por lo que constituye una alternativa paradigmática, con su respectivo fundamento teórico epistemológico y metodológico.

Segundo, el concepto de ciencia y de teoría que sostiene resulta pertinente una vez se detectan las limitantes que ha enfrentado la teorización en los temas migratorios. Por un lado, las teorías formuladas desde el empirismo se han limitado a estudiar segmentos de la problemática mediante una acumulación de hipótesis y han fallado en la enunciación de

¹⁴ Teoría Crítica, en filosofía, se denomina al cuerpo teórico principal de los filósofos y otros pensadores de diferentes disciplinas adscritos a la Escuela de Frankfurt: Theodor Adorno, Walter Benjamin, Max Horkheimer, Herbert Marcuse, Jürgen Habermas, Oskar Negt o Hermann Schweppenhäuser, Erich Fromm, Albrecht Wellmer y Axel Honneth entre otros.



principios. De otra parte, las teorías que se han vertido se concentran en aspectos económicos-laborales, distrayendo o minimizando la profunda dimensión política del fenómeno migratorio. Precisamente las corrientes críticas han reivindicado la influencia de lo político en el Derecho.

Tercero, esta corriente de pensamiento resulta idónea para el estudio del fenómeno migratorio al denunciar representaciones ficticias de universalidad y proponer estrategias para contrarrestarlo. Con ello rescatan la diferencia, la heterogeneidad y el conflicto como realidad del DI. En especial, se reivindica a los sectores más vulnerables y marginados, como sujetos del derecho excluidos de la sociedad.

Este capítulo busca establecer como marco teórico filosófico de referencia a la teoría crítica, pero dado que no es fácil encontrar tesis teóricas comunes en los movimientos críticos del derecho, se le dedicarán unos apartados a recuperar los conceptos aplicables a la ciencia jurídica a partir de la Escuela de Frankfurt, hasta la reciente corriente de las Epistemologías del Sur. Esta síntesis es importante porque a partir de ella se formularán las categorías de análisis. Posteriormente, se presentarán las corrientes jurídicas derivadas de esta escuela de pensamiento, particularmente los estudios críticos del derecho, y específicamente los estudios sobre el DI. Una vez planteados los conceptos fundamentales se construirá un marco teórico-jurídico basado en la legislación migratoria internacional vigente. Por último se presentarán las diversas teorías sobre la migración para construir el contexto sociológico. Para concluir, se recogen las categorías de referencia que se han de utilizar de manera transversal a lo largo de la investigación.

1.2. Reflexiones epistemológicas

No se propone emprender esta investigación desde el ámbito teórico y metodológico del positivismo, como tampoco del iusnaturalismo. Por encontrarse el tema de investigación en la esfera jurídica que involucra distintos países que se caracterizan por sus asimetrías, se ha planteado estudiarlo desde la corriente que ha propuesto un nuevo registro analítico del derecho bajo un nuevo prisma muchas veces inexplorado. A través de la deconstrucción de la dicotomía entre derecho y poder, se buscará cuestionar principalmente los términos del



positivismo central, y si éstos constituyen intereses que operan dentro de un contexto normativo.

Se requiere también una teoría que reivindique el posicionamiento de la persona migrante como sujeto de derechos en la esfera internacional, para lo que se requiere una concepción del mundo antidogmática que habilite nuevas sociabilidades y abra alternativas de acción para los sujetos jurídicos que migran que en su mayoría pertenecen al Sur global.¹⁵

Específicamente a nivel metodológico, esta investigación reivindica la construcción discursiva de la realidad jurídica, que contempla el objeto de estudio en la ciencia jurídica como una construcción teórica e ideológica producto de la argumentación. En consecuencia, este objeto no existe materialmente; es, por el contrario, una construcción discursiva que hace el intérprete-investigador a partir de sus categorías epistémicas personales, por lo cual se reivindica el razonamiento dialéctico, por sobre al razonamiento analítico.

Para sostener esta propuesta metodológica en la ciencia jurídica se sugiere una perspectiva epistemológica basada en los principios de inestabilidad y contingencia.¹⁶ Un fenómeno tan dinámico como la migración requiere de estos dos conceptos que modifican de forma determinante el objeto de estudio de la ciencia, porque el objeto no está dado, como lo establecían las teorías del conocimiento tradicionales que suponen un mundo de objetos inmanentes en espera a ser conocidos por el sujeto. Por el contrario, cuando la teoría “lanza su red de pescar al mundo real”, el fenómeno ya se ha escabullido dentro de su propia opacidad, generando nuevas formas recónditas y inaprehensibles. Es necesario, por ende, reconocer que el objeto está dándose y se construye de manera discursiva por el investigador, consiste en una interpretación que construye un argumento. Por tanto, la racionalidad jurídica reside en esa construcción argumentativa.

¹⁵ WOLKMER Antonio Carlos. *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. Colección En Clave de Sur. 1ª ed. ILSA, Bogotá D.C. Colombia, octubre de 2003, p. 23.

¹⁶ Conceptos retomados de Prigogine. *Vid.* PRIGOGINE, Ilya. (s/f). El fin de las certidumbres. <http://www.medicinayarte.com/img/el-fin-de-las-certidumbres.pdf>



Partiendo de esta postura, se hace un “amarre epistémico” con la teoría crítica que complementa este razonamiento metodológico. Parafraseando a Sanín, la crítica no pretende develar el objeto puro o inmaculado que yace inmóvil al final del túnel teórico, ni busca su legitimación mediante la reconstrucción de sus valores internos, sino que somete cualquier “valor” a la posibilidad de ser reconfigurado por cualquier agencia, en cualquier escala empírica, con cualquier causalidad modal, dentro de cualquier estructura. Defiende que el lenguaje y el conocimiento nos pertenecen a todos sin distinción alguna, sin jerarquía que ordene sus usos y significados.¹⁷

La trascendencia de la teoría crítica en los estudios en migración, consiste en no aislar los fenómenos y sucesos políticos en matrices cerradas, donde el tiempo y el espacio estén controlados rigurosamente por la necesidad de demostrar la autonomía del fenómeno y la supremacía de su modelo (natural, matemático o social). Desde su perspectiva: “el crítico reabre todos los espacios de conexión ontológica donde cosas, seres, objetos y sujetos se comunican a partir de su propia contextura inmanente (...) la crítica entiende que toda ontología es, ante todo, una ética”.¹⁸

1.3. ¿Qué significa el pensamiento crítico?

El pensamiento crítico como concepto es amplio y polisémico: responde a una variedad de significados o sentidos. La crítica es ejercer algo dinámico, transformador y creativo, no estático. Es un concepto que en sí mismo expresa la transformación, el dinamismo y la emancipación.

La teoría crítica occidental europea se refiere a una tradición de filósofos desde Descartes, Kant, hasta Popper con el racionalismo crítico, e incluye una variedad de proyectos posrealistas y pospositivistas. La teoría crítica moderna surgió de la escuela de Frankfurt representada por sus pioneros Adorno, Horkheimer y Benjamin, quienes

¹⁷ Este concepto metodológico es planteado por SANIN. Véase prólogo de Sanin en ESTÉVEZ, Ariadna. *Guerras Necropolíticas y Biopolítica de asilo en América del Norte*. Universidad Autónoma de México, 2018, p 13.

¹⁸*Ibidem*.



reflexionaron sobre una nueva teoría de la sociedad y del propio proyecto iluminista de la modernidad, lógica instrumental, y racionalidad. Introdujeron conceptos con dos matrices teóricas: el marxismo y el psicoanálisis, y desde ellos analizaron los problemas del Estado capitalista contemporáneo. Su fundamento se encuentra en la tradición proveniente de la asociación de la crítica hegeliano-marxista del mundo moderno en general y de la sociedad capitalista. También reside en la interpretación de modernidad de Max Weber y en la comprensión de la subjetividad moderna de Sigmund Freud, representantes que estuvieron todos vinculados al trabajo que se inició en aquel Instituto.¹⁹

La tradición occidental o eurocéntrica cuenta con dos grandes tendencias críticas. Por una parte, la escuela alemana crítica como concientización del sujeto histórico titular de una praxis que es capaz de transformar el mundo. Por otro lado, la teoría crítica posmoderna representada por la escuela francesa, pos estructuralista, que no es una crítica que trabaje la emancipación, pero tiende a trabajar la destrucción. Esta corriente, de manera general expresa una cierta visión nihilista relativista.

Por último, las Epistemologías del Sur son una corriente no occidental que ha identificado una limitante en las premisas epistemológicas del pensamiento crítico eurocéntrico por omitir referirse a la opresión proyectada desde el colonialismo y el patriarcado. En consecuencia, consideran fundamental reivindicar la epistemología del Sur para tratar de corregir la opresión desde esa realidad fuera de occidente. Su finalidad no consiste en reemplazar la epistemología del Norte o invertir la jerarquía. Más bien se procura desaparecer la diferencia, lo que permitiría que cada una recupere su propio espacio.

1.3.1. La ciencia y el derecho según la Escuela de Frankfurt

¹⁹ El desarrollo teórico asociado a la Escuela de Frankfurt se compone claramente de tres generaciones: la primera la constituyen sus miembros originales, un grupo de investigadores constituido por Theodor W. Adorno, Walter Benjamín, Herbert Marcuse y Erich Fromm; la segunda generación, que se suele identificar sobre todo con Jürgen Habermas; y una tercera generación que surge a partir del trabajo del ex asistente de Habermas, Axel Honneth. *Vid. MESQUITA Sampaio De Madureira, Miriam La Teoría Crítica de la Escuela de Frankfurt, de la primera a la tercera generación: un recorrido histórico-sistemático*, RIFP, número 34, 2009.



La teoría crítica inicia su fundamento en el análisis que hace uno de sus fundadores, Max Horkheimer, sobre la teoría y la ciencia. A partir de dichas consideraciones se formula la Teoría Crítica, cuya principal característica es su fuerte oposición a la especulación filosófico-sociológica no vinculada a problemas reales y concretos, al empirismo positivista y al énfasis en los métodos cuantitativos. En suma, la Teoría Crítica es, o pretende ser, una crítica radical a las formas tradicionales de producción del saber, específicamente al saber de las ciencias.

Evocando el origen de la escuela de Frankfurt, se opta por validar de manera breve la reflexión de Horkheimer sobre la función de la ciencia y la teoría como uno de los sustentos epistemológicos de la presente investigación, por lo que es relevante remitirse directamente a su obra.

Su crítica comienza cuando evidencia cómo el trabajo científico de las ciencias sociales (entendidas como conjunto de disciplinas que se ocupan de la vida social), siempre pretendiendo imitar el modelo de las ciencias naturales, consiste en compilar inmensas cantidades de datos singulares acerca de problemas que son tratados mediante cuidadosas encuestas y otros medios auxiliares de las investigaciones empíricas.²⁰

Este científicismo moderno absolutiza la actitud positivista de las ciencias como único método científico, y convierte la metodología de las Ciencias de la Naturaleza como el modelo ideal que han de seguir también las Ciencias Sociales, incluyendo en ello también al propio derecho. Desde este modelo es necesario ascender de la descripción de fenómenos sociales a la comparación detallada, y a partir de ella a la formación de conceptos generales (método inductivo). Para los empiristas sólo serán válidas las inducciones completas como principios supremos de la teoría.

Para los críticos del empirismo hay otros procedimientos que se consideran correctos para la formación de las categorías y los principios supremos que no dependen de la

²⁰ HORKHEIMER. M. *Teoría tradicional y teoría crítica*. Ediciones Paidós. Universidad Autónoma de Barcelona, p.30-41.
https://www.academia.edu/7309370/Max_Horkheimer_Teor%C3%ADa_tradicional_y_teor%C3%ADa_cr%C3%ADtica



compilación de materiales. Consiste en la configuración de material científico en una estructura ordenada de hipótesis que será válido tanto para tratar la naturaleza física, como para algunos mecanismos económicos y sociales.

Horkheimer considera que en ninguna de estas dos concepciones tradicionales aparece la verdadera función social de la ciencia. Para lograr ese fin, la ciencia tiene que ser comprendida con relación a procesos sociales reales, porque es precisamente dentro de ellos que se formula y se desarrolla. Así, el modo en que el material empírico influencia la teoría y la aplicación de la teoría al material empírico, ambos deben ser tanto un proceso intracientífico a la vez que un proceso social.

Frente al Derecho, Horkheimer, hace dos aportes principales a partir de los cuales se desarrolla la crítica. Primero toma conciencia de que las relaciones jurídicas no son la esencia sino la superficie del estado de las cosas en la sociedad. Segundo, advierte el efecto que proyecta en el derecho la realidad en la cual la capacidad de disponer de los hombres y las cosas pertenece a un grupo particular de la sociedad que compite con otros grupos de poder económicos. Esta competencia se manifiesta de manera más encarnizada a escala mundial, aunque también se da al interior de los países.²¹

Estas ideas se profundizan en la obra de Adorno, quien presenta una crítica al derecho positivo a través de su construcción social. Según el filósofo alemán, el derecho positivo actualiza la capacidad destructiva del poder. Visualiza al derecho como la instancia suprema del control social que constituye un sistema cerrado de normas que favorece su instrumentalización en favor de los poderosos cuando excluye todo lo que limita su poder. Su complemento lo constituye el iusnaturalismo, que le permite mantener la injusticia con la apariencia del bien como falsedad ideológica, con la que oculta su capacidad de dominio en favor de los poderosos.²² La explicación del proceso que habilita esta instrumentalización,

²¹ HORKHEIMER, Max. *Op. cit., loc. cit.*

²² DEL PALACIO Díaz, Alejandro, La Escuela de Frankfurt. El destino Trágico de la Razón, *Revista Tiempo*, número 26, UAM.



parte del condicionamiento de las personas por el interés social que se define desde el poder. A través de la universalización se genera un sistema que reduce a las personas y no les deja objetivarse en su conciencia, perpetuando un sistema que les promete, pero a la vez no les permite que se realicen.

En la segunda etapa de la Teoría Crítica contemporánea se pueden trazar conceptos aplicables a la ciencia jurídica, presentados por Jurgen Habermas como sucesor de los fundadores de la Escuela de Frankfurt. Su influencia en el concepto del derecho, manifiesta un propósito explicativo, emancipador y correctivo. Durán destaca sobre Habermas su visión del derecho como:

“(....) un instrumento positivo y legitimador que se abre hacia una racionalidad abierta y sustantiva que, unida a su teoría de la comunicación humana, sirve para alejarlo del formalismo positivista y mostrarlo en su función de mediador de los distintos conflictos sociales, propios de la sociedad posmoderna”.²³

Habermas intenta dar un fundamento a la legitimidad como punto de partida, por considerar que es determinante para sustentar la creencia en la legalidad. Visualiza el tema de la legitimidad del derecho con la siguiente argumentación: el hecho de que un proceso se ajuste a la formalidad jurídica, únicamente garantiza que las instancias previstas dentro de un sistema político, competentes y acatadas como tales, sean responsables por el derecho vigente. Pero esas instancias son parte de un sistema de poder que tiene que estar legitimado en total, si es que la legalidad pura ha de considerarse signo de legitimidad. Ello significa que, la sola forma técnico-jurídica, la legalidad pura, no puede asegurar su acatamiento, en el largo plazo, si el sistema de poder no puede legitimarse con independencia de su ejercicio ajustado a las formas correctas.²⁴

²³ DURÁN M, Mario. *La influencia de la escuela de Frankfurt y su teoría crítica en los orígenes del pensamiento de Habermas*, Universum vol.33 no.1 Talca jul. 2018, p. 112.

²⁴ *Ibidem*.



La tendencia de fundamentar la legitimidad de la ley en los derechos humanos o en la soberanía popular solamente, es categóricamente rechazada por Habermas. El aporte esencial de esta teoría del filósofo consiste en precisar que los derechos humanos se mantienen como conceptos abstractos si no son implementados en un sistema legal que les de forma y contenido. Esta implementación solo es legítima si se da dentro de un procedimiento democrático mediante el cual los ciudadanos se ven a si mismos como autores y beneficiarios de la ley que regula su convivencia. Estos conceptos se han detallado especialmente porque tendrán trascendencia cuando se realice el análisis del significado de los derechos humanos dentro del contexto de la migración.

1.3.2. El pensamiento Jurídico Crítico

No fue sino hasta los años sesenta cuando se da inicio a un movimiento propio de crítica del Derecho. Wolkmer identifica como inspiradores de esta corriente de pensamiento jurídico a diferentes juristas europeos considerados del grupo de Althusser,²⁵ quienes se basaron en Gramsci, en la teoría marxista, en los autores adscritos a la Escuela de Frankfurt, y finalmente en Foucault.

Desde el punto de vista de la filosofía del derecho, la teoría jurídica crítica se explica a partir de su postura frente a las dos corrientes principales de la siguiente manera: el planteamiento *ius* naturalista de la filosofía del derecho representa la tesis, y el positivista la antítesis. La filosofía o teoría crítica del derecho puede concebirse como una síntesis superadora de ambas.²⁶ Tal como lo expresa Saavedra, para la teoría crítica jurídica respondiendo al uso del proceso dialéctico, las dos posturas iusnaturalismo y positivismo

²⁵ ALTHUSSER, Louis. La revolución teórica de Marx, tr. Martha Harnecker, México, Siglo XXI, Editores, 1967.

²⁶ Desde el punto de vista de la filosofía del derecho, para las teorías críticas epistemología y normatividad son co-determinantes pues la forma en que se comprende el mundo tiene una fuerte relación con lo que se prescribe de éste. Por el contrario, en el positivismo hay una clara división categórica entre sujeto y objeto, y entre hechos y valores que imposibilita esta co-determinación propia de la teoría crítica.



jurídico, son elevados a otro nivel para transformarse en una nueva construcción que supera ambos planteamientos.²⁷

Esto lo propone a través de las siguientes tesis fundamentales. Primero, el objeto de reflexión de la filosofía jurídica crítica reside en las formas y contenidos del derecho en una sociedad y en un momento histórico determinado. El contexto histórico y contenido social determinan que el derecho responda a factores causales y realice determinadas funciones sociales. Por tanto, de lo que se trata es de estudiar el derecho en cuanto elemento condicionado y condicionante de la realidad social, es decir, estudiar la relación entre las normas y la realidad social que circunscribe esas normas.²⁸

La segunda tesis plantea que, aunque el derecho sea un producto histórico, pretende ser justo, de lo cual surge una conexión entre el derecho y la moral. A pesar de ser una manifestación del poder, lleva siempre inherente una pretensión de legitimidad. Con todo, no siempre basta la legalidad para colmar las pretensiones de legitimidad. En este sentido, la falta de legitimidad equivale a un fracaso moral, a una frustración del objetivo inicialmente pretendido. Surge aquí el análisis y la denuncia de una contradicción que se hace evidente al comparar la norma con la realidad social de su origen y de su funcionamiento. Por lo tanto, el discurso crítico irrumpe a partir de la disparidad entre lo que ha sido inicialmente pretendido, la legitimidad, y lo efectivamente realizado. En efecto, estos razonamientos en torno a la legitimidad de la ley, que ya contemplaba Habermas, resultan muy importantes como elementos para poder evaluar su efectividad.

Esta contradicción entre lo pretendido y lo realizado se lleva más allá cuando se constituye en una denuncia que pone de manifiesto funciones o efectos latentes e indeseables del derecho. La relación de estos efectos con el derecho se encontraba oculta y sólo se hace evidente y perceptible cuando logra restaurarla reflexivamente mediante una mirada “interesada”. Esta mirada a través de la crítica del derecho, destaca el carácter ideológico que

²⁷ SAAVEDRA López, Modesto. *La crítica del derecho como paradigma de la filosofía jurídica*. IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. México, núm. 22, 2008, pp. 322.

²⁸ *Ibidem*.



a veces asume el derecho, y mediante la reflexión, consigue develar la complejidad de sus conexiones no manifiestas con la realidad social; esto lo logra cuando se trasciende el derecho en cuanto norma, y se pasa a estudiarlo como objeto jurídico y social a la vez.

También, la crítica va más profundo para desmentir la pretensión de universalidad del derecho, que mientras parece garantizar igualdad de acceso al poder al permitir a todos los individuos y grupos organizarse y contar con mecanismos para defender sus intereses; por otro lado, establece mecanismos que obstaculizan o impiden dicho acceso. Aunque en apariencia el derecho refleje valores compartidos y asumidos por todos los ciudadanos, la crítica demuestra casos en que mediante la imposición de tales valores se perpetúa un sistema social discriminatorio o excluyente por su carácter racista, xenófobo o sexista.

En síntesis, el análisis crítico intentará siempre confrontar al Derecho con las pretensiones de legitimidad que le son inherentes. Advierte cómo éste se suele plegar con frecuencia a los deseos e intereses del poder con la retórica de la justicia. La crítica del derecho, por ende, intentará develar su falsa apariencia, su fracasada pretensión de legitimidad o de universalidad.

De manera específica, la teoría crítica propone el análisis sociopolítico de los fenómenos jurídicos, introduciendo elementos del poder, ideológicos, prácticas sociales y crítica interdisciplinaria. Su reflexión filosófica bien puede referirse a los sistemas jurídicos, conceptos, categorías jurídicas generales. También puede acercarse más al discurso propio de las ciencias jurídicas específicas cuando versa sobre instituciones, normas o prácticas jurídicas concretas.

1.3.3. Los Critical Legal Studies (CLS)

La corriente denominada los Estudios Críticos del Derecho, *Critical Legal Studies* (CLS), en su nomenclatura original en lengua inglesa, no constituye un sistema teórico en si, tal como los sistemas constructivistas de Kelsen, Hart o Dworkin, sino que consiste en una variada red



de trabajos que tocan temas heterogéneos y que hacen crítica de objetos diversos, tales como la adjudicación o la educación jurídica, entre otros muchos.²⁹

El movimiento inicia como una crítica al modelo de educación jurídica estadounidense. Este contexto inicial es importante por que, aunque el movimiento ha despertado tanto el interés de parte de filósofos³⁰ y teóricos del derecho³¹, esta corriente como tal se compone de un grupo de estudiosos del derecho positivo con inquietudes filosófico-políticas, cuyos frentes principales son la crítica al modelo de educación legal y al formalismo jurídico. Por lo tanto, tiene un carácter principalmente académico y el aparato conceptual que se maneja en ocasiones es muy distinto al empleado por los juristas porque su objetivo no consiste en sí en el conocimiento científico, sino más bien el activismo político mediante el desarrollo de una crítica ideológica del derecho. Su principal representante, Duncan Kennedy, lo ha definido como una organización o red académica con un alto contenido intelectual y formativo.³²

El objetivo principal durante la etapa preliminar del movimiento es descrito de manera elocuente como una “estrategia crítica de demolición”:

“(…) de lo que se trataba era de perforar el cuerpo de los objetos predilectos de la tradición jurídica, como la teoría de la neutralidad judicial, para llegar hasta su esqueleto, hasta su estructura. Esta estructura se revelaba, bajo el lente crítico,

²⁹ KENNEDY, Duncan. *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2005, p. 36.

³⁰ Desde el ámbito filosófico, no hay una epistemología concreta que defina a los CLS, sin embargo, este movimiento se concibe como el heredero de la doctrina filosófica del extinto realismo jurídico, como una adaptación contemporánea del post-realismo jurídico.

³¹ Su concepción de la ciencia jurídica siempre se caracterizará por distanciarse de lo objetivo, científico, neutral y apolítico.

³² KENNEDY, Duncan. *Law and Economics from the Perspective of Critical Legal Studies. The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 1998, p. 465.



radicalmente contradictoria, a diferencia de lo sugerido por el ideal de coherencia de la doctrina y la práctica jurídicas”.³³

Del primer encuentro en la *Conference on Critical Legal Studies* celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Wisconsin en el año 1977,³⁴ se fueron entramando diversas discusiones en las que todos coincidían en la necesidad de darle un nuevo enfoque crítico al estudio del derecho en la sociedad.³⁵

La faceta crítica que se dedica a comprender la ciencia jurídica y darle un nuevo enfoque al derecho, es la que de manera particular interesa para efectos del presente estudio, por encima del ámbito de la enseñanza del derecho. En este sentido, el énfasis de los CLS consiste en defender la naturaleza política del derecho, y la insistencia en que no existe distinción clara entre el razonamiento jurídico y político, cuando éste último se encuentra presente en todos los momentos de creación y funcionamiento de los sistemas normativos e instituciones jurídicas. Más trascendente aún, denotan cómo los textos, incluidos los documentos jurídicos, admiten múltiples lecturas e interpretaciones. Las decisiones jurídicas no están tan limitadas por respuestas racionales a textos y precedentes, sino también por manifestaciones de las fuerzas sociales y políticas que actúan sobre los agentes legales. Por ende, toda norma permite un margen de aplicación que posibilita la discrecionalidad política del intérprete, y en todos los ámbitos jurídicos se reproducen la integralidad de las discusiones políticas presentes en el debate público de una sociedad.³⁶

Dentro de los aportes fundamentales de los CLS se encuentra la llamada indeterminación del derecho, que critica al silogismo jurídico basado en el carácter

³³ RODRÍGUEZ, Garavito. Libertad y restricción en la decisión judicial (Estudio Preliminar) 2005, En KENNEDY, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, 221, *op. cit.*, p. 47.

³⁴ NÚÑEZ Vaquero, Álvaro. *Teorías críticas del derecho: observaciones sobre el modelo de ciencia jurídica*. Anuario de filosofía del Derecho (26), 2010, pp. 413-434.

³⁵ El debate ha sido descrito por Tushnet como una serie de discusiones configuradas por la confrontación del realismo jurídico con la teoría social clásica, en un clima de tensión política, desde los cuales se fueron bosquejando los esquemas de lo que serían los CLS. Vid. TUSHNET, Mark. *Critical Legal Studies: A Political History*, The Yale Law Journal, 1991.

³⁶ PÉREZ Lledó, Juan A. *El Movimiento Critical Legal Studies*, *op. cit.*, p. 273.



indeterminado de las normas jurídicas, en franco reconocimiento de la naturaleza política del derecho. La tesis de la indeterminación predica que en el derecho co-existen disfuncionalidades que afectan, por un lado, a la coherencia interna de los sistemas normativos –tales como vacíos, lagunas, contradicciones e incoherencias entre diversas normas jurídicas pertenecientes a un mismo ordenamiento- y, por otro, choques o contradicciones entre normas susceptibles de ajustarse a un mismo caso. Esto sucede a pesar de que estén orientadas a soluciones diferentes, pero no obstante afectan sustancialmente la coherencia interna de un mismo ordenamiento jurídico. Ante la constatación de tales indeterminaciones y disfuncionalidades internas apreciables en los sistemas jurídicos, las decisiones emanadas de los jueces no pueden necesariamente circunscribirse con carácter exclusivo al contenido estrictamente normativo del derecho, sino que deben aceptar la vinculación tan estrecha que existe entre éste y los demás sistemas de ordenación de las conductas en colectivos humanos, tales como la moral, la ética, la ideología y, sobre todo, la política.

Siguiendo esta línea argumentativa, para los CLS esta indeterminación conlleva, en el caso de los jueces como agentes jurídicos, a fundamentar sus decisiones en razones eminentemente subjetivas, amparadas en estrictos criterios de justificación basados en la validez formal del ordenamiento jurídico en cuestión. Esta subjetividad obedece a que el derecho no incorpora una jerarquía de valores o principios generales inspiradores del ordenamiento que le permitan al operador jurídico elegir el más importante o el más adecuado a la hora de aplicar la ley a un caso particular.

Como consecuencia, al no haber un significado definitivo del texto normativo, la norma de derecho se convierte en una herramienta empleada por la clase dominante para imponer sus ideas y decisiones a las clases sociales más desfavorecidas. Así, las lagunas, contradicciones o vacíos existentes en un sistema jurídico, servirían para favorecer precisamente los intereses de los miembros de las clases superiores sobre los miembros más desfavorecidos de las clases inferiores o subalternas.

Efectivamente, los CLS conciben el derecho como un instrumento directo de hegemonía de dominación, que no sólo impone la voluntad de una clase dominante, sino que



consolida una ideología legitimadora del *statu quo*. Desde esta perspectiva neo-marxista, el derecho se concibe como una herramienta de justificación para la manipulación social. Advierten que la desigualdad social es producto de las injusticias que han emergido de la sociedad clasista, por lo cual, la justicia social consiste en el restablecimiento de la igualdad en todas las áreas de la sociedad. Así, el derecho debe tener por aspiración la inclusión de los asociados o de los sujetos que conforman la sociedad, para de esta manera evitar su posible exclusión.

Con el fin de alcanzar la denominada “justicia social”, todo operador jurídico debe adoptar la decisión a la cual indefectiblemente debe llegar, sin importar el *statu quo* y demás factores institucionales. Su rol consistirá en cerrar a través de su propia interpretación de la ley, las posibles brechas de desigualdad social. En su calidad de operador jurídico principal, el juez debe, mediante la aplicación de un valor integrador, “transformar el derecho en una herramienta inclusiva, emancipadora, liberadora que busque atenuar el margen de desigualdad social existente a la hora de proferir sus decisiones o sentencias”.³⁷

Otro aporte importante de los CLS, consiste en denunciar la existencia de dualidades o dicotomías como una prueba de la incoherencia e indeterminación del derecho. Su fundamento se sostiene en el argumento de que el pensamiento liberal se edifica sobre una base de dualidades opuestas o antagónicas, como privado-público, normas-principios, voluntad-determinismo, subjetivo-objetivo, entre otras. Estos arquetipos antropológicos opuestos en derecho revelan la coexistencia antagónica de categorías como libertad y seguridad, individuo y comunidad, etcétera, en un mismo ordenamiento jurídico.

Mediante la detección de este tipo de dimorfismos o dicotomías que han sido denominados “opuestos emparejados”, los CLS advierten que el sistema legal incita a que los asociados tengan que decantarse inconscientemente por cada uno de estos dualismos para configurar un ordenamiento jurídico parcial y jerárquico, garante del estado de cosas de un determinado momento, o sea, del *statu quo*.³⁸

³⁷ GARCIA Velásquez, Carlos Andrés. Estudios críticos del Derecho: visión holística, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2018 pp. 143-145.



Aún cuando los CLS no se han consolidado como un movimiento con una posición propia, sostienen una vasta producción de obras monográficas y trabajos científicos, orientados a una mejor comprensión de su legado y de su influencia en el pensamiento filosófico-jurídico contemporáneo.

Especialmente, el movimiento CLS en Gran Bretaña hoy en día tiene continuidad, distanciándose de la corriente americana, y como teoría jurídica europea, ha sostenido su postura frente a la indeterminación jurídica a la lingüística o la lógica. Ello se plasma en los libros publicados por el editor gerente de la revista Derecho y Crítica, y líder en CLS, Costas Douzinas, quien se ha movido intelectualmente desde el deconstruccionista francés Jacques Derrida, a la ética de la alteridad de Emmanuel Levinas, al utopismo marxista de Ernst Bloch, al esloveno Lacanianoj Slav Iisek, a Jacques Lacan y el psicoanálisis, y más recientemente Carl Schmitt y su discípulo Giorgio Agamben.

De manera específica en materia jurídica, dentro de estos autores el aporte de Schmitt sintetiza la consideración de que el derecho es política y ésta no puede ser subsumida bajo condiciones jurídicas: al derecho hay que reconocerle su rasgo político constituyente y no meramente su carácter constituido como mera aplicación técnica de las leyes.

1.3.4. El posestructuralismo y la deconstrucción

La rama contemporánea de la teoría crítica que tiene sus fundamentos en el posestructuralismo, se inició en Francia a finales de los sesenta como un movimiento filosófico que ha inspirado a corrientes posteriores de la teoría crítica. Dentro de este movimiento se desarrollan los conceptos de la deconstrucción que serán retomados por diversas vertientes de los Estudios Críticos del derecho, basados en las teorías lingüísticas de Saussure, en Derrida, y en los conceptos del estructuralista Lévi-Strauss. Los representantes del posestructuralismo incluyen a Barthes con la problematización del lenguaje, Baudrillard, Butler, Bourdieu y Foucault.

³⁸ *Idem.*, p. 190.



Para éste último, el derecho se consolida como instrumento de dominación social, económica y política, al favorecer los intereses de los dominadores y al prolongar el orden existente. A partir de lo que ha definido como “dispositivos de saber-poder”, el derecho se erige como un mecanismo de la dominación global entre colectivos humanos. Derivado de su obra sobre las microfísicas del poder, se analiza una amplia gama de estas formas, centrándose en las que afectan realidades incuestionables como la explotación de clases, la discriminación racial, la dominación patriarcal o la marginación por razones de identidad sexual. Estas terminan afectando la forma en que se formulan y aplican las disposiciones legales.

Dentro de esta tradición crítica de Foucault también se encuentra el sociólogo francés Pierre Bourdieu. Se le reconoce como el sociólogo del siglo XX que se manifestó con más ímpetu contra el “cientificismo ingenuo” de los científicos sociales. Por este motivo serán retomadas varias teorías que impulsó, específicamente en sus visiones sobre el derecho. Su valía consiste en que comprendió que la sociología y la historia del conocimiento sociológico eran instrumentos clave para entender, tanto la sociedad, como los límites del conocimiento científico sobre la misma. Se manifestó consciente de que el conocimiento científico inventó mucho de lo que describió como existente, y que a través de esta invención integró la realidad social al incorporarse en los comportamientos de la gente y en el modo en que preciben la vida social. Por ello, la ciencia social vigente crea una falsa transparencia que impide la investigación adicional e innovadora y con ello se constituye como un obstáculo para la ciencia emergente.³⁹

Por otra parte, la metodología de esta corriente retoma los postulados deconstruccionistas. La deconstrucción introduce en las ciencias sociales y las humanidades el filo crítico de la filosofía moral y política. Para el filósofo Derrida, “(...) el rol del crítico es el de “deconstruir” estas metafísicas exponiendo como el texto socava sus propias

³⁹ Vid. SANTOS, Boaventura de Sousa. El fin del imperio cognitivo, Editorial Trotta, 2019, p. 56-57.



pretensiones de verdad y como su significado es de hecho contingente”.⁴⁰ La metodología que se ha identificado con el deconstruccionismo inspirado en Derrida consiste en un proceso de dos fases: derribo, y reconstrucción. El proceso tiene el objetivo de dislocar el orden jerárquico, con el fin de que lo que se veía como trasfondo pase a primer plano, y viceversa. Esta metodología, que de acuerdo con Derrida constituye más una estrategia, será objeto de análisis a mayor detalle en el siguiente capítulo.

1.3.5. Las Epistemologías del Sur

Atendiendo las consideraciones de la teoría crítica sobre la ciencia al considerar que tiene que ser comprendida en relación a procesos sociales reales porque es precisamente dentro de ellos que se formula y se desarrolla, surge una corriente con una epistemología propia del sur, y cuya postura emancipatoria define, a partir de su materialización histórico-social y ético política, nuevos patrones racionales de normatividad en una sociedad en proceso de descolonización.⁴¹

La génesis de este movimiento se ubica en las Constituciones de América Latina, donde gana fuerza un ímpetu emancipador de sectores progresistas. Allí la teoría crítica tiene una trayectoria que surge del cuestionamiento de las epistemes dominantes, a partir del capitalismo, el colonialismo, y recientemente de la globalización.

Con esta inquietud, fue necesario repensar la teoría crítica periférica para que ésta parta del Sur⁴² y tenga en cuenta las dinámicas sociales, los procesos históricos y políticos propios de América Latina. Esta corriente crítica tiene en cuenta los nuevos sujetos sociales emergentes y sus necesidades, representados en las nuevas subalternidades, afrodescendientes, las minorías y los sectores sociales.

⁴⁰ DERRIDA, Jacques. Force of Law: The 'Mystical Foundation of Authority'. En CORNELL, Drucilla, Michael Rosenfield and David G. Carlson ,*Deconstruction and the Possibility of Justice*, Nueva York: Routledge, 1992.

⁴¹ *Ibidem*. p. 22.

⁴² El concepto de Sur no coincide con una delimitación geográfica sino que tiene una connotación poscolonial.



La crítica de la razón latinoamericana, desde una perspectiva propia, busca romper con la teoría clásica eurocéntrica, y construirla a partir de sus propias identidades, la alteridad del otro, la pluralidad, el pluralismo y la interculturalidad. El desafío de buscar los fundamentos para una crítica desde el Sur parte de dos elementos: primero, construir una crítica latinoamericana a partir de la tradición de sus procesos históricos marcados por la explotación, la exclusión, la marginalidad y la violencia fruto del propio colonialismo, y de la independencia de las estructuras sociales y económicas. En segundo lugar, parte de ocuparse a nivel epistémico en su propia forma de conocimiento de las ideas.

La corriente latinoamericana es la fuente de inspiración de las Epistemologías del Sur, que se constituye también a partir de una reacción sociologista respecto a la ciencia jurídica tradicional. Tiene como punto de partida las tesis sobre el pluralismo jurídico representadas por Wolkmer, Boaventura de Sousa Santos y Faria, principalmente, aunque en varios países latinoamericanos hay representantes de la crítica jurídica del Sur.⁴³ Éstos tienen en común una propuesta que promueve una nueva mirada al derecho con formas jurídicas que no parten de la Constitución, de su hermenéutica o del garantismo, con una comprensión abstracta e universalista, sino que se construyen de abajo hacia arriba, a partir de procesos y prácticas sociales. Su concepto de emancipación se fundamenta en la autonomía, que pretende superar las corrientes críticas de corte eurocéntrico y adoptar una postura basada en su propia epistemología, que reconozca el poder comunitario, y como actores y sujetos del derecho a los subalternos o los movimientos sociales. Su fundamento reside en las necesidades como categoría que dignifique la vida humana y no en falsas necesidades producto del colonialismo.

Para Santos las Epistemologías del Sur serán en el siglo XXI, el equivalente de lo que fue la Escuela de Frankfurt en el siglo XX. Así como la teoría crítica occidental rebatió al capitalismo, las Epistemologías del Sur lo harán con el poscolonialismo. Representa una ruptura con el universalismo eurocéntrico, y la propuesta de un modelo dialógico que supere

⁴³ Enrique Mari, Ricardo Entelman en la Argentina, Oscar Correa y Jesús Antonio de la Torre en México, Carlos Wolkmer en Brasil, Víctor Moncayo en Colombia, por mencionar algunos.



el monólogo monoculturalista eurocéntrico. Es así como este sociólogo se da a una tarea a contracorriente al querer construir una teoría crítica en tiempos de globalización hegemónica, en la búsqueda por formular y desarrollar un nuevo paradigma crítico desde el Sur.

Ahondando en su categorización, Santos considera que después de que el colonialismo se superó, le siguieron otras expresiones coloniales representadas en el racismo, la xenofobia o el estado permanente de excepción, los trabajadores inmigrantes indocumentados, los solicitantes de asilo, por nombrar algunos. Como respuesta a esta modalidad colonizadora, propone crear un horizonte a partir del Sur donde se reconozcan espacios locales y nacionales a los explotados, marginados y dependientes producto de la colonización. Sus categorías teóricas no deben emerger de culturas centrales, eurocéntricas, sino por el contrario periféricas. En consecuencia, el objetivo de la crítica jurídica es revisar y redefinir el proceso mediante el cual se construye la legalidad que en esencia es dominante, injusta y opresora. Por ello el objetivo es cuestionar la dogmática lógico formal en aras de establecer una cultura jurídica propia.⁴⁴

Dentro de las objeciones de Santos a la teoría crítica de occidente se encuentra el hecho de que no logra sobreponerse a la crítica misma y formular una alternativa. La simple crítica no es una alternativa. Por eso, desde las Epistemologías del Sur, el sociólogo portugués emprende la tarea de construir una verdadera teoría alternativa para reivindicar a las clases subalternas. Sus conceptos serán retomados desde la perspectiva de la persona migrante como sujeto del DIM, cuestionando si más bien se le ha constituido como un objeto, y además como un instrumento que cumple con una función poscolonizadora a partir de la metrópoli.

1.3.6. Enfoques Críticos a la Globalización en el Derecho Internacional

Es innegable que la globalización es una de las principales causas de las transformaciones en el presente siglo. Lo que no resulta suficientemente discutido es en qué consiste exactamente, cuáles son sus causas, y sus efectos. Muchos coinciden en contemplarla como una

⁴⁴ SANTOS, Boaventura De Sousa. *Una epistemología del Sur*. Clacso Coediciones y Siglo XXI Editores, 2009, p. 13.



manifestación del desarrollo tecnológico que ha posibilitado una economía informacional a escala mundial, lo que coincide con lo que se ha denominado como la mundialización. Desde visiones más críticas, la mundialización se distingue de la globalización en que ésta última es el resultado de un conjunto de decisiones políticas coincidentes con la ideología neoliberal. Autores como Beck prefieren referirse con el término globalismo a la ideología capitalista en su vertiente renovada neoliberal.⁴⁵

Como quiera, la fuerza hegemónica de la globalización representa una dicotomía y tensión latente para el DI. Cárdenas en su obra “El modelo jurídico del neoliberalismo” lo expresa así:

“El modelo económico de la globalización neoliberal está produciendo cambios profundos en la manera de entender al Estado y al derecho. El pluralismo jurídico que expresa las nuevas realidades exige entender al derecho y al Estado nacional como instrumentos al servicio de la actual hegemonía mundial, tal vez con excepción de los procesos de internacionalización de los derechos humanos, aunque ello exige una reflexión más profunda si tomamos en cuenta el débil estado en el que se encuentra la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. El análisis de lo jurídico y de lo estadual va a implicar construir nuevas teorías del estado y del derecho vinculadas a la globalización neoliberal (...) nuestra tarea (de los juristas) es desenmascarar a las nuevas categorías jurídicas de la globalización neoliberal que afectan la garantía plena de los derechos humanos y de los principios y procedimientos democráticos y proponer las categorías y conceptos jurídicos que sean consecuentes con los derechos humanos y la democracia”.⁴⁶

De manera similar, Atienza plantea cómo la globalización reclama una revisión de la teoría jurídica ya que considera que una teoría del derecho general, que sea válida para cualquier sistema jurídico, no es posible. El paradigma anglo-americano dominante, que es la teoría

⁴⁵ BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización?: falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Paidós, Barcelona, 1998.

⁴⁶ CÁRDENAS Gracia, Jaime. *El modelo jurídico del neoliberalismo*. UNAM, Editorial Flores, 2016, p. 35.



jurídica actualmente en uso no es general, sino por el contrario, es la globalización de un localismo. Propone un interés en desarrollar teorías del derecho regionales que correspondan a los diversos círculos de cultura hoy existentes.⁴⁷

Desde la periferia, Santos a través de las Epistemologías del Sur, explica cómo los estudios sobre el derecho y la globalización versan sobre la transformación del derecho ante la desregulación y la reducción del Estado, y por ello se concentran en las expresiones no estatales de regulación social, la ingeniería social y el diseño institucional como una mejor opción de gobernar la economía global, o lo que se ha denominado como la gobernanza.⁴⁸

Los académicos de la hegemonía, desde la teoría social crítica del derecho propia de autores como Marx en el pasado o Bourdieu y Foucault en el presente, se han encargado de analizar cómo las luchas por el poder y las alianzas entre élites jurídicas reproducen en el Norte y en el Sur la hegemonía del capital transnacional y de los Estados del Norte. Advierten los fundamentos estructurales que explican el fracaso de los diseños jurídicos globales (por ejemplo, la exportación del Estado de derecho y de los derechos humanos) y también estudian la reproducción de las élites jurídicas que los promueven.

No obstante, para Santos, estos académicos han fallado porque, igual que el paradigma de la gobernanza al provenir desde arriba, resulta inefectivo y tiende en últimas a reproducir con mayor fuerza la hegemonía. Su reparo consiste en que a pesar de que se han encargado de resaltar el derecho a la resistencia y la persistencia de la dominación al interior y más allá de las fronteras nacionales, estos señalamientos provienen de occidente mismo, lo cuál limita su perspectiva.⁴⁹

⁴⁷ ATIENZA, Manuel. Una Filosofía del Derecho para el mundo latino: otra vuelta de tuerca *DOXA Revista científica de la Universidad de Alicante*, Num. 37, 2014.

⁴⁸ Sobre la gobernanza neoliberal *Vid* SANTOS, Boaventura de Sousa. Más allá de la gobernanza neoliberal: el Foro Social Mundial como legalidad y política cosmopolitas subalternas. En SANTOS, Boaventura de Sousa, Rodríguez Garavito (eds). *El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita*. Anthropos ; México, UAM- Cuajimalpa, 2007

⁴⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa, Rodríguez Garavito (eds). *El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita*. Anthropos ; México, UAM- Cuajimalpa, 2007, p. 11.



Para reponer esta limitante, la corriente desde el Sur propone trascender a la denominada “estrategia de la globalización contrahegemónica” y de su contraparte jurídica, “la legalidad cosmopolita subalterna”. Lo que Santos denomina como una transformación igualitaria y emancipatoria desde abajo, está motivada por la resistencia contra las exclusiones, la desposesión y la discriminación causada o agravada por la globalización neoliberal, y que se organiza transnacionalmente en redes de clases y grupos sociales subalternos.⁵⁰

1.3.7. La Teoría Crítica y los Derechos Humanos

El periodo que se desarrolla en el presente siglo, se ha identificado como uno de turbulencia de los derechos humanos, y ello responde a la acentuación de los cuestionamientos por parte de la doctrina no occidental. Es así como el proyecto moral universal que se estableció siete décadas atrás, se está viendo resquebrajado.⁵¹

De manera general, la postura crítica sobre el discurso de los derechos humanos plantea que se fundamenta en las concepciones teóricas liberales, y por ello requiere de un distanciamiento de su matriz liberal para reafirmar su propia historicidad y reivindicar su naturaleza esencialmente social.⁵² Desde un punto de vista histórico, el concepto de derechos humanos se inserta en el desarrollo del liberalismo, como una derivación directa de las ideas contractualistas modernas y del concepto de derechos naturales propuesto por el iusnaturalismo racionalista.

Como resultado, el discurso contemporáneo de los derechos humanos refleja concepciones teóricas liberales derivadas de su propia génesis. La concepción atomista del individuo en la sociedad concibe los derechos como mecanismos de protección de la autonomía del individuo frente al Estado y a la sociedad, donde se considera la noción de

⁵⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Toward a New Legal Common Sense*. Londres: Butterworths, 2002.

⁵¹ HAKIMI, Monika. International Law in “Turbulent Times.” Part I, *EJIL* (Mar. 6, 2018). Retraído de: <https://www.ejiltalk.org/international-law-in-turbulent-times-part-i/>.

⁵² PRADO D., Maximiliano. *Limitación de los Derechos Humanos. Algunas Consideraciones Teóricas*. Revista Chilena de Derecho, vol. 34, núm. 1, enero-abril, pp. 61-90 Pontificia Universidad Católica de Chile Santiago, Chile, 2007.



individuo como previa a la experiencia social. Bajo esta óptica se pierde el contenido social de los derechos humanos en aras del individualismo, alejándose de la noción donde la obligación de respetarlos tiene expresión solo dentro de un contexto social.

Si la perspectiva liberal de la que parte la formulación de los derechos humanos se centra en el individuo, el axioma del que parte la teoría crítica se posiciona de manera contraria. Mientras el discurso dominante sostiene que los derechos humanos son universales y obvios, existentes en los individuos por el hecho de ser personas humanas, desde la crítica los derechos humanos son controversiales, ambiguos, y para nada autoevidentes. Las pretensiones universalizantes que los sostienen los convierten en un símbolo de la posmodernidad, la derrota de las ideologías, intentando unir, al menos en la superficie y bajo un mismo criterio, tanto a la izquierda como a la derecha, al Norte y al Sur, por mencionar algunos ejemplos.

Profundizando en la postura crítica, Douzinas propone un axioma base para sus siete tesis sobre los derechos humanos, desvirtuando el objetivo de su reconocimiento. Considera que: “el fin de los derechos humanos es resistir la opresión y dominación pública y privada; los derechos pierden ese propósito cuando se convierten en la ideología o idolatría política del capitalismo neo-liberal y de su versión contemporánea de ‘misión` civilizadora”.⁵³

Otra perspectiva sobre los derechos humanos la presenta Wolkmer, en su calidad de jurista, historiador y sociólogo, desde una epistemología de la teoría crítica en América Latina, quien se detiene a analizar la concepción moderna y occidental de los derechos humanos. Aún reconociendo la trascendencia de su proceso de universalización, cuestiona las restringidas posibilidades de su concretización social.⁵⁴

Después de revisar las dimensiones tanto normativo-institucionales, como teórico-filosóficas, se inspira en el concepto de derechos humanos desarrollado por el profesor

⁵³ DOUZINAS, Costas. *Las Paradojas de los Derechos Humanos.*, p.3. Traducido al español por Ricardo Sanín Rstrepo. Retraído de: <https://roxanarodriguezortiz.files.wordpress.com/2014/12/4-las-paradojas-de-los-derechos-humanos-costas-douzinas.pdf>

⁵⁴ WOLKMER, *op cit.*, p. 149.



Herrera Flores, al realizar una crítica al formalismo garantista e introducir el concepto de “universalismo de llegada”. Wolkmer, presenta el universalismo considerándolo como la aplicabilidad de los derechos humanos, con un parámetro unificado al ámbito internacional. Así, es la esencia común a todos lo que sirve de base para determinarlos, otorgarles el *status* de humanos y los hace merecedores de tutela internacional. La pretensión del universalismo de partida consistirá en “desarrollar una teoría ecuánime, ajena a las peculiaridades de cada sociedad”.⁵⁵ El cuestionamiento a esta pretendida universalidad de los derechos humanos se rebate por Herrera con argumentos similares a los que se han expuesto arriba, según los cuales “las teorías hegemónicas no se han ajustado a la pluralidad cultural del mundo, impidiendo la realización de su función emancipadora”.⁵⁶ En oposición a ello se constituyen como elemento de dominación y legitimación del poder, y de esta manera no ofrecen posibilidad de concretización social de los derechos humanos.

Hay que destacar que su propuesta se coloca en el medio: reconoce la posibilidad de alcanzar la universalidad, pero rescatando la referencia a las circunstancias reales de las personas y reconociendo la influencia de la propia cultura del individuo que determina los valores, creencias y objetivos que constituyen su esencia común.⁵⁷

En la misma línea de análisis, se encuentra el trabajo de Rajagopal, quien concluye que las formas de resistencia al desarrollo que se han gestado en el Tercer Mundo y que se manifiestan a través de movimientos populares, como forma de oposición a los efectos culturales, económicos y políticos de la modernización, han sido hasta ahora desconocidas tanto por los aparatos como por los discursos sobre los derechos humanos. Resalta la importancia de que se constituyan en una fuente de la construcción de la identidad de los

⁵⁵ *Idem.*, p. 160.

⁵⁶ *Idem.*, p. 152.

⁵⁷ *Idem.*, p. 161.



individuos y las comunidades, y que no se revise su influencia en la actividad de los Estados y en las prácticas de las organizaciones internacionales.⁵⁸

A pesar de la retórica nominalmente antisoberanía del DI moderno, Rajagopal encuentra que se mantiene un desconocimiento de las formas de resistencia. Las dos teorías que explican el cambio legal internacional no manifiestan ningún indicio de la posibilidad de que las normas legales pudieran forjarse a partir de la praxis de los movimientos sociales. Lejos de reconocer la capacidad de los movimientos de masas y las luchas locales para ser generadores del cambio legal, solo aceptan la función de agente del cambio legal a un grupo pequeño de creadores de políticas públicas, lo que les otorga un carácter esencialmente elitista.

Desde el voluntarismo el cambio legal solo ocurre porque los Estados lo aceptan, por lo que habría que hacer más eco del funcionalismo, según el cual los cambios legales resultan de la tendencia del derecho a reflejar la realidad social o a responder a las necesidades sociales.

Como conclusión, el autor enfatiza cómo la estructura regulatoria y jurídica que se requiere para los tiempos actuales, debería sustentarse no sólo en “los discursos universales de una globalización que piensa en un espacio único, extensión del mercado, la democracia y los derechos, sino también en las prácticas políticas y culturales concretas, así como locales, de los movimientos sociales”.⁵⁹

Por su parte, Santos también realiza un detallado análisis que parte de cuestionarse si la hegemonía de la que goza hoy el discurso de los derechos humanos debe ser vista como el resultado de una victoria histórica o, por el contrario, de una derrota histórica, porque es innegable que su hegemonía como lenguaje de la dignidad ha fracasado.

⁵⁸ RAJAGOPAL, Balakrishnan. *El Derecho Internacional desde abajo: El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del Tercer Mundo*, Colección En Clave de Sur. 1a ed. ILSA, Bogotá D.C. Colombia, 2005, p. 198.

⁵⁹ *Idem.*, p. 202.



Santos plantea un aspecto fundamental cuando distingue cómo la gran mayoría de la población mundial está muy lejos de ser sujeto de derechos humanos, sino que se ha constituido en objeto de los discursos de derechos humanos. La realidad demuestra claramente su ineficacia para proteger a los excluidos, los explotados y los discriminados, hasta el extremo de constituirse más bien como un obstáculo para sus destinatarios.⁶⁰ En este sentido propone que se utilicen de manera contrahegemónica. Los derechos humanos no fueron pensados para ser aplicados en el mundo que corresponde a las sociedades coloniales, porque su origen se destinaba más bien a las sociedades metropolitanas. Estas raíces occidentales, omiten las concepciones no occidentales de la dignidad humana o de los derechos colectivos, que encierran la posibilidad de una concepción cosmopolita más amplia de los derechos.⁶¹

1.4. Los Estudios Críticos del Derecho en el Derecho Internacional

Con el fin de contextualizar el movimiento crítico en el DI, es necesario iniciar por mencionar que también dentro de la disciplina ha dominado un combate dialéctico que ha enfrentado dos grandes modelos conceptuales: el *iusnaturalista* y el positivista jurídico, como paradigmas que constituyen categorías mentales y teóricas del trabajo de los internacionalistas. A las primeras reflexiones filosóficas que se remontan a la obra de Grotius concibiéndola como una rama del derecho natural, le preceden una tradición de pensadores naturalistas para quienes el DI es derecho natural en su estado puro por ser su objetivo el regular relaciones entre entidades soberanas no subordinadas a autoridad superior alguna.⁶² Fue a lo largo del siglo XX, a partir del nacionalismo político donde prevaleció el positivismo jurídico, que mantuvo un distanciamiento de reflexiones filosóficas limitando la discusión teórica a cuestiones sobre la juridicidad de la disciplina y el fundamento de su carácter

⁶⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo*. Colección de Justicia. 2014, p. 23. Retraído de: <http://www.dejusticia.org>

⁶¹ SANTOS, Boaventura de Sousa, *El derecho y la globalización desde abajo*, *op.cit.*, p. 18.

⁶² TESÓN, Fernando. *Filosofía del Derecho Internacional*. En *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (Volumen 3) Zabra, Jorge Luis y Spector Ezequiel IEJ, 2015, UNAM.



obligatorio. Este distanciamiento favoreció su consolidación como una rama genuina del derecho, adoptando el lenguaje jurídico propio del positivismo.

La inquietud filosófica renació para la disciplina en la última mitad del siglo XX, orientada hacia la filosofía política analítica, y se reflejó en la aparición de nuevos paradigmas que se pretenden en cierto modo, superadores de los dos modelos clásicos. Dentro de ellos surge un grupo de internacionalistas que, adscribiéndose a la corriente de los *Critical Legal Studies* (CLS), quienes iniciaron un esfuerzo por replantear el DI desde paradigmas distintos a los tradicionales.

1.4.1. Los Estudios Críticos del Derecho Internacional (CILT)

Los “Estudios Críticos del DI” (CILT) se identifican con la filosofía crítica europea (especialmente el post-estructuralismo francés y la Escuela de Frankfurt) y en la forma de los estudios postcoloniales, microhistoria, y las luchas independentistas de los Estados anteriormente colonizados.⁶³ Concentrada en el análisis de los efectos y la eficacia de la ley internacional, esta corriente ha sido descrita como una “manifestación del desencanto, iluminado por Nietzsche”, que sintieron los practicantes del DI. En consecuencia, lo que los académicos de CILT esperaban hacer era teorizar sobre otros caminos que el DI podía tomar dibujando genealogías de su historia a medida que se deconstruyen sus patrones narrativos y sus marcos conceptuales. Es así como partiendo de los análisis sociológicos e históricos en la tradición crítica de Bourdieu y Foucault, esta nueva corriente de los estudios de teoría crítica aplicados al DI incluye nuevas metodologías de análisis mediante la deconstrucción de tensiones conceptuales o de dicotomías. Entre otras, Frankenberg resalta la tensión entre la apología del *statu quo* y el movimiento hacia una utopía internacionalista, la oscilación entre forma y sustancia, el formalismo legal y el pragmatismo político, también como el

⁶³ HAMMOURI, Shahn. *Critical International Legal Theory*, M2 Droit Economique, Paris, 2002. p. 2. Retraído de: https://www.academia.edu/35835002/International_Critical_Legal_Theory_Deconstruction_as_justice



nacionalismo y el cosmopolitismo.⁶⁴

Colocándose en una posición que cuestiona la validez del DI, los CILT⁶⁵ analizan el sistema positivo del DI universal, señalando de manera inequívoca el sesgo persistente en el orden global, las operaciones ambivalentes del poder, y el rol del DI y de los abogados dentro de éste. Uno de sus aportes fundamentales consiste en rescatar el valor histórico, que ha estado ausente en aras del contextualismo propio del positivismo, con lo cual se ha negado axiomáticamente la historicidad.⁶⁶ Ello se explica por la separación positivista entre el pasado y el presente que fomenta el relativismo histórico, que bajo una actitud no-crítica puede terminar suprimiendo los esfuerzos para encontrar patrones en la historia que podrían explicar las experiencias actuales de dominación e injusticia. Para esta corriente, el operar con base en la “justicia universal” o “tradición histórica” tiene como resultado un descuido del sentido cronológicamente delimitado en el que los agentes históricos, sus obras y sus textos deben entenderse.

El análisis crítico del DI de autores como Kennedy, Koskenniemi y Carty, ha planteado un crudo cuestionamiento de la existencia de la disciplina. Especialmente, la obra magna de Koskenniemi “*From Apology to Utopia*”, despertó tanto interés y polémica dentro de la academia que hasta el día de hoy ha desatado una controversia permanente a nivel de los internacionalistas generando un prolífico cuerpo de producción científica en artículos jurídicos internacionales.⁶⁷

⁶⁴ FRANKENBERG, Gunter. Teoría Crítica. Academia. *Revista sobre enseñanza del Derecho* año 9, número 17, 2011, págs. 67-84. Buenos Aires, Argentina (ISSN 1667-4154), p. 81.

⁶⁵ Se identifica con los CLS en su eje epistemológico de la teoría crítica jurídica y las críticas globales del neoliberalismo, así como también con el estructuralismo, y el Realismo Legal Americano, aunque no denota ningún movimiento, escuela o enfoque único. Los autores que se identifican con CILT consideran que representan nuevos enfoques del DI (CILT) y rechazan que se les asocie con la aplicación directa de los CLS a la ley internacional.

⁶⁶ Vt. KOSKENNIEMI, M, *Histories of International Law: Significance and Problems for a Critical View*, *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 27, no. 2. 2013, p. 230.

⁶⁷ DE LA RASILLA, Ignacio. Martti Koskenniemi and the spirit of the Beehive in International law. *Global Jurist* Vol 10 Iss 1 Article10. 2010, p. 2.



Su trabajo recoge una postura crítica con un sólido cuestionamiento de la propia esencia de la disciplina, cuando sostiene que enfrenta una contradicción fundamental y no tiene un sólido fundamento epistemológico.⁶⁸ Según la concepción de Koskenniemi, hay una brecha entre la concreción de la ley y la normatividad misma, por lo cual el argumento jurídico internacional no es objetivo. De esta manera argumenta que el DI es “ineludiblemente indeterminado y su objetividad es un espejismo”.⁶⁹

Ante este ataque, las corrientes positivistas han salido a defender la disciplina y han enfrentado estas críticas desde diversos frentes. Desde la perspectiva de Forcada, “su trabajo está pues imbuido de una intensa, y a veces difícil, componente teórica cuya potencialidad práctica última es la de subvertir radicalmente el contenido y carácter de nuestra disciplina”.⁷⁰

Otros han querido minimizar la crítica considerado que estos estudios constituyen, no una amenaza, sino simplemente un enfoque posmoderno que se contrapone a la postura positivista del DI. Para algunos, no se trata de una crítica posmoderna sino moderna, cuya metodología fluctúa entre el deconstructivismo y el estructuralismo.⁷¹

D’Aspermont, como representante del positivismo, analiza esta disputa teórica considerando que los abogados internacionalistas contemporáneos “cantan el mismo estribillo” pero pocos realmente han enfrentado abiertamente la actitud crítica desplegada en “De la disculpa a la utopía”. Después de la negación y perplejidad de los primeros encuentros

⁶⁸URUEÑA-SÁNCHEZ, Mario Iván. *El positivismo de Kelsen y Hart en el Derecho Internacional contemporáneo: una mirada crítica*, International Law: Revista Colombiana de DI, núm. 31, julio- diciembre, pp. 193-219 Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, Colombia, 2017.

⁶⁹ Ver la obra maestra del autor donde defiende y argumenta esta postura. KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology To Utopia: The Structure Of International Legal Argument*, Reissue With New Epilogue, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

⁷⁰ FORCADA Barona, Ignacio. El Concepto de Derecho Internacional Público en el umbral del siglo XXI: La Nueva Corriente, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. IX, pp. 181-220, 1999.

⁷¹ SINGH, Sahib. Positivism and New Approaches to International Law. En J Kammerhofer & J d’Aspremont (eds), *International Legal Positivism in a Post-modern World*. Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 291-313. Considera que ni la obra de Kennedy o de Koskenniemi son obras de deconstrucción, sino más bien, estructuralistas, como lo indican los propios autores. La diferenciación es vital. Puede ser que estas son obras asentadas en la modernidad y no son “críticas post-modernas”.



con la obra de Koskenniemi, los abogados internacionalistas hacen alarde de la auto-reflexión que la obra les generó y cómo lograron salir victoriosos. En suma, los juristas internacionalistas autoproclamados contemporáneos, después de leer “De la disculpa a la utopía”, han terminado dejando de lado el desafío teórico, y regresando a refugiarse en su tradición.⁷²

Para efectos de sintetizar los planteamientos de los CILT, primero hay que establecer que se opone a la postura positivista del DI al cuestionar si realmente representa un consenso real entre los Estados, esto es no reconocer el consenso o consentimiento universal como fundamento del DI, en oposición a la soberanía.

Otros aspectos de su crítica incluyen el develar la relevancia de la historicidad, concebir al DI como el reflejo de la ideología de la teoría liberal, denunciar cómo la estructura del discurso jurídico internacional en uso se basa en la ideología dominante, por lo cuál es importante develar la retórica subyacente en la argumentación. También su objetivo es denunciar el carácter político implícito e innegable dentro de la disciplina, y cuestionar la existencia de una moral universal.

El dilema principal que identifican los CILT es la dificultad para que los actores en el DI puedan ser reunidos bajo un mismo concepto y noción del bien común, ya que quien defina esa noción estará restando autonomía a los actores que deben mantenerse siempre autónomos e independientes como parte de la comunidad internacional, con lo cuál advierte la ausencia de un centro jurídico internacional como un punto imparcial al que los actores estatales puedan referirse.

Acorde con las críticas de los CILT sobre el DI, también dentro de esta corriente destacan Scelle, de Vischer, y Dupuy, quienes emprenden el análisis de la Sociedad Internacional partiendo de la consideración del poder y de las realidades que ésta impone. Este método se caracteriza por el abandono del formalismo jurídico y por la investigación de

⁷² D’ASPREMONT, Jean. Martti Koskenniemi, the Mainstream, and Self-Reflectivity, *Leiden Journal of International Law*, Volume 29, Issue 3 September 2016 , pp. 625-639.



los factores que permiten comprender mejor la elaboración y la aplicación de las reglas de DI. Para ello, utilizan un método que consiste en la observación de los hechos considerados en sí mismos, teniendo en cuenta los factores políticos y sociales que inciden sobre la norma y que contribuyen a formarla, modificarla o hacerla desaparecer.

1.4.2. *Los Third World Approaches to International Law (TWAIL)*

Dentro de las posturas críticas al DI, en un intento por sobreponerse a la dominación de Occidente y en un esfuerzo por presentar una crítica desde la periferia, surgen los Enfoques Críticos del Tercer Mundo al DI, *Third World Approaches to International Law (TWAIL)*. Su inspiración reside en un movimiento político y social que denuncia las asimetrías que se centran en las realidades coloniales y poscoloniales inscritas en el DI. Fundamentalmente, formula una denuncia sobre las diversas formas en que la disciplina y, en particular, la soberanía como concepto fundador, sólo estaban conformados en forma periférica por el imperialismo. Alude al régimen del DI como ilegítimo y como un sistema depredador que legitima, reproduce y sustenta la subordinación del Tercer Mundo al Occidente.

En sus últimos aportes, han añadido una crítica del Estado poscolonial, de su proceso de formación y de su recurso a la violencia y autoritarismo, para centrarse en los pueblos del Tercer Mundo. Su principal planteo sobre los estudios del DI consiste en que más que entender el colonialismo como externo e incidental a la disciplina, alarman con su perspectiva de que el colonialismo es central a la formación de la ley internacional. Para demostrarlo, emprenden una crítica a los discursos oficiales internacionales que esconden o legitiman instrumentos y formas de neocolonialismo en perjuicio de los pueblos tercermundistas, desde donde el discurso se ha proyectado a partir del concepto de desarrollo sostenible y al de la buena gobernanza como campo fértil de intervención. Lo señalan como una política de conocimiento diseñada para perpetuar los estándares eurocéntricos.⁷³

De los TWAILS, destaca su potencial emancipador y su alta reflexividad sobre los saberes, que se manifiestan en sus tres objetivos principales: en primera instancia, entender,

⁷³ Vid. ANGHIE, A, Chimmi, B.S. *Third Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts*, en RATNER, S. y Slaughter (eds) *The Methods of International Law*, American Society of International Law, Washington 2004, pp 185-190.



deconstruir y descomprimir el uso de la ley internacional como un medio para la creación y la perpetuación de una jerarquía racional de las normas e instituciones mediante la cual subordinan los europeos a los no europeos. Segundo, construir y presentar una alternativa normativa que edifique y sustente la gobernanza internacional, concepto polisémico que es objeto de debate más adelante. Tercero, a través de doctrina, políticas y política, erradicar las condiciones de subdesarrollo en el Tercer Mundo.⁷⁴

Uno de sus principales representantes B.S. Chimni, inclusive insiste en que la amenaza de recolonización está persiguiendo al Tercer Mundo. Cuando se ha aludido a un derecho a un gobierno democrático intraestatal en el Derecho internacional, resulta siempre sospechoso de ser una estrategia neocolonialista porque emerge para contener o, a contramedida de cualquier política contra el *statu quo* que trate de alterar las raíces del sistema distributivo existente, y que atente contra el dominio del mercado.⁷⁵

1.4.3. Los Estudios Críticos del Derecho Internacional y la migración

Recientemente, se ha registrado en la academia una identidad entre las teorías críticas y la migración. En este reconocimiento, desde la corriente crítica se han realizado múltiples investigaciones. El enfoque que prevalece es el análisis desde la perspectiva socio-jurídica, restando énfasis a su proyección en el ejercicio de la ley, ámbito aún por explorar. Quienes han emprendido los estudios críticos en migración han considerado que el derecho es analizado “(...) como una bisagra que abre y cierra las relaciones de poder en la sociedad, de acuerdo con la raza, la clase y el género, y se invierte la lógica del formalismo legal de cuestionar a los sujetos para que respondan al imperativo de la ley”.⁷⁶

La principal influencia de los estudios críticos de la migración se han orientado hacia los estudios críticos de fronteras. Además la investigación se ha enfocado en movimientos

⁷⁴ Vid. MUTUA, Makau, Antony. What Is TWAIL? *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 94, 2000, pp. 31–40. *JSTOR*. Retraído de: www.jstor.org/stable/25659346. 20 May 2020.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ ESTÉVEZ, Ariadna. *Op. cit.*, p. 29.



sociales de migrantes o la denominada autonomía de las migraciones cuyo énfasis reside en legitimar las razones subjetivas en las decisiones de migrar. Se han introducido conceptos inspirados en Foucault como la biopolítica que ha sido retomada por Agamben, Hardt, Negri y Esposito con su tesis sobre la inmunidad, constructos que han ampliado el espectro del análisis sociológico de manera significativa.⁷⁷ En su calidad de herramienta de análisis crítico, no ha emprendido un análisis sociolegal como tal. En consecuencia, Estévez concluye que hay un vacío sobre un enfoque específico en la ley.⁷⁸

Desde el enfoque iusinternacionalista, Chetail ha explorado la deconstrucción del DIM a través de las propuestas de los CLS. Afirma que los CILTS brindan un marco idóneo para el estudio del fenómeno migratorio internacional, e invita a que se realice más investigación bajo la orientación del pluralismo jurídico, los estudios de género y los enfoques del Tercer Mundo.⁷⁹

La aplicación específica de esta corriente al tema de la migración se deriva de su denuncia sobre las representaciones ficticias de universalidad y consenso. Así mismo, su énfasis en la diferencia y la heterogeneidad sirve para el análisis de los escenarios sociales de pobreza, precarización, explotación y desigualdad que subyacen a las migraciones.⁸⁰ Considerando que dentro de las principales causas de los movimientos de personas a través de las fronteras encontramos, como bien lo advierte Chetail, desigualdades socioeconómicas entre Norte y Sur, y que se han acentuado por factores “íntimamente relacionados con el proceso de globalización”,⁸¹ resulta adecuado considerar como marco teórico a la escuela de pensamiento de los CILT y de los TWAIL.

⁷⁷ CHAVEL, Solange. El biopoder en acción: el concepto de *migración* En BOLAÑOS Guerra, Bernardo. *Biopolítica y Migración: El eslabón perdido de la globalización*. Universidad Autónoma Metropolitana, 2015.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ CHETAİL, Vincent. *Symposium On Framing Global Migration Law*, op. cit., pp.18-23.

⁸⁰ VALENZUELA, Arce. José Manuel (Coordinador), *Caminos del éxodo humano: Las caravanas de migrantes centroamericanos*, Editorial Gedisa, 2019, p. 61.

⁸¹ CHETAİL, Vincent. *Conceptualizing International Migration Law*. Proceedings of the one hundred tenth annual meeting of the American Society of International Law, 2017, pp. 201-204.



1.5. Marco jurídico de los migrantes en el DI

A nivel global la regulación del tránsito de personas de un país a otro es de los mayores desafíos para los gobiernos de la comunidad internacional, más aún desde la perspectiva de los derechos humanos, donde se ha procurado instaurar como argumento el inalienable *ius peregrinandi* para obligar a los Estados a respetar y garantizar los derechos de los migrantes de manera justa y equitativa.

En este tenor, a nivel internacional se han desarrollado una serie de normas jurídicas que restringen, regulan y canalizan la autoridad del Estado en el ámbito de la migración. Estas normas constituyen el marco jurídico de la migración y reflejan primordialmente los intereses de los Estados, de sus nacionales y las relaciones interestatales, y están consignadas en instrumentos de carácter no vinculante y en tratados multilaterales y bilaterales, o bien han pasado a formar parte del DI consuetudinario.

Resulta así un Derecho Migratorio Internacional descrito por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), como la rama del derecho que, encontrándose en constante dinamismo, “opta por pretender fijar límites a las autoridades tradicionales de los Estados en materia de migración, basado en los compromisos y las responsabilidades de cooperación trasnacional, sosteniendo el predominio del DI sobre el nacional”.⁸²

Partiendo de una definición, el DIM constituye una rama del derecho donde se gestionan por parte de los Estados aspectos concernientes a la migración a escala internacional. Su ámbito incluye relaciones legales entre Estados o entre un Estado y un individuo, en la escala bilateral, regional y multilateral. En otra definición, el DIM es el conjunto de normas y principios internacionales que rigen el movimiento de personas entre Estados y la situación jurídica de los migrantes en los Estados anfitriones.

En un sentido amplio, el DIM, como objeto de estudio, incluye todas las normas internacionales que se aplican a las personas que abandonan su propio país, otro, y/o

⁸² Organización Internacional para las migraciones, Derecho Migratorio Internacional, Suiza. Retraído de: <http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/migration-management-foundations/international-migration-law/cache/offonce/lang/es>, enero del 2018



permanecen en él, dentro de lo cuál se incluye todo el círculo migratorio: salida del país de origen, entrada y estancia en un país, así como el regreso a su propio país. Esto incluye la emigración y inmigración como los dos lados del proceso migratorio; y todos los migrantes, independientemente de sus motivaciones y motivos de admisión (como el trabajo, la reagrupación familiar, asilo, estudio), su situación jurídica (documentada o no) y la duración de su estancia (tránsito, estancia temporal, residencia, asentamiento permanente).

El primer instrumento que alude a la migración es la Declaración Universal de los Derechos Humanos son los siguientes. Los artículos relevantes son los siguientes:

- El artículo 9 establece que nadie podrá ser arbitrariamente detenido ni desterrado. Éste es un derecho del cual no gozan los refugiados, ya que a pesar de que en la actualidad el destierro no es individualmente declarado por los gobiernos o ordenado de una manera formal, los refugiados son desterrados *de facto*.
- El artículo 13 se refiere a la libertad de circulación, y precisa que “toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”. Este derecho es restringido por los países receptores, al imponer limitantes a la libertad de circulación generalmente mediante medidas migratorias, y en los casos en los que los refugiados son atendidos en campamentos cerrados o semicerrados. En el segundo párrafo del mismo artículo 13 se señala que: “Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a él”. Los refugiados aún cuando no enfrenten prohibiciones formales para regresar a su país, en realidad no pueden hacerlo por peligrar su vida, libertad o seguridad.
- El artículo 14 eleva el derecho de asilo a un rango fundamental y universal, ya que en él se dispone: “En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él en cualquier país”.
- El artículo 15 expresa el derecho a contar con una nacionalidad. La protección del gobierno es un elemento inherente a la nacionalidad, y siendo la característica



esencial de la figura del refugio precisamente la carencia de la protección y representación gubernamental. Es un derecho al cual los refugiados no tienen acceso en la práctica. En este mismo sentido, el párrafo segundo del mismo artículo dispone: “A nadie se le privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad”. Los refugiados son objeto de privaciones arbitrarias de la nacionalidad de hecho, ya que al verse forzados a abandonar su país, porque su gobierno no sólo no los protege sino que además los amenaza, se les está privando arbitrariamente de ella. Asimismo, la segunda parte se ve a menudo violada, ya que en los países receptores es sumamente difícil para un refugiado obtener la nacionalidad.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 12 establece que “todo hombre tiene derecho a dejar cualquier país, inclusive el propio, y a este regresar”.

De manera paralela, bajo el esquema de protección de las Naciones Unidas ha surgido un *corpus* de legislación internacional identificado como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De su contenido se deriva la obligación del Estado de proteger un conjunto de derechos humanos básicos para “todos los individuos dentro de su territorio y sujetos a su jurisdicción”.

Una descripción taxativa de la ley internacional de migración a nivel universal, encuentra que el marco jurídico se compone principalmente de siete tratados, algunos principios consuetudinarios, una cantidad significativa de ley blanda y los organismos internacionales.

1.5.1. El marco convencional

Los principales tratados vigentes que actualmente componen el DIM incluyen:



- La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados del 1951 y Protocolo 1967⁸³
- La Convención Internacional de los Trabajadores Migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, en vigor desde el 1 de julio de 2003.
- El Protocolo de la Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sanciona la trata de personas (2000).
- El Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, complementarios a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

De manera específica, la Convención Internacional de los Trabajadores Migratorios y de sus familiares, regula el trato, el bienestar y los derechos, tanto de los inmigrantes regulares como de los irregulares y sus familiares, imponiendo obligaciones a los países emisores, a los receptores y a los de tránsito. Dicha Convención otorga a todos los inmigrantes, documentados o indocumentados, regulares o irregulares, y a sus familiares, que se han visto en la necesidad de abandonar sus países de origen en busca de nuevas y mejores oportunidades de vida, el derecho a:

- No ser sometido a tortura, trato cruel, inhumano o degradante
- No ser sometido a esclavitud o servidumbre
- La seguridad y libertad de la persona contra arresto o detención arbitraria
- No ser privado de la documentación que prueba su identidad
- No ser objeto de expulsión colectiva

⁸³ La Convención relacionada con el estatus de refugiados de las Naciones Unidas define quién es un refugiado, y contiene las reglas de los individuos a los que se les garantiza el asilo y las responsabilidades de las naciones que garantizan el asilo. La Convención también decide qué personas no se consideran como refugiadas, tales como criminales de guerra. Igualmente, prevé algunos viajes sin visado para los que portan documentos de viaje, conforme a los términos de la Convención.



- Los servicios sanitarios esenciales
- La educación básica para los menores

Cabe desatacar que la Convención de Refugiados cuenta con 155 estados parte; la Convención sobre migrantes trabajadores un promedio de 40. Se ha argumentado que este número desequilibrado de ratificaciones que se observa no refleja la densidad normativa porque, además de estos tratados universales, una amplia gama de tratados regionales y bilaterales han sido adoptados para regular varios aspectos de la migración, incluso con fines laborales.

Adicionalmente, hacen parte del sistema del DIM muchos otros acuerdos multilaterales, aunque redactados para un propósito más general, siguen siendo claramente relevantes en el campo de la migración. En particular, los tratados de derechos humanos son generalmente aplicables a todos, independientemente de su nacionalidad y frecuentemente incluyen disposiciones específicas sobre los no ciudadanos. Se puede hacer la misma observación con respecto a otros instrumentos generales, como los celebrados bajo los auspicios de la Internacional Organización del Trabajo (OIT) y la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Además del derecho convencional, el derecho blando (*soft-law*) se ha convertido en la vía más recurrida para aclarar las normas aplicables y promover la cooperación interestatal en materia de migración. Aunque existe un amplio debate en torno a si es considerada como una fuente de derecho formal como tal, se han adoptado un gran número de instrumentos no vinculantes en la materia durante la última década.

1.5.2. El contenido consuetudinario

Las normas consuetudinarias, así como los principios generales del DI, constituyen una parte elemental en la construcción de un marco jurídico para la migración. Algunas de estas disposiciones conforman verdaderos principios generales del DI, gozando, por lo tanto, de un carácter obligatorio para todos los Estados al margen de cualquier vínculo convencional.



El principio de no devolución (*non refoulement*) es la norma de *jus cogens* que prohíbe el rechazo, la expulsión o la devolución a un tercer Estado de un extranjero, cuando corra peligro cierto su vida o su integridad física y moral.

Los instrumentos que no son de naturaleza convencional que la contienen incluyen la Declaración sobre el Asilo Territorial, contenida en la Resolución 2312/XXII de 1967 de la Asamblea General (art. 3) y la Declaración de Cartagena de Indias Sobre Refugiados de 1984. La declaración quinta de la parte III de la Declaración de Cartagena de Indias reitera “la importancia y significación del principio de no devolución (incluyendo la prohibición del rechazo en las fronteras), como piedra angular de la protección internacional de los refugiados. Este principio imperativo en cuanto a los refugiados, debe reconocerse y respetarse en el estado actual del DI, como un principio de *ius cogens*”.⁸⁴

1.5.3. El marco Jurídico en el Sistema Americano

El sistema regional interamericano carece de un instrumento específico que establezca estándares en materia de migraciones tales como refugiados, desplazados y otros colectivos. Ha sido a nivel de los organismos propios de la Organización de Estados Americanos que se han sistematizado los parámetros y se han desarrollado en la jurisprudencia interamericana a partir de la interpretación de instrumentos de carácter general, tales como la Declaración Americana y la Convención Americana. Es así como se cuenta con varios informes alusivos a las migraciones por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Intereamericana de Derechos Humanos ha sido prolífica en la producción de jurisprudencia contenciosa y consultiva en este ámbito. Con ello da cuenta de un lento y paulatino surgimiento de la sensibilidad de los actores en torno a la vulnerabilidad de las personas migrantes, en particular cuando sus derechos humanos son violados por un Estado del cual no son nacionales.⁸⁵

⁸⁴ TRINDADE Cançado, Antônio Augusto. *International law for humankind: towards a new jus gentium (II): general course on public international law*, Recueil des Cours, Vol. 317, 2005, p. 160-166.

⁸⁵ La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se encuentra enlistada. Retraído de: <https://www.oas.org/es/cidh/migrantes/decisiones/corteidh.asp>



En 1981 la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció por primera vez sobre el tema a partir de lo cual han sobrevenido una serie de jurisprudencias donde se analiza la responsabilidad internacional de un Estado cuando viola los derechos humanos de una persona con la cual no tiene un vínculo de nacionalidad. Bajo el concepto “condiciones de vulnerabilidad”, se han desarrollado elementos y herramientas, que cada vez utiliza con mayor sistematicidad para examinar la situación de los no nacionales en relación al Estado receptor. Este camino recorrido ha sido relevante en la medida en que los litigantes, abogados y organizaciones no gubernamentales (ONG), han incorporado estas herramientas en sus estrategias de litigio. Olea realiza un estudio sobre estos avances y analiza la jurisprudencia de la Corte Interamericana con la consideración del desarraigo como un contexto particular que requiere un tratamiento diferenciado y que puede generar violaciones de derechos humanos cuyo análisis demanda una nueva perspectiva.⁸⁶

Uno de los mayores aportes de la jurisprudencia dentro del sistema interamericano ha sido que a partir del reconocimiento de la situación particular de vulnerabilidad de los migrantes, se ha dejado en claro que el principio de igualdad y no discriminación es una norma de *ius cogens* y que el Estado puede hacer distinciones entre personas migrantes en situación regular o irregular, y entre nacionales y extranjeros, pero que, en definitiva, las políticas migratorias deben respetar los derechos humanos en sus objetivos y en su ejecución.

1.5.4. La arquitectura multilateral y la gobernanza en migración

La primera institución fue constituida de manera formal por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados denominada la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)⁸⁷, y fue. Por medio de este Estatuto se señalan las características, funciones y organización del ACNUR.

Además, la estructura internacional de la migración se ha compuesto de dos pilares.

⁸⁶ OLEA Rodríguez, Helena. Migración en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Eunomia*. Revista de la Cultura en Legalidad, No 9, octubre 2015 – mayo 2016, pp. 249-272.

⁸⁷ Adoptada a través de la Resolución 428 (V) de la Asamblea General de fecha 14 de diciembre de 1950.



El primero a nivel interestatal es el Foro Global de Migración y Desarrollo y a nivel de las agencias internacionales a través del Grupo Global de Migración que se encuentra fuera de la esfera de las Naciones Unidas. Por su parte, esta organización internacional creó en 1999 el Reportero especial en Derechos Humanos de los Migrantes,⁸⁸ y posteriormente, en el 2006 se organizó al interior de la Asamblea General el Diálogo de Alto nivel en migración internacional y migrantes.

La gobernanza internacional en el tema de la migración se ha construido en varios niveles. Se basa en cinco capas superpuestas de instituciones y procesos: la Asamblea General de las Naciones Unidas (a través de los Diálogos de alto nivel de 2006 y 2013 y la Declaración de Nueva York para refugiados y migrantes de 2016), el Foro mundial sobre migración y desarrollo (a proceso consultivo de propiedad estatal organizado fuera de las Naciones Unidas todos los años desde 2007), el Grupo Global de Migración (establecido en 2006 reuniendo veintiún agencias de la ONU para promover una respuesta institucional mejor coordinada), organizaciones internacionales que han adoptado sus propias instrumentos de ley blanda dentro de sus respectivos mandatos, aunque superpuestos (por ejemplo, la Organización Internacional para las Migraciones, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, la Organización Internacional del Trabajo y la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos) y los Estados (como ejemplificado por la Agenda Internacional 2005 para la Gestión de la Migración y los dos pactos mundiales próximos sobre refugiados y migración).

1.6. Marco sociológico sobre la migración

En la actualidad, no existe una teoría general de las migraciones que explique en un conjunto global sus causas y, mucho menos, sus consecuencias. Fernández denota cómo, desde que E. G. Ravenstein formulara, entre 1885 y 1889, sus conocidas “leyes de la migración” que constituyen un esfuerzo por generalizar el fenómeno,⁸⁹ el conocimiento social ha sido un

⁸⁸ Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1999/44, 27 abril de 1999.

⁸⁹ Las siguientes son las 12 reglas de Ravenstein: 1. La mayor parte de los emigrantes se desplaza a lugares cercanos. 2. La emigración se realiza escalonadamente. 3. La emigración a gran distancia se hace a grandes centros. 4. Toda corriente migratoria origina una contracorriente. 5. Emigran más los habitantes del campo que los que la ciudad. 6. A distancias cortas emigran más las mujeres y a distancias largas más los



tema recurrente en la ciencia relacionada a la migración.⁹⁰ Se pueden identificar tres estrategias generales de análisis e investigación que se aproximan científicamente al estudio de las migraciones. Una es la de elaborar estudios de casos específicos; se podría decir que es la estrategia más recurrida en la actualidad, práctica con la que se han generando múltiples análisis de realidades concretas, tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa, pero con la limitante de ser siempre empírica. La segunda, también muy recurrida hoy en día y conservando una perspectiva empírica, consiste en análisis de carácter estructural y global, con base en datos estadísticos y cuantitativos relativos a la migración en determinado contexto regional o nacional (flujos, *stocks* y características de los migrantes, su evolución en el tiempo y la comparación con otros contextos). Por último, una tercera que si sostiene una perspectiva teórica pero que aborda nada más aspectos parciales del fenómeno migratorio, derivando en una constelación de teorías de grado medio que no han sido incorporadas en teorías generales.⁹¹

De manera general, las teorías sobre migración establecen los diferentes marcos conceptuales. Tienen en común que cada enfoque teórico proporciona una base muy particular para entender las fuerzas que operan para establecer una explicación sobre la migración internacional. Así mismo, conceptualizan los procesos causales en diversos niveles de análisis: el individual, el familiar, el nacional y el internacional.

Las teorías llegan a combinar los niveles de análisis y las fuerzas estructurales que operan en el nivel nacional e internacional. No obstante, los distintos modelos reflejan diferentes enfoques, objetivos e intereses de los investigadores, así como distintas formas de

hombres. 7. La mayoría de los emigrantes son adultos. 8. Las familias cuando emigran van a lugares cercanos. 9. La intensidad de los movimientos aumenta con el desarrollo de las actividades comerciales e industriales y con el de los transportes. 10. Las grandes ciudades crecen más por inmigración que por crecimiento vegetativo. 11. Las migraciones se dan sobre todo del medio rural a los grandes centros comerciales e industriales. 12. Las causas principales de los movimientos migratorios son económicas.

⁹⁰ FERNANDÉZ Guzmán, Eduardo. Roberto Herrera Carassou, *La perspectiva teórica en el estudio de las migraciones*. Siglo XIX Editores, México, 2006.

⁹¹ *Ibidem*.



descomponer un sujeto enormemente complejo en partes analíticamente manejables. Así se elaboran las proposiciones, los razonamientos e hipótesis de cada teoría.

La fuente que ha sido reconocida por concentrar las principales teorías actuales ha sido el documento del Comité IUSS en Migración Sur-Norte.⁹² En este trabajo se recogen principalmente la teoría de la nueva economía y la del capital social. Además, resulta relevante rescatar dos teorías básicas que han sido las principalmente apeladas, la primera basada en la economía neoclásica, que explica sus causas por diferencias geográficas o disparidades regionales en la oferta y demanda de trabajo. Su fundamento está en la ecuación en la cual un país con una gran reserva laboral respecto al capital tiene un salario bajo mientras que un país con una limitada reserva laboral respecto al capital se caracteriza por un salario alto.

En contraste, la segunda presenta la postura de Pioré, representante de este punto de vista teórico, argumentando que la migración internacional es provocada por una permanente demanda de trabajadores extranjeros inherente a las estructuras económicas de las naciones desarrolladas. De acuerdo con este autor, la inmigración no es causa de los factores de estímulo en los países de origen (bajos salarios o un desempleo alto), sino de los factores de atracción de los países receptores (una crónica e inevitable necesidad de mano de obra extranjera).

Por otra parte, es preciso mencionar la economía política internacional de las migraciones, representada por Cross, Hanieh y Smith, quienes las consideran como resultado inherente de la dinámica del capitalismo racializado global y su sistema de acumulación por desposesión en los países de origen, dinámica en la que el control de fronteras tiene por objeto crear la ilegalidad para reducir el coste de la fuerza de trabajo en los países de destino. De otra parte, la teoría de los sistemas migratorios, propuesta por Domínguez, Castles y Tintori, considera la migración como una transición de la movilidad que forma parte del proceso más amplio de desarrollo como transformación estructural a nivel nacional.

⁹² DOUGLAS S. Massey, *et al.* Teorías de migración internacional: una revisión y aproximación, *Population and Development Review*, Vol 19, n. 3, sept 1993.



A estas teorías, que han sido las de mayor aceptación se les critica, primero, que en su conjunto no presentan una explicación de la migración completa e integral. Mientras la neoclásica y la nueva economía de la migración presentan modelos centrados a nivel individual, la teoría del mercado dualista, por su parte, explica de una manera parcial el fenómeno. La división en niveles no ha permitido una visión integradora, y obstaculiza el que las dimensiones analíticas se desarrollen en torno a una teoría general.

Segundo, se estima que se concentran siempre en aspectos económicos y dejan de contemplar los aspectos sociales de la migración. Para los sociólogos, si bien los factores económicos pueden dar origen a los movimientos, generalmente los factores sociales los mantienen e incluso los aumentan. Subrayan el hecho de que la migración no se produce a menos que haya redes de unión entre la oferta de migrantes internacionales y la demanda de su trabajo. Algunas de estas redes tienen una estructura bastante informal, compuesta por familias y comunidades que organizan y cubren los gastos del viaje, se encargan de buscar trabajo para los recién llegados, les ayudan a encontrar alojamiento y, en definitiva, les ofrece apoyo.

Recientemente, en México diversos académicos han promovido una perspectiva sociológica para orientar la investigación hacia un enfoque basado en imaginarios, representaciones sociales y percepciones sobre los propios actores del fenómeno migratorio donde el migrante ya no sea un objeto de estudio deshumanizado. Recientemente la obra, *Tú Migrante*, mediante la construcción de representaciones de la migración, busca contrarrestar los estudios propios del Norte global recuperando los imaginarios. En la actualidad otras publicaciones han seguido esta tendencia.⁹³

Otro aspecto que ha sido introducido progresivamente es la multidisciplinariedad que se ha ido incorporando a estos estudios científicos, ya que la problemática ha sido retomada

⁹³ DÍAZ Mendibur, Aroon et al (Eds) *Tu Migrante*. CISAN, 2017, y VALENZUELA Arce, José Manuel (Coordinador) *Caminos del éxodo humano: Las caravanas de migrantes centroamericanos, op. cit.*, VACA Tavira, Norma et al. (eds) *Jóvenes y migraciones*, Editorial Gedisha, 2019.



por politólogos, economistas, sociólogos, antropólogos, historiadores, demógrafos, psicólogos, geógrafos, hasta políticos profesionales y funcionarios de gobierno encargados de elaborar políticas migratorias.

Se ha reconocido el tema de la migración irregular como una arista por desarrollar, dentro del mismo, una reciente recopilación de bibliografía adelantada por Rodríguez *et al* resalta por su mayor frecuencia de aparición de temas como: la vulnerabilidad de los migrantes durante el tránsito, en particular para menores de edad y las mujeres; el carácter indocumentado de esta migración en general; derechos humanos de los migrantes; la violencia generalizada existente en zonas alta expulsión como el Triángulo del Norte de Centroamérica; las políticas migratorias de contención, de seguridad, detención y deportación de migrantes; marcos institucionales y jurídicos; la impunidad en casos de violaciones a los derechos humanos de migrantes; las enfermedades adquiridas y acceso a servicios de salud de los migrantes durante el tránsito; rutas y ciudades con concentración de migrantes; participación de redes criminales, y apoyo de redes sociales.⁹⁴

A manera de conclusión, el citado trabajo encontró que a pesar de que el estudio sobre las violaciones de los derechos humanos de los migrantes de tránsito ha aumentado, las estadísticas al respecto son escasas y poco precisas. Precisa lo limitado del debate conceptual, legal y de alternativas de política hacia los migrantes en tránsito, identificándolo como área de oportunidad para futuras investigaciones que puedan favorecer y hacer efectiva la protección de los derechos de los migrantes y garantizar su seguridad e integridad.⁹⁵

1.7. Elementos conceptuales retomados de las corrientes críticas del derecho

La construcción de este marco teórico representó un esfuerzo por conjuntar todas las aristas posibles desde el derecho para acercarse al entendimiento del mundo complejo actual de la migración. Ante el predominio de ideologías de corte positivista que predominan en el tema

⁹⁴ RODRÍGUEZ Chávez et al. *Bibliografía sobre Migración en Tránsito Irregular, 1990-2015*, ITAM, México, 2016.

⁹⁵ *Idem.*, p. 8.



migratorio para las cuales solo existe un pensamiento único y dogmático, se hizo un esfuerzo por sostener una postura reivindicativa del reconocimiento de saberes flexibles, reflexivos, subjetivos-objetivos, locales y globales.

Es relevante tomar conciencia de que la teoría crítica y la mayoría de sus corrientes provienen de occidente y por tanto, su epistemología puede constituir un obstáculo para el entendimiento de la problemática de las personas migrantes del Sur ante la legislación internacional generada con un predominio de la perspectiva de occidente. Sin embargo, el derecho migratorio involucra a ambas partes, Norte y Sur. De ahí la necesidad de considerar tanto las visiones desde el próspero Norte, conformado principalmente por países receptores de migrantes, en conjunto con aquellas que han sido proyectadas desde el Sur global, empobrecido y en conflicto, como la contraparte expulsora de migrantes. Al final, es el rostro de estas personas que migran del Sur global el que debe ser reivindicado como el protagonista, sujeto del DIM, y no como un objeto deshumanizado de estudio.

El camino teórico recorrido, primero visualiza la necesidad de insertar tanto al derecho, como a la teoría del derecho, en el medio social y plantearse su potencial de transformación. También advierte la necesidad de reconocer al derecho su rasgo político constituyente y no solamente su carácter constituido como aplicación técnica de las leyes. Por tanto, se sugiere sostener una perspectiva siempre enriquecida por la dimensión histórica, política, y social de fenómeno y la legislación jurídica en estudio.

Frente al derecho, la crítica invita a confrontar los elementos desiguales e ideológicos que puede sostener.⁹⁶ Por ejemplo, hay que identificar que en casos específicos sostiene incoherencias que hacen que en apariencia garantice igualdad permitiendo de manera equitativa que individuos y grupos se organicen para defender sus intereses, mientras que por otro lado, establece mecanismos que obstaculizan o impiden dicho acceso a determinadas personas o sectores de la población. La imposición de valores compartidos y asumidos por todos los ciudadanos en el caso de sociedades con asimetrías, perpetúan sistemas sociales discriminatorios o excluyentes por su carácter racista, xenófobo o sexista.

⁹⁶ ATIENZA, Manuel, *op. cit.*, p. 300-317.



Las pretensiones de legitimidad del DI deben ser debidamente cuestionadas, porque la legalidad no es un equivalente de legitimidad. La norma no puede considerarse legítima tan solo con garantizar un ejercicio ajustado a las formas correctas. La falta de legitimidad compromete el cumplimiento de la norma, y la consecuencia a largo plazo es su ineficacia. Por otra parte, las pretensiones de legitimidad y justicia que le son inherentes al derecho no siempre se cumplen porque éste puede llegar a plegarse a los intereses del poder. El derecho se consolida entonces como instrumento de dominación social, económica y política, al favorecer los intereses de los dominadores y al prolongar el orden existente, y se erige como un mecanismo de la dominación global entre colectivos humanos.

La exportación de los derechos humanos y del Estado de derecho son ejemplos de un posible fracaso de los diseños jurídicos globales. En consecuencia, hay que tener en consideración la manera en que la universalización se constituye en un mecanismo que favorece la instrumentalización de las leyes. Como resultado, los derechos humanos como expresión de universalidad se mantienen como conceptos abstractos sin ser implementados en un sistema legal que les de forma y contenido. Su legitimidad se ve comprometida porque los ciudadanos no se ven a si mismos como autores y beneficiarios de estas normas que en últimas regulan su convivencia.

Ante todas estas consideraciones resulta importante tener presente que el derecho responde a determinados factores causales y realiza unas determinadas funciones sociales por lo que es relevante preguntarse ¿Cuál es la función social que se persigue y que orienta el objetivo de la norma, o la *ratio juris*? Con base en esta respuesta se puede evaluar y determinar su eficacia.

A manera de síntesis, dentro de los principales aportes que ofrece la teoría crítica para reflexionar sobre el derecho se encuentran son los siguientes:

- Reconectar el derecho y la política y revisar el papel de las instituciones jurídicas.



- Resaltar la indeterminación del derecho por las lagunas, contradicciones formales e incoherencias sustantivas que puede sostener
- Explorar la instrumentalización del derecho en favor de los poderosos y como se consolida a través del positivismo
- Desmentir la pretensión de universalidad del derecho
- Reivindicar el interés de grupos y sociedades marginados

Finalmente, es relevante resaltar que para efectos de la presente investigación, el análisis desde la crítica permite privilegiar la perspectiva del migrante como sujeto del DIM. Desde la crítica se reivindica a los grupos marginados y las sociedades excluidas del discurso dominante, e intercede por la incorporación de múltiples perspectivas, cultura, género, raza, sociedad, política, etcétera, en los procesos de la creación de la ley y su interpretación. La categoría de migrante encuadra de manera idónea en esta aproximación por cuanto es un grupo excluido del discurso dominante, que requiere nuevas perspectivas de análisis desde el derecho.



CAPÍTULO II

CONTEXTUALIZACIÓN, PROBLEMATIZACIÓN Y CATEGORIZACIÓN

2.1. Introducción

Las principales dificultades que atraviesa el Derecho internacional migratorio en la actualidad, señaladas reiteradamente por la doctrina, se problematizarán y clasificarán para determinar las categorías de análisis que permitan evaluar sus verdaderos alcances y significado desde una perspectiva crítica.

Cuando se habla de Derecho Internacional Migratorio (DIM) en términos genéricos, se hace referencia a un conjunto de normas y principios internacionales que rigen el movimiento de personas entre Estados y la situación jurídica de los migrantes en los Estados anfitriones. Por tanto, como ya se mencionó, comprende a todos los migrantes, independientemente tanto de sus motivaciones, como de los motivos de admisión.

Precisamente por involucrar relaciones de los Estados con individuos, el *corpus* propio del Derecho internacional de los Derechos Humanos ha sido considerado por la doctrina que forma parte del *corpus* jurídico del DIM, aún cuando no contemple de manera específica los contextos de la migración y funja como sistema genérico de protección al migrante. No obstante, para efectos de la presente investigación, aunque la doctrina lo considera como parte del DIM, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y en particular el tema de los derechos humanos, será analizado de manera independiente a las demás normas específicas dirigidas a regular la migración. El motivo es que para efectos de poder deconstruir el DIM e identificar fallas en su funcionamiento, hay que considerarlo independiente del complemento de los instrumentos de derechos humanos. Es por esta razón que los derechos humanos se incluyen como una más de las categorías de análisis.

Como punto de partida se reconece que el DIM ha sido una disciplina de difícil desarrollo, y que específicamente sus debilidades han sido diagnosticadas desde distintas



posturas de la doctrina iusinternacionalista y por los organismos internacionales especializados. A continuación se enuncian, enlistan y clasifican.

2.2. Problemas del DIM señalados por la doctrina

2.2.1. El DIM como una rama del DI

La principal consideración desde la doctrina internacionalista manifiesta inquietudes en torno a si el DIM en efecto constituye una rama del DI. Los principales autores expertos en la materia que se citan y se consultan repetidamente por la Organización Internacional de las Migraciones (OIM), como Chetail⁹⁷, Aleinikoff⁹⁸, Gosh⁹⁹, Cholewinsky¹⁰⁰, Dauvergne¹⁰¹ y Perruchoud¹⁰², sostienen sus propias concepciones y a través de ellas reflejan las corrientes jurídicas que los inspiran.

Chetail considera que el DIM todavía está escasamente conceptualizado y no cuenta con dicho reconocimiento por derecho propio. La ha descrito como una legislación cuya arquitectura fragmentada se basa en la disonancia y la asimetría que cuestiona las tradiciones de armonía, unidad y estabilidad.¹⁰³

Perruchoud, en la introducción de su compilación de normas en migración, afirma que actualmente, la “legislación de la migración internacional” es un término general para la

⁹⁷ Vincent Chetail es profesor de Derecho Internacional Público en Ginebra y se desempeña como director del Centro de Migración Global.

⁹⁸ Alexander Aleinikoff se ha desempeñado como Alto Comisionado para Refugiados en las Naciones Unidas.

⁹⁹ Bimal Gosh fue consultor principal en la Conferencia Ministerial sobre Migración Este-Oeste, Viena, 1991. Actualmente es consultor de las Naciones Unidas.

¹⁰⁰ Ryszard Cholewinsky se desempeñó como Especialista senior en migración de la OIT.

¹⁰¹ Catherine Dauvergne se desempeña como titular del Canada Research Chair in Migration Law en la Universidad de British Columbia.

¹⁰² Richard Perruchoud se desempeñó como Jefe de Gabinete de la Dirección General de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM).

¹⁰³ CHETAİL, V. The architecture of International Migration Law: a Deconstructivist Design of Complexity and Contradiction. AJIL Unbound, 111, 18-23, 2017, p. 18.



compleja red de relaciones legales entre personas, grupos y Estados que, en conjunto, regulan los movimientos de las personas. Lo considera como una rama del derecho que se ha desarrollado con el tiempo y, de hecho, continúa desarrollándose con la necesidad, cada vez mayor, de cooperación y regulación internacional que involucra a los Estados, los migrantes y la sociedad civil internacional en general.¹⁰⁴

De acuerdo con Aleinikoff el DIM es “sustancia sin arquitectura,” considerando que las normas y principios legales relacionados con la migración internacional son amplios en su alcance y abundantes en su cantidad, pero que en definitiva no conforman un régimen coherente.¹⁰⁵

En el mismo sentido, Pérez inclusive cuestiona la existencia del DIM como tal. Su conclusión es que: “contamos con un marco jurídico internacional apenas desarrollado y, en general, superado por la realidad de las migraciones internacionales,” y junto con ello lo visualiza como una estructura fallida que aporta poca seguridad al migrante.¹⁰⁶

Profundizando en el tema, Ramji-Nogales recalca las fallas estructurales del sistema global de migración, y culpa a su arquitectura inadecuada de las crisis migratorias actuales, ya que son el resultado previsible de la errática construcción legal vigente en torno a la migración donde persiste una brecha significativa, tanto a nivel normativo como especialmente operacional, con respecto a determinados grupos de migrantes irregulares en situación de vulnerabilidad, que son la gran mayoría.¹⁰⁷ Las lagunas jurídicas en la protección al migrante también son destacadas por Fitzpatrick.¹⁰⁸

¹⁰⁴ CHOLEWINSKI, R. Perruchoud & E. MacDonald (eds), *International Migration Law. Developing Paradigms and Key Challenges*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2007.

¹⁰⁵ ALEINIKOFF, Alexander. *International Legal Norms on Migration: Substance without Architecture*, *International migration law: developing paradigms and key challenges* 479 n. 9.

¹⁰⁶ PEREZ, Carmen. *Migraciones irregulares*, op. cit., p. 22.

¹⁰⁷ BETTS, Alexander. *Towards a 'soft-law' framework for the protection of vulnerable migrants*, UNHCR Research Paper No 162, 2008.

¹⁰⁸ FITZPATRICK, Joan. The human rights of migrants En *Academy of European Law Session on Human Rights* 14-25. Migration, Human Rights and Protection, 2010, p. 186.



Gosh considera como problema la falta de especificidad o ambigüedad con respecto al derecho de los migrantes, aún reconociendo que no es la única traba que enfrenta. El hecho de que las disposiciones de las leyes internacionales de derechos humanos que son de especial relevancia sean fragmentarias y estén ampliamente dispersas, y no necesariamente armoniosas, dificulta que los migrantes se aprovechen de ellas y que los activistas de derechos humanos luchen por estos derechos en su nombre.¹⁰⁹ Esto les genera una situación de falta de certeza legal que los coloca en lo que ha descrito como un “limbo judicial”.¹¹⁰

También desde la percepción de Chetail, el problema puede asociarse con la fragmentación normativa, y su consecuencia es que haya flujos masivos de seres humanos cuyo viaje esta lejos de ser regulado o aún coordinado por el DI, afectando en últimas la seguridad y los derechos humanos del migrante.¹¹¹

En otras definiciones, Lillich ha considerado el DIM como “un rompecabezas jurídico gigante y sin ensamblar, en el que el número de piezas aún es incierto y el gran diseño aún está surgiendo”¹¹².

En contraste, desde una perspectiva institucional, para el exdirector de la OIM, McKinley, y actual presidente de la Asociación para la Movilidad Internacional, la disparidad o dispersión de normas del DIM contribuye a la creencia de que existen lagunas en el conjunto de normas que protegen a los migrantes y/o regulan la migración. Desde su postura institucional, la crítica es infundada y obedece a una mera percepción sin fundamento.

¹⁰⁹ GOSH, Bimal. *Derechos humanos y migración: El eslabón perdido Migración y Desarrollo*, núm. 10, pp. 37-63 Red Internacional de Migración y Desarrollo Zacatecas, México, 2008, p. 38.

¹¹⁰ *Idem.*, p. 40.

¹¹¹ CHETAİL, Vincent. The Transnational Movement of Persons Under General International Law - Mapping the Customary Law Foundations of International Migration Law (June 26, 2014) En *Research Handbook on International Law and Migration*, pp. 1-72, CHETAİL, V. & C. Bauloz, eds., Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2014. Retraído de: <https://ssrn.com/abstract=2459366>

¹¹² LILLICH, R. *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, Manchester, MUP, 1984, p. 122.



En síntesis, aunque en la literatura académica algunos si lo reconocen como una rama del DI, la mayoría cuestionan su independencia y aún su existencia como tal, siendo la principal inquietud la fragmentación de las normas. Como la expresión de esta desintegración, se presentan las lagunas jurídicas para la protección del migrante, la falta de estructura, la heterogeneidad, la dispersión institucional, y en general la ambigüedad del sistema. El énfasis se encuentra en las fallas de aplicación de normas de derechos humanos que deberían estar protegiendo a los migrantes. El diagnóstico en general, parece indicar que la falta de formalidad en constituir una rama del derecho como tal, afecta principalmente al migrante, generando una falta de efectividad de las normas.

2.2.2. Falta de efectividad de las normas internacionales en migración

Derivado de lo anterior, el segundo problema que se ha precisado es la ineffectividad de las normas, de manera específica aquellas encargadas de proteger los derechos humanos de los migrantes. Si bien el DI de los derechos humanos y otras obligaciones derivadas de tratados internacionales, tanto bilaterales como multilaterales, han venido a limitar la autoridad soberana de los Estados, de acuerdo con Gosh, aún éstas mismas presentan ambigüedades y deficiencias que se ven agravadas por varias brechas de protección adicionales en relación con ciertos grupos de migrantes específicos, o situaciones migratorias particulares. Lo que claramente está denunciando la doctrina es la ineffectividad del DIM. Su falta de eficacia se puede inferir de la ambigüedad de la ley, y la existencia de una brecha entre la normatividad y su aplicación, donde los afectados son los migrantes. En otras palabras, de acuerdo con Gosh, la falta de efectividad se encuentra asociada de manera directa a la fragmentación que predomina entre las normas.

2.2.3. La fragmentación normativa como un problema del DIM

El problema de la estructura errática y la fragmentación, es contemplado reiteradamente por los expertos como una limitante. El concepto de fragmentación se refiere a la desagregación normativa y al conflicto resultante de la continua especialización funcional del DI. Consiste en el efecto normativo de la aparición de regímenes especiales.



Con esta precisión en mente, la inquietud de algunos especialistas se puede disipar si el DIM se constituye como un régimen autónomo, porque la dispersión normativa lo convierte en una amalgama de normas que en últimas desalienta su comprensión y la coherencia de su aplicación.¹¹³ De manera contradictoria, la consolidación como régimen especial conlleva el efecto normativo de la fragmentación.

Un sector de la doctrina considera el problema de la fragmentación como un potencial peligro para la unidad del ordenamiento internacional. Por el contrario, otros internacionalistas especialistas en migración han considerado que la fragmentación lejos de constituir un desafío a la estabilidad del DIM, es *per se* el reflejo natural de las dimensiones multifacéticas de la migración que no requiere ser corregido. Para el principal representante de esta postura, Chetail, la respuesta a la fragmentación y falta de sistematización, no reside en la consolidación de un sistema unificado cerrado y basado en normas y procedimientos comunes para favorecer la codificación.

2.2.4. Falta de estructura

Algunos autores han interpretado la fragmentación como un problema derivado de una arquitectura fallida. El DIM es descrito como un rompecabezas, “un conjunto ecléctico de normas sobre-impuestas que se dispersan a través de una amplia gama de campos solapados”.¹¹⁴ Mediante su análisis, Chetail resalta las tensiones latentes entre los actores que se reflejan en la ley de migración internacional y le impiden ser un instrumento viable para resolver las actuales crisis migratorias. El autor sintetiza su argumento en los siguientes términos:

“A pesar de sus carencias, el DIM no es ni la fortaleza del Estado ni el laberinto de los migrantes. Como cualquier edificio deconstructivista, el DIM es un conjunto iconocástico que perturba la tradición del orden, la armonía y la estabilidad. Esta arquitectura provocativa produce una impresión de caos controlado, un sentimiento de

¹¹³CHETAIL, Vincent. Sources of International Migration Law, en OPEKIN, Perruchoud, Redpath-Cross (eds), *Foundations of International Migration Law*, 56–92, p. 90.

¹¹⁴ CHETAIL, Vincent. *Symposium On Framing Global Migration Law*, *op. cit.*, p. 23.



imperfección y inquietud que nunca han sido tan agudos como hoy en día”.¹¹⁵

2.2.5. El problema de la coherencia

El señalamiento en torno a la coherencia involucra la co-existencia de disfuncionalidades dentro del sistema normativo, a decir vacíos, lagunas, contradicciones entre las diversas normas jurídicas que componen el ordenamiento. La coherencia específicamente se refiere a choques o contradicciones entre normas susceptibles de ajustarse a un mismo caso, a pesar de que estén orientadas a soluciones diferentes. Se considera que estas antinomias afectan sustancialmente la coherencia interna de un mismo ordenamiento jurídico.

El problema con la articulación de las normas no es visualizado como un problema mayor para Chetail, porque es la combinación de las normas dentro del mismo marco normativo de referencia, lo que promueve una aproximación más coherente para el propósito de articular las diversas normas jurídicas unas con otras. Mientras que las reglas aplicables se encuentran en la intersección de varias ramas del DI, permanecen estrechamente interconectadas. Ninguna de las normas puede ser evaluada de manera aislada porque sólo tienen sentido cuando se entienden en su relación con la otra.¹¹⁶

De esta manera, para Chetail la falta de unidad de estructura formal y material del DIM, no afecta su coherencia ya que es la retro-alimentación continua del entorno social el que le otorga su especificidad, particularidad y lo provee de coherencia como sistema jurídico. En ese sentido, en vez de encontrar una debilidad en esta falta de cumplir con los requisitos de estructura, integralidad y sistema, observa una fortaleza que describe como virtud del DIM cuando fomenta un enfoque más sistémico y convincente para comprender la migración como un tema de análisis por sí mismo. Metodológicamente, representa un reto que se transforma en virtud. Su manifestación fragmentaria se constituye en una manera de avanzar en su efectividad.

¹¹⁵ “Despite its shortfalls, IML is neither the fortress of the state nor the labyrinth of migrants. Like any deconstructivist edifice, IML is an iconoclastic assemblage that disturbs the tradition of order, harmony, and stability. This provocative architecture produces an impression of controlled chaos, a feeling of incompleteness and unease that have never been so acute than today”, *Idem.*,

¹¹⁶ CHETAİL, Vincent. *Research Handbook on International Law and Migration*, op. cit., p. 2.



Otro sector de la doctrina, considera que el hecho de que las normas se encuentren dispersas contrariando el concepto formal de sistema, hace urgente reforzar la indivisibilidad de las mismas en aras de la coherencia. La insistencia en la coherencia redundaría en discusiones técnicas, por ejemplo, reduciéndolo a un problema de cómo interactúan los sistemas de regímenes autónomos con la ley general.

2.2.6. Las lagunas normativas del DIM

La doctrina denuncia las lagunas normativas que presenta el DIM. Se habla de brechas entre lo normativo y lo operacional: lagunas jurídicas que dejan desprotegido al migrante. En este sentido la doctrina se ha cuestionado si estas lagunas requieren ser solventadas mediante la expedición de nuevas normas internacionales o, por el contrario, vale la pena concentrarse en su adecuada aplicación apoyándose no tanto en la ley dura, sino más bien en la ley blanda.

Aquellos que apoyan la creación de nuevas normas, argumentan que, con el paso del tiempo las sociedades evolucionan y surgen nuevas necesidades normativas. Para sostener la necesidad de adoptar nuevas normas del derecho duro, Gosh denota cómo en el DI se ha reconocido que es común que con el tiempo algunos instrumentos puedan quedar obsoletos, y tengan que ser modificados, revisados o reemplazados por otros nuevos.¹¹⁷

Los que apoyan otras alternativas, como Betts, argumentan que a nivel normativo y legal, existe una ausencia de interpretación y aplicación de estas las normas vigentes al caso de la migración irregular, lo que genera un vacío legal. En segundo lugar, a nivel operativo, no existe una guía clara sobre cómo implementar esas normas de manera eficiente y equitativa, o sobre la división apropiada de la responsabilidad entre las organizaciones internacionales. Para ello, se ha recomendado la ley blanda para abordar estas brechas, porque puede facilitar el desarrollo de directrices claras sobre la protección de los migrantes

¹¹⁷ Para apoyar esta postura se señala que es un principio que inclusive se reconoce en el Tratado de Viena de 1960. En el artículo 63, la cláusula (*rebus sic stantibus*) indica que cuando las circunstancias cambian radicalmente y surge una nueva situación, el cumplimiento de el tratado ya no puede ser automático. Vr. GOSH, Bimal. Derechos Humanos y Migración. *op. cit.*, p. 43.



irregulares vulnerables. Se considera que estas ofrecen a los Estados un mayor apoyo institucional para garantizar de manera eficiente que se satisfagan las necesidades de protección.¹¹⁸

2.2.7. Desformalización como consecuencia del Derecho blando

La categoría identificada como *Soft-law (lex mollis)*, se caracteriza porque adquiere validez sin consentimiento de por medio.¹¹⁹ Esto en oposición a la ley dura (*dura lex*), que reconoce la validez de las fuentes basada en el consentimiento del Estado a ser obligado. Un sector de la academia del DI manifiesta ansiedad respecto al desarrollo del derecho blando, y su creciente desarrollo ha permanecido bajo el ataque de los que comúnmente se representan como positivistas. Las objeciones han incluido discusiones que buscan rehabilitar el positivismo en su conjunto, a manera de ofrecer una cuenta renovada y modernizada del mismo. Con ello se niega la necesidad o pertinencia de la llamada *Soft-law*, o inclusive se contempla como un síntoma de desintegración de la ley y de la comunidad internacional.¹²⁰ Ello es comprensible ya que los abogados internacionalistas tradicionalmente comulgan con la dogmática o el formalismo jurídico, y aquellos que se alejan de esta corriente parecen exiliarse del dominio de la ley.

No hay que desconocer que ya algunos neopositivistas como Gross Espiell o Rubin, asociados con la cooperación e interdependencia y la idea de comunidad internacional de los años sesenta, apelaban a legislación anti-formal, y a estándares laxos y juicios “blandos”.¹²¹

¹¹⁸ BETTS, Alexander. *Op. cit.*, p. 23.

¹¹⁹ Morales propone la siguiente definición: “el conjunto de instrumentos internacionales que comprenden reglas, principios, directrices, observaciones, etcétera, que no son consideradas directamente obligatorios para los países -bajo una visión jurídica estricta- pero a los que, al menos, si se les ha reconocido un carácter orientador MORALES, Julieta., *Migración Irregular y Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, 2018. p 207.

¹²⁰ D’ASPREMONT, Jean Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials, *The European Journal of International Law* Vol. 19 no. 5, 2008, pp. 1075 – 1093, p. 1089.

¹²¹ Un trabajo histórico de Koskenniemi analiza las raíces de estas dos tradiciones en las tradiciones jurídicas alemanas y francesas de finales del siglo XIX y principios del XX. *Martti Koskenniemi and the Spirit of the Beehive in International Law*. Retraído de: https://www.researchgate.net/publication/43294908_Martti_Koskenniemi_and_the_Spirit_of_the_Beehive_in_International_Law enero 2019.



Actualmente, el concepto es de amplia aceptación en algunos sectores académicos, especialmente aquellos vinculados a los organismos internacionales.

Por ejemplo, Betts la reconoce como solución a los vacíos normativos del DIM en calidad de derecho no vinculante que no requiere de consentimiento del Estado. Además, argumenta que es la manera de que las normas no se tornen obsoletas ante la dinámica ágil propia de la globalización, y como una forma de dar cabida a la creciente complejidad de las relaciones internacionales contemporáneas.

2.2.8. Falta de compromiso de los Estados

Dentro de las causas de la fragmentación, la doctrina señala repetidamente la falta de voluntad de los Estados como limitante principal para el desarrollo del DIM. Este factor es fundamental porque en general, dentro del proceso del Derecho Internacional Público, el consentimiento de los Estados es imprescindible tanto para la creación como para la aplicación de las normas. En otras palabras, lo determinante es la forma de expresión de voluntad de los Estados para comprometerse dentro del sistema internacional dependiendo del tipo de obligaciones que asumen con ello.

En el tema de la regulación de los movimientos migratorios estas expresiones de voluntad no son otra cosa que el reflejo de las preferencias de los actores en una sociedad pluralista. Por pertenecer el DIM al ámbito de la soberanía individual del Estado, es el espacio donde de manera sensible éstos han reclamado la única autoridad sobre su territorio y población. Es por tanto que, los Estados como sus principales actores y creadores, aún no se prestan a limitar sus prerrogativas soberanas tradicionales más allá de cierta medida, considerándolas como bien lo anuncia Dauvergne, su “último bastión de soberanía”.¹²²

También Sassen hace un comentario respecto a la forma en que los Estados pretenden manifestar su voluntad en el sentido de “reivindicar su antiguo esplendor,

¹²²DAUVERGNE, Catherine. Sovereignty, Migration and the Rule of Law in Global Times, 67 Mod. L. Rev. 588, 2004.



afirmando su derecho soberano a controlar sus fronteras”.¹²³ Todo ello explica y de alguna manera justifica, la ausencia de voluntad estatal en el tema.

Claramente, Thomas identifica la falta de voluntad política como uno de los motivos para el fallo del DIM, porque trae consigo los costos institucionales, no solo en la creación de las normas, sino también de la armonización y aplicación de las mismas. Cabe resaltar que es la única dentro del grupo que menciona el tema de la falta de armonización de las legislaciones internas de los países con los tratados y los principios internacionales en la materia, que de hecho es uno de los aspectos clave a desarrollar para conseguir la efectividad de la legislación migratoria internacional.¹²⁴

2.2.9. Vulneración de la soberanía

La segunda hipótesis que complementa la anterior, sostiene que la voluntad de los Estados en la materia está primordialmente orientada a reclamar el control soberano de su territorio, y en especial de sus fronteras. Reiterando la hipótesis, Pécout, en su calidad de funcionario de la UNESCO, visualiza el problema de la falta de voluntad como una contradicción estructural, y la gran paradoja del DIM en los siguientes términos: “El problema es (...) no la falta de estándares internacionales, pero la falta de voluntad política para implementarlos”.¹²⁵

En efecto, aún cuando se puede advertir una red compleja y cada vez mayor de nuevos tratados e instrumentos de derecho blando que surgen constantemente, los Estados todavía se han reservado ciertos dominios intocables, sin legislación internacional. Un ejemplo lo constituyen las condiciones de admisión de los extranjeros o el estatus legal interno que se les otorga, por lo que disfrutan de cierto margen de discrecionalidad para perseguir sus propios objetivos de política nacional. Esto es formalmente legal y legítimo,

¹²³ SASSEN, Saskia, *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la Globalización*. Bellaterra, Barcelona 2001, p. 49.

¹²⁴ THOMAS, Chantal. Undocumented Migrant Workers in a Fragmented International Order, 25 MD. J. INT'L L. 187, 2010.

¹²⁵ PECOUD, Antoine & Paul de Guchteneire, *Migration, Human Rights and the United Nations: An Investigation into the Obstacles to the UN Convention on Migrant Workers' Rights*, 24 WINDSOR Y.B. ACCESS TO JUST. 241, 244, 2006.



pero a menudo al menos éticamente reprochable, y la doctrina lo reconoce como una de las principales limitantes para el desarrollo del DIM. Esta ambivalencia es explicada por Chetail en los siguientes términos:

“El papel del DI en el sensible campo de la migración es complejo, ambiguo y es frecuentemente descuidado. Tal situación probablemente se deba a la doble naturaleza de la migración, que es a la vez una cuestión de preocupación tanto nacional como internacional. Por un lado, la admisión de no-ciudadanos se considera tradicionalmente como perteneciente a la jurisdicción interna de cada Estado. Por otro lado, el movimiento de personas a través de las fronteras es internacional por naturaleza, ya que presupone una relación triangular entre un migrante, un Estado de emigración y un Estado de inmigración”.¹²⁶

Como lo precisa Martin, el punto de partida es la amplia autoridad de los Estados que poseen, en principio, la discrecionalidad para decidir sobre la admisión y permanencia de los no ciudadanos.¹²⁷ El sostenido reclamo de este ejercicio de la soberanía sobre quién entra al territorio considerado como propio y bajo qué condiciones, se enfrenta abiertamente a la obligación de los Estados de respetar las libertades fundamentales, incluido el derecho de salida de sus ciudadanos.

Es así cómo, acogerse a un sistema de protección internacional de migrantes, por un lado, limita su autonomía para permitir la entrada y salida de extranjeros a su territorio, y por otro, impone una obligación de no discriminarlos una vez que se encuentran bajo su jurisdicción en lo que hace al disfrute de determinados derechos que sí reconocen a los nacionales.

2.3. Clasificación de los argumentos

¹²⁶ CHETAİL, V. The transnational movement of persons under general international law, *op. cit.*, p. 1.

¹²⁷ MARTIN, David. The authority and responsibility of states. En T.A. Aleinikoff and V. Chetail (Eds.), *Migration and International Legal Norms*, T.M.C. ASSER PRESS, The Hague, The Netherlands. 2003, p. 31.



La doctrina concuerda en considerar que el DIM constituye un “sistema errático”. Los argumentos giran en torno a las dos visiones jurídicas fundamentales que invaden el tema migratorio: aspectos relacionados a la soberanía de los Estados que involucran los temas de la protección de fronteras, otorgamiento de la nacionalidad, expulsión de extranjeros de los territorios. La otra vertiente que predomina se concentra en los derechos humanos de los migrantes, y la protección del migrante irregular. Esta tensión se podría concretar en el binomio soberanía del Estado-protección de la persona migrante.

Lo que se infiere de manera general a partir de las opiniones de la doctrina es una coincidencia en identificar la debilidad del sistema en su tendencia hacia la fragmentación y la falta de estructura, pero difieren en que esta circunstancia se traduzca necesariamente en su falta de efectividad. Dicha fragmentación que en últimas responde a la falta de compromiso de los Estados por no querer comprometer su voluntad en temas de migración, tiene como consecuencia la desprotección de las personas en contexto de migración. Es decir que las normas generales de derechos humanos que la doctrina considera como parte del DIM, no funcionan de manera efectiva para proteger a las personas migrantes.

En general, el DIM está pobremente conceptualizado. No constituye un régimen autónomo y no es siempre reconocido como una rama del DI por derecho propio. Lejos de reemplazar otras ramas del DI, se encuentra compuesto por las recopilación de partes específicas de otras como del Derecho Internacional de Refugiados, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario, Derecho Internacional del Trabajo, Derecho Internacional Penal, Derecho Internacioal Marítimo, entre otros. De ahí se deriva la preocupación por la falta de cohesión del DIM y se sugiere que mediante una solución de los limitantes formales que se manifiestan de manera promordial en la fragmentación, se podría solventar las deficiencias y alcanzar la efectividad de las normas que lo componen.

2.3.1. Corrientes filosóficas del derecho identificadas en la problematización



Dentro de las escuelas filosóficas, o paradigmas del pensamiento jurídico internacional, algunas teorías se adscribirán al derecho natural, otras al positivismo, o bien al legalismo o realismo. En términos de la filosofía del derecho, y para determinar las corrientes filosóficas que sostienen los planteamientos de la doctrina, hay que partir del combate dialéctico que ha enfrentado dos grandes modelos conceptuales: el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, como paradigmas que constituyen categorías mentales y teóricas del trabajo de los iusinternacionalistas. Para la tradición de pensadores naturalistas, el DI es derecho natural en su estado puro por ser su objetivo el regular las relaciones entre entidades soberanas, no subordinadas a autoridad superior alguna; esta corriente insistirá en principios morales de justicia universal que se plasman en el derecho consuetudinario por excelencia.¹²⁸

En contraste, a lo largo del siglo XX, ha predominado el positivismo jurídico en el DI, alejado de reflexiones filosóficas, pero concentrado en las teorías sobre la juridicidad de la disciplina y el fundamento de su carácter obligatorio. Su influencia es lo que le ha permitido al DI constituirse en una rama genuina del Derecho, adoptando el lenguaje jurídico propio representado en las normas.

2.3.2. Identidades teóricas de la doctrina identificadas

No resulta sencillo identificar la corriente denominada como “*mainstream*” dentro de la teoría legal internacional. Existen una diversidad de aproximaciones y comprensiones teóricas que fluctúan entre el positivismo, el realismo, formalismo, instrumentalismo y el pragmatismo, como las principales teorías.

Teniendo en consideración que la doctrina *iusinternacionalista* actual se ha identificado mayoritariamente con la corriente positivista, que comulgando con la dogmática o formalismo jurídico, se ha constituido como el paradigma dominante, resulta predecible que sea el formalismo contemporáneo, como una vertiente del positivismo, la aproximación

¹²⁸ TESÓN, Fernando, *Filosofía del Derecho Internacional*. En Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho (Volumen 3) Zabra, Jorge Luis y Spector Ezequiel IEJ, UNAM. 2015.



teórica que parece reivindicar un importante sector de integra la doctrina que se ha referido al DIM, y cuyas posturas han sido aquí vertidas.

Autores como Betts, Aleinikoff, Gosh y Pérez coinciden en que hay lagunas jurídicas que se traducen en la poca seguridad del migrante que impiden la aplicación de la normatividad de protección a los derechos humanos. El énfasis radica en buscar la integridad y coherencia normativa, complementado con prácticas de carácter técnico-jurídicas que favorezcan su aplicación y efectividad.

Por otra parte, autores como Perruchoud, Gosh y McKinley, acentúan la necesidad de que el DIM se desarrolle en términos de mayor desarrollo institucional, cooperación y regulación internacional entre los Estados, los migrantes y la sociedad civil internacional en general, eliminando el acento en la ampliación de la normatividad. Estas posturas parecen estar más orientadas por criterios inspirados en el derecho natural.

Otros expertos como Chetail, coincidiendo en que las normas existentes ya son suficientes, toman una distancia de las anteriores posturas cuando conciben que la falta de armonía, unidad y estabilidad que prevalecen en la actualidad son una característica que le otorga su identidad al DIM y cumple con el objetivo de favorecer la agilidad en la aplicación de normas favoreciendo su efectividad. Esto corresponde con los planteamientos de la corriente de teoría crítica del DI.

Dentro de las escuelas de pensamiento filosófico o paradigmas dentro de las principales tendencias del pensamiento jurídico internacional, en un extremo del espectro se encuentra el derecho natural, y del otro el positivismo. Dentro de este espectro filosófico general, se han desarrollado teorías relevantes del DI que estudian problemas puntuales, como es el caso de la fragmentación, el constitucionalismo internacional, la gobernanza global y el pluralismo.

Los problemas que se han detallado coinciden con las preocupaciones de estos proyectos teóricos. La propuesta es analizar estas teorías desde la perspectiva de las estrategias, conceptos y condiciones específicas que estructuran tanto su espacio conceptual



como su contenido.

2.4. Clasificación propuesta para el análisis

El diagnóstico de la doctrina reveló varios aspectos sobre el DIM:

1. No constituye una rama autónoma del Derecho Internacional.
2. Sostiene una falta de estructura y presenta una gran fragmentación, principalmente por estar compuesta de normas que provienen de otras áreas del derecho, como es el caso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
3. Predomina un desinterés en su desarrollo por parte de los Estados
4. La falta de avance normativo se ha compensado con una evolución institucional y mediante la proliferación de la *soft-law*.
5. Los migrantes se encuentran desprotegidos por brechas de protección predominantes en la normatividad vigente.

Las limitantes se pueden organizar en las siguientes categorías:

- Falta de estructura
- Fragmentación
- Falta de coherencia
- Lagunas normativas
- Ineficacia
- Falta de interés en tratados multilaterales

Las limitantes identificadas por la doctrina van a ser agrupadas para su análisis de la siguiente manera:



1. Análisis del problema de la fragmentación (sustantiva e institucional)
2. Falta de estructura
3. El DIM como sistema
4. El problema de la coherencia
5. Problemas en la aplicación de las normas de derechos humanos a la migración

La problematización puntualiza una brecha entre la concreción de la ley y la normatividad misma. Ello demanda detectar los obstáculos que obstruyen la realización de los objetivos del DIM. Ya fueron presentados los diferentes argumentos que se esgrimen desde la academia y los organismos internacionales para explicar las fallas del sistema jurídico que regula la migración. Para evaluar la validez de los argumentos que sustentan las posturas identificadas con las principales corrientes filosóficas del derecho, se propone analizarlos con la teoría crítica como referente, con el fin de darles una dimensión social y política que venga a complementar las consideraciones jurídicas en aras de evaluar otros aspectos que pueden enriquecer la discusión, tales como la legitimidad de las normas, el trasfondo político que alimenta el sistema, la carga ideológica que soporta. Con ello se espera lograr una mejor comprensión del fenómeno jurídico y determinar los factores que obstruyen su eficacia.

2.5. Construcción de las categorías de análisis

El marco conceptual basado en las corrientes críticas del derecho que se ha dispuesto en el capítulo anterior, ha permitido sugerir herramientas analíticas idóneas para descubrir los intereses que se ponen en juego y que se ocultan tras los conflictos del sistema jurídico internacional migratorio. Éstas se enuncian a continuación, tal como fueron planteadas en el primer capítulo, y se procede a ordenarlas y formularlas como las categorías de análisis que van a enriquecer la metodología de investigación:

- Dimensión histórica y social del derecho
- Dimensión política del derecho y del discurso jurídico
- Indeterminación del derecho por las lagunas, contradicciones formales e incoherencias sustantivas



- Falsa pretensión de la universalidad del derecho
- Reivindicación del interés de grupos y sociedades marginados

De las anteriores, se han seleccionado las perspectivas histórico-social, la política, y la universalización, como tres importantes grupos de categorías críticas que pueden explicar las contradicciones que se traducen en ineficacia de la legislación migratoria. La indeterminación del derecho será un tema que se discutirá de manera detallada cuando se analicen la limitantes formales. La reivindicación de los grupos marginados será discutida a través del estudio de caso. Por lo tanto las tres categorías escogidas ostentan tres aspectos primordiales del núcleo de la crítica de la corriente al DI y recogen la mayor parte de la problemática identificada en el DIM subrayada por la doctrina. Facilitarán el análisis a la luz del paradigma posmoderno, representado principalmente por los *Critical Legal Studies* (CLS), los Estudios Críticos Internacionales (CILT), y los *Third World Approaches to International Law* (TWAIL). La corriente estructuralista específicamente, plantea perspectivas de análisis útiles para identificar tensiones ocultas en el sistema normativo de la migración. Estas metodologías e instrumentos de análisis se retomarán más adelante, posterior a la mención de las categorías.

2.5.1. Dimensión histórica y social del Derecho

El derecho, como lo precisa Villegas, “estuvo, está y estará siempre fundamentado sobre la base de una realidad social imperante en un tiempo y lugar determinado. Es decir que para entender las manifestaciones normativas y doctrinales de una época concreta debemos entender e interpretar el contexto que las condiciona”.¹²⁹

El carácter ahistórico del derecho es rechazado por las corrientes críticas. El contexto histórico forma parte de la operación hermenéutica, de la misma comprensión de las normas jurídicas. Con elocuencia Martín Rodríguez sostiene como:

¹²⁹ VILLEGAS Delgado, César. *Los Crímenes de Lesa Humanidad en Perspectiva Histórica*. Universidad de Andalucía, 2012, p. 9.



“Ese ser de la norma en la historia, reivindica o atrae hacia sí y hacia el discurso jurídico el análisis de la racionalidad crítica para la correcta comprensión de su horizonte, automáticamente complejo por poseer su propia tradición. Asumir la positividad de las normas como categorías históricas, es decir comprenderlas como el producto, técnico y normativo del fenómeno histórico, devuelve al discurso su capacidad crítica”.¹³⁰

La trascendencia del análisis histórico para efectos de la presente investigación, radica en que es precisamente en las continuidades y rupturas históricas donde se puede descubrir y analizar los entramados que derivan en la falta de efectividad de la ley. Por lo tanto, para la formulación de modelos de análisis teóricos en cuestiones de migración, es necesario recuperar la génesis y los contextos históricos que enmarcan dicho proceso, revisar y reflexionar sobre los conceptos y categorías usadas para dar cuenta de ellos. Su análisis puede denotar aspectos vitales sobre la falta de correspondencia entre lo que la norma busca regular y los fenómenos sociales a los que la norma se dirige. Este análisis favorece una revisión profunda del sentido de la norma respecto al contexto inmediato, en términos de su evolución en el tiempo y su correspondencia con el objetivo que cumple. De no adaptarse a nuevos contextos, permitirá considerar la necesidad de actualización de la norma.

Es necesario tener en cuenta una advertencia que realiza Bourdieu respecto al posible efecto negativo de circunscribir el derecho en un nivel profundo de fuerzas históricas. El sociólogo destaca que esto hace que sea imposible concebir concretamente el universo social específico en el que se produce el derecho y en el que ejerce su poder. A manera de ejemplo, denota cómo aquellos que creen que están rompiendo con el énfasis en el ámbito económico consideran que para restaurar a la ley su eficacia histórica completa, simplemente se contentan con afirmar que está “profundamente imbricado en la base misma de las relaciones productivas”. Con ello se pierde de vista el contexto social con el énfasis en la superestructura que generalmente subyace a la noción de autonomía relativa. Este cuestionamiento debe ser tenido en cuenta para no sacrificar, al sobrevaluar la superestructura y, finalmente perder de vista la eficacia histórica de la norma.

¹³⁰ MARTÍN, Pablo. *op. cit.*, p. 39.



Es para evitar esto que se propone, que junto con la categoría histórica se reuna en el mismo capítulo la categoría social, en un esfuerzo por rescatar la dimensión tanto histórica como social del derecho, que tiene relevancia para el paradigma jurídico con fundamento en el pensamiento crítico. Esta corriente plantea la necesidad de estudiar el derecho en cuanto a la realidad social, es decir explorar la relación entre las normas y la realidad social que las circunda. Por tanto, la crítica del derecho no se concentra en su carácter jurídico, sino que trasciende el derecho en cuanto norma al estudiarlo como objeto jurídico y social a la vez.

El objetivo del análisis de las normas del DIM desde la perspectiva de estas dos categorías consiste en indagar si existen mecanismos que obstaculizan o impiden el acceso a determinados individuos o grupos en casos en que la norma puede aparecer como un instrumento equitativo en atención a las necesidades de los sujetos que busca atender, y en definitiva, a pesar de aparecer como el reflejo de valores compartidos y asumidos por todos los ciudadanos, y demostrarse al contrario, que el derecho perpetúa un sistema social discriminatorio o excluyente por su carácter racista, xenófobo o sexista. La teoría crítica, reivindica el contexto social, visibilizando el interés de grupos y sociedades marginadas, en un determinado contexto histórico, como es el caso del constructo social que se ha denominado migrantes en un momento histórico como lo es la globalización.

Es precisamente la teoría crítica, con su reivindicación del contexto social, y en especial las Epistemologías del Sur, y las corrientes pluralistas, las que han alertado y conducido el interés hacia los grupos y las sociedades marginados. En efecto, la construcción social que se ha realizado sobre la categoría de migrante se ha caracterizado por ignorar la existencia de otras jurisdicciones de carácter autogestionario en los que se expresan valores de igualdad y equidad material diferentes a los dominantes.

2.5.2. Dimensión política del Derecho Internacional

Como lo vislumbró claramente Schmitt, al derecho hay que reconocerle su rasgo político constituyente y no meramente su carácter constituido como mera aplicación técnica de las



leyes.¹³¹ De acuerdo con ello, los estudios críticos del DI se concentran en denunciar el carácter político implícito e innegable dentro de la disciplina iusinternacionalista.

La premisa de la que parten los estudios críticos del DI es que no existe distinción clara entre el razonamiento jurídico y político. Lo político se encuentra presente en todos los momentos de creación y funcionamiento de los sistemas normativos, y en las principales instituciones jurídicas.

A partir de ello, la crítica ha centrado sus cuestionamientos en torno a la autonomía de la disciplina y las irracionalidades producto de la política que subyace en ésta. La falta de objetividad de las normas internacionales ponen de manifiesto el problema de las pretensiones del formalismo y el subjetivismo de la ley, dado que los textos, incluidos los documentos legales, admiten múltiples interpretaciones. Las decisiones legales no están tan limitadas por las respuestas racionales a los textos y precedentes, sino por las manifestaciones de las fuerzas sociales y políticas que actúan sobre los operadores jurídicos. Ello se materializa en los entramados del discurso oficial a través de los cuales, cubiertos por el avance normativo, se perpetúan lagunas que solo son comprensibles en términos de poder, y que en últimas tienen como objetivo el mantener el *statu quo*.

Lo político en el DI tiene varias dimensiones. Se identifica en términos de la hegemonía y la contrahegemonía como perspectiva que influye directamente al DI. Así mismo, desde las asimetrías del poder entre los Estados y entre los actores en el DI, los intereses y el poder; la concepción del poder y de la acción política, o la politización de los espacios de cooperación internacional, por ejemplo.

¹³¹ Tan profunda era esta convicción que para Schmitt, dentro de su concepción del DI inclusive el universalismo humanista no era más que el manto que cubría un novedoso imperialismo económico que abría las puertas a guerras discriminatorias y de aniquilación. TRIPOLONE, Gerardo. La doctrina de Carl Schmitt sobre el DI. Anu. Mex. Der. Inter, México, v. 14, p. 347-379, 2014. Retraído de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S187046542014000100010&lng=es&nrm=iso >. 07 jul. 2020



Otra arista que reclaman las teorías críticas del Derecho para la política consiste en la acción colectiva de los excluidos que se constituye en un requisito para la consecución de transformaciones jurídicas significativas. Esto se opone a las reivindicaciones denominadas como redistributivas o de intereses particulares, que rechazan explícitamente la perspectiva de la víctima, y deastienen los intereses y valores comunes. Desde la crítica, la participación es una forma importante de legitimación política.

2.5.3. Universalidad y derechos humanos

La conexión entre el concepto de universalidad y derechos humanos se explica a continuación. La universalización busca establecer los valores transubjetivos que presuponen la existencia de un consenso ético. Este consenso debe ser el fundamento de la universalización. La mayoría de los procedimientos lingüísticos que caracterizan el lenguaje jurídico contribuyen a producir dos efectos que lo sostienen: la neutralización y la universalización.

Las “pretensiones universalizantes”, bien sean consensuadas o no, se materializan a través del concepto de derechos.¹³² En el desarrollo del concepto de los derechos humanos se progresa hacia formas jurídicas ilimitadas de protección de los intereses, bienes y valores básicos de todos los individuos, y al determinar su nivel de avance en términos cosmopolitas como medida de unidad, se está formulando un planteamiento universalista. Este discurso hegemónico y uniforme sobre los derechos, se fundamenta en un consenso artificial que tiene efectos en su legitimidad. No cuenta con ella ni tampoco con un consenso ético.

Se han explorado diferentes soluciones a la falta de legitimidad y de consenso ético inherentes a la neutralización, por ejemplo, se ha hablado de la necesidad de ofrecer un fundamento moral de los derechos que sea sensible a la diversidad y a la particularidad, sobre

¹³² La teoría liberal predominante ha visto tradicionalmente la democracia en términos de derechos, como es el caso de Dworkin o Rawls, quien realiza un intento reciente de articular una teoría política de los derechos que pueda unir a los pueblos liberales y no liberales, donde traza una distinción entre los derechos humanos y los derechos de los ciudadanos en democracias liberales.



el cual se construya el fundamento de un proyecto global que configure una teoría de la justicia global.¹³³

Este rescate de la diversidad y la particularidad ha sido el argumento que se aduce para contrarrestar las pretensiones universalizantes de los derechos humanos. Otro movimiento hacia la desuniversalización, fue propuesto por Carty dentro de las corrientes críticas del DI. Lo que denominó como la *translation theory*, o la teoría de la traducción legal, propone la deconstrucción de esta compulsión universalista, arraigada en la creencia platónica de que el ser humano tiende a la unidad.

Carty precisa cómo las elecciones culturales de cada sociedad son en gran parte atribuibles a las peculiaridades de su historia, creencias, etcétera. La tarea del traductor legal consiste en buscar las raíces de la formación de un consenso sobre la juridicidad de la ley dentro de una sociedad en un punto particular en el tiempo. Ésta se encuentra en aspectos que la sociedad considera vitales para su cohesión y reproducción. Pero cada sociedad tiene su propia forma de pensar y reflexionar sobre la naturaleza de esta juridicidad. Así, cada sociedad tiene una identidad que la diferencia de otras y por ello es difícil encontrarse todas identificadas en la sociedad internacional.

Si la ley debe tomar su coherencia no de lo que se impone desde afuera sino de la atracción mutua de elementos dentro de la sociedad, el elemento clave de la ley no es la sumisión, sino la identificación y la diferenciación. La dimensión crucial del pluralismo está representada por la transferencia de una etnología jurídica desde las sociedades tradicionales.

La construcción de la sociedad internacional moderna, que responde entonces a una compulsión unitaria en la ley, que conduce a cubrir la diferencia e insistir en la homogeneidad de toda experiencia, resulta en un consenso artificial. El peligro que Carty identifica en esto

¹³³TURÉGANO, Isabel, Derechos Humanos, Universalidad y Cosmopolitismo. En A. Ródenas (ed.), *Repensar los derechos humanos*, Palestra, Lima, 2018, pp. 61-101



radica en que para las sociedades la existencia depende no solo de la conciencia de la identidad social, sino también de la exclusión de otras sociedades como diferentes.

Desde las Epistemologías del sur, se reconoce este peligro y desde ahí es donde se formula la lucha por la reforma desde abajo del régimen internacional de derechos humanos. Lo que se persigue es darle una dirección multicultural y a la vez cosmopolita.

Desde una óptica instrumentalista, una limitante que es importante tener presente, consiste en considerar que aunque el lenguaje del DI de los derechos humanos aparentemente sirve para movilizarse en su defensa, no se puede ignorar que también se presta simultáneamente para legitimar el *statu quo* e integrar dentro del discurso a los grupos oprimidos en la estructura del capitalismo global. Prueba de ello, como bien lo resalta Ortega, es la falta de interés en hacer efectivos los tratados de derechos humanos:

“A pesar de que actualmente hay tratados universales y regionales de derechos humanos que extienden su protección a todas las personas dentro de los territorios de los Estados partes, no existe ningún tratado (fuera del ámbito de la inversión extranjera) dirigido a proveer a los extranjeros (como grupo humano) con recursos para proteger los derechos humanos que internacionalmente tienen reconocidos”.¹³⁴

Esta percepción coincide con quienes consideran que debido a que las declaraciones de derechos humanos están especificadas de manera incompleta, los valores y principios reflejados en las formulaciones de derechos requieren un trabajo adicional y detallado por parte de las legislaturas para lograr su efectiva realización. Es solo a través de la especificación en la legislación interna de los Estados que se pueden lograr los objetivos mismos del bienestar humano articulados de manera incompleta en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

¹³⁴ ORTEGA, Elisa. *Los derechos humanos de los trabajadores migrantes irregulares en el DI y la práctica europea y americana*. Tesis Doctoral. Universidad Carlos III de Madrid, 2012, p. 100.



2.6. Metodologías retomadas de las corrientes críticas del derecho

2.6.1. La deconstrucción según Derrida

Es importante primero establecer que el concepto de deconstrucción ha sido objeto de una mala comprensión, falsas interpretaciones, o incluso utilizado como una palabra “cuya suerte ha sido extremadamente feliz y versátil”; su uso cotidiano se encuentra muy alejado de las alturas especulativas desde las cuales surgió, y que desvirtúa la naturaleza hermenéutica de su origen.¹³⁵

En un esfuerzo por procurar darle una justa dimensión al concepto, es necesario partir de establecer una definición propia del filósofo francés para entender el concepto original y comprender su estrategia. Aún cuando Derrida rechazó la posibilidad de definir el vocablo, y sugirió intentar una descripción a partir de lo que la deconstrucción no es,¹³⁶ se da a la tarea de explicar las connotaciones lingüísticas del término de la siguiente manera:

“(....) cuando elegí esta palabra, o cuando se me impuso —creo que fue en *De la gramatología*—, no pensaba yo que se le iba a reconocer un papel tan central en el discurso que por entonces me interesaba. Entre otras cosas, yo deseaba traducir y adaptar a mi propósito los términos heideggerianos de *Destruktion*¹³⁷ y *Abbau*¹³⁸. Ambos significaban, en ese contexto, una operación relativa a la estructura o

¹³⁵MADRID, Raúl. Hacia una ética de la responsabilidad: Derrida y el otro “por venir” en Lévinas. Proyecto FONDECYT No 1060610, *El otro por venir. Hacia una nueva justificación de los derechos humanos*. Sapientia Vol. LXIII, Fasc. 223, 2008. Retraído de: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/hacia-etica-responsabilidad-derrida.pdf>. Febrero, 2020.

¹³⁶ *Vid.* Sobre la dificultad de definir el término, la imposibilidad de deconstruirlo, y las precisiones sobre lo que el concepto no es y DERRIDA, Jacques “Carta a un amigo japonés”, publicado en *Le Promeneur*, XLII (1985), y recogido en *Psyché. Inventiones de l'autre*, Paris: Galilée, 1987. Versión española incluida en *El tiempo de una tesis. Deconstrucción e implicaciones conceptuales*, Barcelona: Ediciones Proyecto, 1997, p. 25.

¹³⁷ De acuerdo con Heidegger es preciso iniciar la *destrucción* (*Destruktion*) del contenido tradicional de la antigua ontología, hasta llegar a aquellas experiencias primordiales en las que alcanzamos nuestra primera forma de determinar la naturaleza del Ser. MARTIN HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, párrafo 6, p. 43 y ss.

¹³⁸ El término *Abbau* significa “desmantelar”. Husserl se refiere a un “desmantelamiento del mundo teórico”.



arquitectura tradicional de los conceptos fundadores de la ontología o de la metafísica occidental. Pero, en francés, el término ‘destrucción’ implicaba de forma demasiado visible un aniquilamiento, una reducción negativa más próxima de la ‘demolición’ nietzscheana, quizá, que de la interpretación heideggeriana o del tipo de lectura que yo proponía”¹³⁹

La propuesta de Derrida se identifica como una estrategia, más que una metodología como tal, ya que la deconstrucción no constituye un método¹⁴⁰, no es una interpretación, no es una operación, según él mismo se encargó de aclarar.¹⁴¹ De hecho se aleja mucho de constituirse en una metodología procesal como se suele entender, y por el contrario, consiste en desmontar a través de un análisis intelectual de las estructuras que componen el discurso, una cierta estructura conceptual. Esto se realiza identificando las “oposiciones binarias”, o construcciones en las que un elemento prima sobre el otro y termina por definir a ambos. Este análisis logra evidenciar las ambigüedades, las fallas, las debilidades y las contradicciones de una teoría o de un discurso. En las propias palabras de Derrida:

“(…) creo asimismo en la necesidad del desmontaje de sistemas, creo en la necesidad del análisis de las estructuras para ver lo que ocurre allí donde funciona, allí donde no funciona, por qué la estructura no llega a cerrarse, etcétera. Cuando he utilizado esta palabra (deconstrucción) tenía la impresión de traducir dos términos de Heidegger en un momento en que me fue preciso en este contexto”.¹⁴²

Para lograr este análisis de las estructuras, se adelanta el proceso de deconstruir un texto, lo cuál se realiza en dos movimientos, una doble operación: el derribo y la reinscripción. Derrida contempla indispensable la fase de derribo, pero de la misma manera considera

¹³⁹ DERRIDA, Jacques, *Carta a un amigo japonés*, op. cit., p. 23.

¹⁴⁰ Madrid explica cómo la deconstrucción se aleja del concepto metodológico tradicional, pues el método podía alcanzar el conocimiento de un objeto mediante una cierta identidad de éste con aquel, mientras que en el caso de la deconstrucción, “ella misma es la exterioridad”, pues la huella produce los opuestos desde un afuera que es irreductible en cuanto despliega la misma condición de posibilidad de los contrarios. MADRID, Raúl, op. cit., p. 110.

¹⁴¹ *Idem.*, p. 25.

¹⁴² DERRIDA, Jacques *Posiciones*, Paris: Les Editions de Minuit 1972. Cita por la versión española: *Posiciones* (M. Arranz, trad.), Valencia: Pre-textos, 1977, p. 18 y 19.



fundamental no quedarse en ella, porque: “Quedarse en el derribo es operar, ciertamente, dentro de la inmanencia del sistema que se va a destruir”. Así, de lo que se trata es de dismantelar las oposiciones conceptuales y las ordenaciones jerárquicas del texto tradicional, para reinscribirlas posteriormente en órdenes diferentes de significado. Es decir, consiste en la búsqueda de las aporías de un sistema de signos. Deconstruir quiere decir, alterar también las relaciones normales entre texto y contexto, buscando “suprimir la hegemonía de la dominación aparentemente explícita en favor de los múltiples rastros de sentido dispersos pero vivos en los márgenes de esa explicitud”.¹⁴³

Como bien lo percibe Madrid, explicándolo como la reinscripción del significado, y siguiendo con el símil de la arquitectura, no se trata de destruir para construir de nuevo sobre el mismo terreno, sino más bien, poner atención en el terreno sobre el que se sienta el texto, así, no se trata de realizar una destrucción violenta sino de des-sedimentar. El concepto de “sedimento” se refiere de modo figurativo a formar suelo, piso, con elementos más sólidos que el líquido que conforma un depósito basal. Por ello se trata de una estrategia para descubrir fisuras, errores y contradicciones, así como las jerarquías de los opuestos, aprovechando las resquebrajaduras del edificio y las fallas estructurales del terreno.¹⁴⁴

Posterior al derribo, se ubica la fase de la reinscripción que constituye el segundo momento del proceso deconstructivo, que significa el desplazamiento o reconstrucción. Es un proceso que se encarga de dislocar el orden jerárquico, con el fin de que lo que se veía como trasfondo pase a primer plano, y viceversa.

Identificar las oposiciones tiene un sentido que permite cuestionar las jerarquías, pero sin que ello signifique limitarse al hecho de que son opuestas. Dice Derrida:

“(…) deconstruir la oposición significa, en un momento dado, invertir la jerarquía. Olvidar esta fase de inversión es olvidar la estructura conflictual y subordinante de la oposición. Significa pasar demasiado a prisa, sin detenerse sobre la oposición anterior,

¹⁴³ *Ibidem.*

¹⁴⁴ *Idem.*, p. 116-118.



a una *neutralización* que, *prácticamente*, dejaría el campo anterior en su estado y se privaría de todo medio para *intervenir* eficazmente”.¹⁴⁵

Por eso es que, si la relación de los opuestos tradicionales podía llamarse “simétrica” entre ambos extremos, la que surge después de la deconstrucción es “asimétrica”: no están situados en el mismo plano de aquello que es condición de posibilidad. La importancia de la reinscripción consiste en que detiene y evita que la inversión culmine, convirtiéndose en un simple argumento logocéntrico. Por ello, hay que entender que dichas nociones no se refieren a sí mismas de un modo que produzca la comprensión de la identidad. La deconstrucción consiste más bien en producir discursivamente *lo otro* a partir de sí mismo. No puede haber ni reconocimiento ni recepción del otro, sino esta invención de lo que es radicalmente otro desde el significante que le hace acontecer.¹⁴⁶ Con ello, se suprime y elimina todo recurso a la intersubjetividad, cerrando las puertas a la comprensión mutua en el discurso dialógico dado que “El otro “no puede ser entendido como el producto de una reconstrucción subjetiva”.

Aunque diversos sectores de la doctrina han defendido la estrategia de Derrida por considerarla clave para descubrir el manejo retórico, así como por su capacidad de revelar dimensiones nuevas y refrescantes de cosas conocidas; de manera contraria, otros han visto la posibilidad de que se utilice, mediante un lenguaje formalista con el fin de imponer posiciones sustantivas contradictorias donde cada componente de las estructuras binarias opuestas depende del otro. Cuando el significado procede de la relación con el contexto, se permite su reversibilidad, y así obtener cualquier resultado o solución. De esta manera, se pueden justificar siempre las prácticas existentes.

Precisamente, esta es la postura que previene el deconstructivismo cuando evita que la inversión culmine convirtiéndose en un simple argumento logocéntrico.¹⁴⁷ Por el contrario, el rol del deconstructivismo en este caso debe ser el de exhibir estas incoherencias,

¹⁴⁵ DERRIDA, J. *Positions*, op. cit., p. 55.

¹⁴⁶ *Idem.*, p 108.

¹⁴⁷ MARTÍN Rodríguez, P. *Los paradigmas del Derecho Internacional*, op. cit., p. 79.



pero siempre y cuando no se le limite a identificar las oposiciones y al hecho de que son opuestas, sino que se produzca discursivamente *lo otro* a partir de sí mismo y en una relación asimétrica que logre dislocar el orden jerárquico, y con ello evitar la denunciada neutralización de los opuestos.

2.6.2. El concepto del otro en Derrida y su aplicación en la migración

En su obra *Hospitalidad, justicia y responsabilidad*, Derrida trata el tema de la migración cuando hace alusión al sistema de refugio de la siguiente manera:

“Sabemos que hay muchas *personas desplazadas* que piden el derecho de asilo sin ser ciudadanos. No se debe a razones especulativas o éticas que esté interesado en la hospitalidad incondicional, sino para entender y transformar lo que ocurre hoy en el mundo. La hospitalidad incondicional implica que no se le pide al otro, al recién llegado, que de algo a cambio, ni que se identifique. Incluso si el otro te priva de tu dominio o de tu casa, debes aceptarlo. Esa es la condición de la hospitalidad incondicional. Es insoportable. Pero si existe, sin embargo, pura hospitalidad, debería ser llevada a este extremo. Yo intento separar este concepto de la pura hospitalidad del concepto de *invitación*. Si yo te espero y estoy preparado para recibirte, ello implica que no hay sorpresa, que todo está en orden. Porque la pura hospitalidad, o el puro regalo, requieren sin embargo de la sorpresa absoluta para acontecer. El otro, como el Mesías, llegará cuando quiera... Si soy incondicionalmente hospitalario, recibiré a la visita, no al huésped invitado. No debo estar preparado, o preparado para no estar preparado, para la llegada inesperada de *cualquier* Otro... Si existe la pura hospitalidad, o el puro regalo, debiera consistir en esta apertura sin horizonte...”¹⁴⁸

¹⁴⁸ DERRIDA, Jacques. *Hospitality, Justice and Responsibility: A Dialogue with Jacques Derrida*, en R. KEARNEY - M. DOOLEY (eds.), *Questioning Ethics: Contemporary Debates in Philosophy*, Londres: Routledge, 1998, pp. 65-66.



Se identifica el manejo de dos conceptos: por un lado, la hospitalidad condicional es la tradicional; la que se ha practicado desde el mundo griego, y que hoy ejecutan las naciones con los inmigrantes. Por otro lado, distingue la hospitalidad incondicional que es aquella que aparece como un imposible. No consiste en un ideal, sino mas bien en un incondicional/imposible que se empieza a reflejar de manera repetida en su obra: el regalo *incondicional*; el duelo *incondicional*, el perdón *incondicional*, etcétera. Con base en este concepto, se trabaja la hospitalidad tradicional, cuando considera que los actos de la hospitalidad condicional solo acontecen en la sombra de la imposibilidad de su versión ideal.

Posteriormente Derrida le otorga a la *imposibilidad* un significado diferente que proporciona una nueva perspectiva de análisis al tema de la migración. Se refiere a la alteridad, a la *otreidad*. Ahora, la imposibilidad de realizar un ideal ya no provoca nostalgia ni abatimiento, sino deseos de transformación. El “otro” interroga éticamente; está referido a las relaciones entre las personas, donde la cuestión reside en una nueva forma de aproximarse a la imposibilidad. Derrida sostiene que ésta es una experiencia o un evento. Es una relación que indica que jamás podremos ser identidades auto referidas. Más que una posibilidad a la que no puedo acceder, la *imposibilidad* es un factor de diferenciación; y por eso el yo (el Mismo) es un ser en relación con otro(s).

Haciéndolo extensivo al fenómeno migratorio, Derrida hace un señalamiento a la hipocresía implícita en las leyes migratorias contemporáneas. Sin hospitalidad no hay ética. Si bien existen reglas de la hospitalidad, ésta no puede exigir al migrante tener una identidad particular.

Lo que determina la hospitalidad es el definir “quién debe entrar en un país”, es el concepto de “ellos” y “nosotros”. Es lo que se ha identificado como “la apertura del *otro*”. Esta es la perspectiva que se adopta desde la estrategia de análisis que aporta Derrida, cuando promueve el diálogo entre los “distintos” en pos de un cambio de estructuras; demanda pensamiento crítico permanente, creatividad y vanguardia en sus mecanismos de análisis e intervención.



2.6.3. El Análisis Narrativo

A nivel metodológico, se retoma el análisis narrativo como método crítico en la teoría jurídica, que como método analítico se ha aplicado en varias disciplinas en los últimos años, retomados de la crítica literaria y la teoría histórica. Fue Barthes quien observó que la narrativa “está presente en todo momento, en todos los lugares, en todas las sociedades; de hecho, la narrativa comienza la historia misma de la humanidad (...) Como la vida misma, está allí, internacional, transhistórica, transcultural”.¹⁴⁹

De esta manera se ha propuesto su adaptación a las particularidades de la teoría legal, en particular a la internacional. Singh explica la forma en la cual entender las teorías jurídicas como narrativas abre un conjunto específico de preguntas e importa una historia intelectual que requiere de cuestionamientos sobre qué conocimiento produce una teoría o proyecto legal, qué actores, proyectos políticos y prejuicios están en primer plano, y cómo se produce este conocimiento.¹⁵⁰

2.6.4. El Análisis del Discurso

Desde la ciencia jurídica, la aplicación del Análisis del Discurso al derecho como herramienta de investigación, método y más aún perspectiva que lleva al lenguaje como eje de comprensión de los procesos sociales, tendría que iniciar por cuestionar lo que constituye un discurso en el derecho. Lo que convierte un texto en discurso es que define en el espacio social una “identidad” enunciativa que se circunscribe. De acuerdo con Foucault, el texto es parte de una institución reconocida que “define para un área social , económica, geográfica o lingüística dadas las condiciones de ejercicio de la función enunciativa”.¹⁵¹

¹⁴⁹BARTHES, Roland. An Introduction to a Structural Analysis of Narrative, 6 *New Literary History*, 1975, p. 237.

¹⁵⁰SINGH, Sahib. Narrative and theory: formalism’s recurrent return, *The British Yearbook of International Law* Vol. 84 No. 1, 304–343, 2014.

¹⁵¹ ÑIGUEZ, Lupicino. *Análisis del discurso para la ciencias sociales*. Editorial COC, 2006, p. 109.



El Análisis del Discurso debe ser entendido como herramienta de comprensión de los procesos sociales y como herramienta de transformación. Existen diferentes tradiciones y orientaciones interdisciplinarias asociadas al tema, dentro de las cuales, la sociolingüística interaccional que se centra en la influencia del contexto y las intenciones de la comunicación. Esta corriente es útil para analizar situaciones de interacción con disimetría de los participantes que pertenecen a culturas distintas, distinto estatus o grupo social con un sistema de valores o creencias contrapuestos o distintos, que son muy frecuentes en los conflictos sociales que trascienden al ámbito jurídico y que llevan en si mismos relaciones de subalternidad¹⁵². Así mismo, la etnografía de la comunicación posibilita el análisis de temas como las políticas de la representación, la conformación de la autoridad, la legitimación del poder, el cambio social, las bases culturales del racismo y del conflicto étnico, la construcción social del sujeto, y las forma de control social, etcétera. que de manera similar se presentan en el derecho como asimetrías entre diferentes grupos de poder.

Será la combinación de estas metodologías lo que constituya el aparato de análisis transversal a lo largo de la investigación.

2.7. Identificación de tensiones

Derivado de las observaciones que hace la nueva corriente de los estudios de teoría crítica al DI, se pueden identificar las tensiones en la oscilación entre forma y fondo, el formalismo legal y el instrumentalismo, y por último el nacionalismo y el cosmopolitismo.¹⁵³ Este último también se ha visto en términos de la apología del *statu quo* y el movimiento hacia una utopía internacionalista. Así, en el caso específico del DIM, además del nacionalismo y el cosmopolitismo como dos premisas fundacionales, pero auto-contradictorias, se hace latente el dilema en torno a la tensión entre la soberanía y el *ius communicationis*; la tensión ontológica entre la hospitalidad y la soberanía; el cosmopolitismo y la justicia social. Todo ello se traduce en la disyuntiva entre fronteras abiertas porosas, o estrictamente cerradas y

¹⁵² MODONESI, Massimo. *Op. cit.*

¹⁵³ FRANKENBERG, *op. cit.*, p. 81.



controladas, y son tensiones que se hacen latentes de manera transversal a lo largo de la investigación basada en las tres categorías de análisis, y serán comentadas conforme se vayan identificando.

2.7.1. Tensión soberanía-*ius communicationis*

La discusión jurídica sobre la soberanía de los Estados en materia de movimiento de personas entre las fronteras, ha girado tradicionalmente en torno al reconocimiento del principio basado en el “*ius communicationis*” que sostiene la tesis de que los Estados no pueden prohibir de modo general la entrada de extranjeros en su territorio. En contraste, los internacionalistas contemporáneos defienden que corresponde al Estado decidir de manera soberana sobre la admisión de extranjeros teniendo la opción legítima de prohibir o admitir su ingreso al territorio.

Esta tensión es abordada por Bustamante en forma de una relación dialéctica que contrapone la noción de soberanía conocida desde el surgimiento de los Estados-nación, en los años de Bodino y Vitoria durante los siglos VII y VIII, como principio del DI que se traduce en el derecho de los países para definir quien es nacional y quien es extranjero.

La autolimitación del ejercicio de esta soberanía se produce cuando adquiere el compromiso internacional de aceptar, promover y proteger los derechos humanos de los habitantes de su país (sin restricciones de nacionalidad, origen étnico, creencias religiosas, etcétera.), de acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas y los tratados de derechos humanos. Este compromiso de atender los derechos humanos sin distinción de nacionalidad de origen, estableciendo condiciones de igualdad entre nacionales y extranjeros/inmigrantes, es dialécticamente opuesto a la decisión soberana de distinguir constitucionalmente entre nacionales y extranjeros/inmigrantes.

El antecedente del *ius communicationis* se consagra en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, bajo el enunciado del artículo 13 num. 2 y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establecen que “todo hombre tiene derecho a dejar cualquier país, inclusive el propio, y a este regresar”. Así mismo el artículo 1 de la



Convención Interamericana sobre la condición de los extranjeros establece que “los Estados tienen el derecho de por medio de leyes promover las condiciones de entrada y residencia de los extranjeros en sus territorios”.

Como resultado del desarrollo de la legislación internacional, ha surgido un significativo *corpus* de legislación internacional que obliga al Estado a proteger un conjunto de derechos humanos básicos para “todos los individuos dentro de su territorio y sujetos a su jurisdicción”.

El problema está en que la mayoría de los Estados no reconoce explícitamente su aplicabilidad también a los no nacionales y por lo tanto los migrantes se encuentran en plena situación de exclusión como sujeto jurídico. Aún cuando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza ciertos derechos básicos específicamente a los no ciudadanos, no cubre los diversos riesgos especiales de abuso a los derechos humanos a los que los migrantes están expuestos con frecuencia.¹⁵⁴ Más polémico resulta aún el caso de la aplicación del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales a los migrantes en territorio ajeno.

Para Bustamante, con este desconocimiento de la ley internacional por parte de los Estados, surge la aparente contradicción entre un ejercicio de soberanía que, por una parte, discrimina entre nacionales y extranjeros, de lo cual se deriva un proceso de desempoderamiento de los inmigrantes que culmina en la imposición de una condición de “vulnerabilidad estructural”. Pese a ello, en otro ejercicio de soberanía, ratifica un tratado de derechos humanos, del cual se debe derivar un proceso de empoderamiento o habilitación que puede culminar en una integración de los inmigrantes a la sociedad de acogida.¹⁵⁵

En efecto, a nivel global la regulación del tránsito de personas de un país a otro, es de

¹⁵⁴GOSH, Bimal, *Derechos humanos y migración, op. cit., loc. cit.*

¹⁵⁵ BUSTAMANTE, Jorge. La responsabilidad del Estado y las migraciones internacionales En Anguiano, Téllez, María Eugenia, Cruz, Rodolfo (coord) *Migraciones Internacionales, Crisis y Vulnerabilidades*, Colef, 2015.



los mayores desafíos para los gobiernos de la comunidad internacional, más aún desde la perspectiva de los derechos humanos, donde se ha procurado instaurar como argumento el inalienable *ius peregrinandi* para obligar a los Estados a respetar y garantizar los derechos de los migrantes de manera justa y equitativa.

2.7.2. Tensión nacionalismo-cosmopolitismo

El concepto tradicional del cosmopolitismo ha reivindicado la pretensión moral básica de que “ni la nacionalidad ni las fronteras estatales, como tales, tienen relevancia moral en relación con las cuestiones de justicia”.¹⁵⁶ Este concepto se ha retomado dentro de la nueva configuración económica, social y política propia del proceso de la globalización. Ha construido su marco simbólico, ideológico e institucional, basado en una antigua idea filosófica: el cosmopolitismo mutado en cosmopolítica que es promovida como la encarnación de la promesa kantiana de la paz perpetua.

Para lograr la adaptación de esta idea, se han validado estrategias políticas, jurídicas y económicas para construir lo que Douzinas concibe como la forma de humanizar el capitalismo: “el capitalismo cosmopolitano se presenta a sí mismo como la cara humana de la globalización: conforme a ello el cosmopolitismo humaniza al capitalismo, suaviza los efectos colaterales de la globalización y limita la opresión de los regímenes totalitarios”.¹⁵⁷

Esta estrategia tiene que enfrentar una tensión en la sociedad internacional contemporánea entre el discurso cosmopolita como propuesta para hacer frente a amenazas y oportunidades globales, opuesto a la práctica política anclada en los intereses individuales de los Estados. Es decir, desde la perspectiva de Westfalia a Wordfalia.¹⁵⁸

¹⁵⁶ SATZ, Dehra. Equality of What among Whom? Thoughts on Cosmopolitanism, Statism, and Nationalism. En SHAPIRO, Ian y Lea Brilmayer. *Global Justice*, Nueva York, NYU Press, 1999.

¹⁵⁷ DOUZINAS, Costas, *op cit.*, p. 2.

¹⁵⁸ Vid. BREMER, Juan José. *De Westfalia a Post-Westfalia, Hacia un nuevo orden internacional*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.



Recientemente, se ha planteado la manera en que el carácter global de los riesgos y amenazas sistémicos (preocupaciones globales como la seguridad de los migrantes, la destrucción del medio ambiente, o el hambre) generó una conciencia de futuro colectivo, que junto con una mayor presencia de autoridades privadas, obligó a repensar la gobernanza de la sociedad internacional. Según García consiste en:

“(…) el abandono de las limitaciones del imaginario nacional y el abrazo a aquellos desarrollos ideológicos y políticos que ponen de manifiesto la tensión entre los derechos humanos y derechos de los Estados y cuestiona la supremacía de la soberanía estatal”.¹⁵⁹

Para la autora de “La tensión cosmopolita”, la última década ha sido testigo del avance del cosmopolitismo blando o suave, que se caracteriza por un *décalage* entre la defensa retórica de principios cosmopolitas y su consolidación en normas concretas y, finalmente, por la concepción de un *corpus* cosmopolita más como ideal o fuente de inspiración que como guía programática. Su carácter blando radica también en que no se inclina por la construcción de un gobierno mundial para gestionar los retos globales, sino por la conciliación entre la preservación del Estado y de sus intereses como elementos centrales de la sociedad internacional. Su función está en la paulatina articulación de mecanismos e instrumentos que respondan a la voluntad cosmopolita de ofrecer respuestas universales, generales y centradas en los individuos.¹⁶⁰

¹⁵⁹ GARCÍA Segura, C. (Directora), *La tensión cosmopolita. Avances y límites en la institucionalización del Cosmopolitismo*. Madrid, Tecnos, 2016, p. 13.

¹⁶⁰ Sobre un concepto recientemente propuesto en la forma de constitucionalismo del bien común Vid. VERMEULE, Adrian “*Beyond originalism*” en *The Atlantic. The Battle for the Constitution*. Se plantea la defensa del denominado constitucionalismo del bien común a partir, no del positivismo legal, lo que implica que no está atado a instrumentos escritos particulares de derecho civil, ni a la voluntad de los legisladores que los crearon, sino más bien en una tradición que incluye, además del derecho positivo, fuentes como el *ius gentium* que define como “la ley de las naciones” o la “ley general”, común a todos los sistemas jurídicos civilizados” acorde con el iusnaturalismo. Bajo el amparo del criterio de ejercer un estado justo, los gobernantes tienen amplia autoridad para proteger a los vulnerables de los estragos de las pandemias, los desastres naturales y el cambio climático, y repeler todos los factores que representen una amenaza para esos fines, incluidos los migrantes.



Este concepto del cosmopolitismo enfrenta un dilema cuando se le considera dentro del contexto de la migración internacional. Macedo plantea una tensión que él visualiza como polémica, cuando un alto nivel de inmigración puede tener un impacto negativo en la justicia social de los Estados receptores. Precisamente, la migración sin control puede afectar de manera indirecta el cosmopolitismo. Considera que los sentimientos de solidaridad e identidad mutua que ayudan a apoyar la justicia social pueden verse socavados, al menos a corto y medio plazo, por el aumento de la heterogeneidad racial y étnica asociada a la inmigración.¹⁶¹

Putnam y otros argumentaron en este mismo sentido, que los aumentos inducidos por la inmigración en la diversidad étnica y racial pueden menguar la solidaridad social y quebrantar el apoyo a la provisión de bienes públicos, incluidos los programas destinados a ayudar a los pobres. Parece innegable que la migración internacional parece ejercer una influencia sobre el tamaño del estado de bienestar. Aún cuando ningún estado de bienestar se ha reducido ante la aceleración del movimiento internacional de personas, se ha comprobado que su tasa de crecimiento es menor cuanto más abierta es una sociedad a la inmigración.¹⁶²

Se sostiene que la solidaridad es importante para construir y sostener sociedades justas, y una solidaridad inclusiva es potencialmente frágil frente a la diversidad. La tensión entre la diversidad y la solidaridad está mediada por el contexto político más amplio en el que se desarrolla. En otras palabras, no hay nada inevitable en el impacto negativo de la diversidad en la solidaridad y la provisión social: los efectos están mediados y moldeados por la cultura política, las élites políticas, los medios de comunicación, y las estructuras políticas. En todo caso, las concepciones de nacionalidad parecen importar. Un alto nivel de orgullo nacional se asocia con un menor apoyo a la redistribución que puede derivarse de una política migratoria menos restringida. Surge el cuestionamiento en torno a las obligaciones

¹⁶¹ MACEDO, Stephen. The moral Dilemma of U.S. Immigration Policy Revisited: Open Borders s. Social Justice? In Swain, C. (Ed.) Debating Immigration (pp. 286-310) Cambridge University Press, 2018.

¹⁶²PUTNAM, Robert. "E Pluribus Unum: Diversity and Community in the Twenty-First Century: The 2006 Johan Skytte Prize Lecture," *Scandinavian Political Studies*, Vol. 30.2 (June 2007), 137-174, p. 13.



morales de los ciudadanos frente a las obligaciones comprendidas en la rúbrica de la justicia distributiva.

La pregunta se formula en estos términos: ¿Importan las fronteras nacionales con respecto a las obligaciones morales fundamentales fuera de ellas? Existen dos líneas de pensamiento opuestas. Uno hace hincapié en la arbitrariedad moral de las fronteras y en la universalidad de las obligaciones con los menos acomodados. La otra posición sostiene que las fronteras son moralmente significativas, que existen obligaciones especiales con los conciudadanos más pobres y que las obligaciones de justicia distributiva en particular sólo se aplican entre los ciudadanos. La primera posición se conoce a menudo como una forma de cosmopolitismo: la idea de que somos, en efecto, ciudadanos del mundo. La última se llama visión cívica.

Una nueva perspectiva o aproximación al cosmopolitismo surge a partir de las Epistemologías del Sur, partiendo de que éste, bien sea bajo la forma de las doctrinas de derechos humanos de la Ilustración, el anticolonialismo, o los movimientos sociales transnacionales contemporáneos, importa proyectos contrahegemónicos que pretenden superar las jerarquías y las fronteras interestatales. No hay que perder de vista que con frecuencia los proyectos jurídicos y políticos cosmopolitas, al defender visiones del mundo propias del Norte y de Occidente, han sido tan etnocéntricos como los diseños globales a los que se oponen.

El sociólogo visualiza el movimiento hacia una globalización contrahegemónica como un sendero para concebir colectivamente identidades cosmopolitas y normas jurídicas que se opongan a las ideologías excluyentes y a las leyes de inmigración. Este movimiento puede conformarse a partir de la unión de investigadores progresistas y, por ejemplo, los miembros de las comunidades marginadas en los Estados Unidos (el denominado “Tercer Mundo interior” de los trabajadores sin trabajo que viven en países industriales), los emigrantes y los trabajadores informales.¹⁶³

¹⁶³ SANTOS, Boaventura. El Derecho y la Globalización desde abajo, *op.cit.*, p. 17.



Estas distintas concepciones expuestas sobre el cosmopolitismo como conjunto de proyectos hacia la convivencia planetaria, serán retomadas con más detalle para analizar el nuevo paradigma internacional y su relación con el DIM.

2.7.3. Tensión formalismo-instrumentalismo

La tensión entre la forma y el contenido jurídico ha sido objeto de discusión en el DI. Tradicionalmente los internacionalistas han buscado asociar el ordenamiento internacional a las bondades sistémicas, revelando su preocupación con la debilidad de forma que perciben que ya éste sostiene. Ello se explica porque el objetivo de la ciencia jurídica es construir de manera sistemática el derecho, apareciendo éste como una totalidad cerrada libre de lagunas y lógicamente coherente. La plenitud, la integridad y la coherencia constituyen aspiraciones, estados ideales del orden jurídico.

Con esta inquietud por el formalismo surge la tensión con el instrumentalismo. Ésta ha sido analizada por Bourdieu en su artículo sobre la fuerza de la ley, y es convalidada a continuación porque le proporciona una perspectiva sociológica que resulta coherente con el objetivo de este análisis. Define el formalismo y cuestiona la autonomía de la forma jurídica en relación con el mundo social, y el instrumentalismo, que convierte a la ley en una herramienta al servicio de los grupos dominantes. Para Bourdieu el formalismo concentra una insistencia en la autonomía absoluta del pensamiento, y la acción da lugar al establecimiento de un modo específico de pensamiento teórico, totalmente liberado de cualquier determinación social.

Por el contrario, el punto de vista instrumentista tiende a concebir al derecho y la jurisprudencia como reflejos directos de las relaciones de poder social existentes, en las que se expresan las determinaciones económicas y, en particular, los intereses de los grupos dominantes como un instrumento de dominación. Anteriormente, Adorno había hecho



alusión a esta tensión presentado su postura contra la instrumentalización del derecho en favor de los poderosos, y afirmó que ésta se consolida a través del positivismo.¹⁶⁴

La primera aproximación al instrumentalismo contenida en la teoría del aparato de Althusser, ha identificado la función del derecho en la sociedad en términos de su carácter de ideología. Con una visión crítica, Bourdieu advierte su carácter reduccionista porque considera que esta teoría se queda corta al ignorar la estructura de los sistemas simbólicos y, en este caso particular, la forma específica del discurso jurídico.¹⁶⁵

Esto se produce cuando descuidan la base social de esa autonomía, es decir, las condiciones históricas que surgen de las luchas dentro del campo político, el campo del poder, que debe existir en una sociedad jurídica autónoma para que surja el universo y, a través de la lógica de su propio funcionamiento específico, produzca y reproduzca un *corpus* jurídico relativamente independiente de la restricción exterior. Pero en ausencia de una comprensión clara de las condiciones históricas que hacen posible esa autonomía, no es posible determinar la contribución específica que, según su forma, la ley hace para llevar a cabo sus supuestas funciones.

Para romper con la ideología formalista que supone la independencia de la ley y de los profesionales del derecho, sin caer simultáneamente en la concepción instrumentalista contraria, es necesario darse cuenta de que estas dos perspectivas antagónicas, una desde adentro y la otra desde afuera de la ley, simplemente ignoran la existencia de un universo social completo. Este universo es lo que se denomina el “campo jurídico”, que en la práctica es relativamente independiente de las determinaciones y presiones externas. Pero este universo no puede descuidarse si se tiene la finalidad de comprender el significado social de la ley, ya que es dentro de este universo donde se produce y ejerce la autoridad jurídica.

Las prácticas sociales del derecho son, de hecho, el producto del funcionamiento de un “campo” cuya lógica específica está determinada por dos factores: por un lado, por las

¹⁶⁴ DEL PALACIO Díaz, Alejandro, *op. cit. loc. cit.*

¹⁶⁵ BOURDIEU, Pierre, *The force of law, op. cit.*, p. 814.



relaciones de poder específicas que le dan su estructura y que ordenan las luchas competitivas (o, más precisamente, los conflictos sobre la competencia) que ocurren dentro de ella; y, por otro lado, por la lógica interna del funcionamiento jurídico que limita constantemente el rango de acciones posibles y, por lo tanto, limita el ámbito de las soluciones jurídicas específicas.

Bourdieu advierte que la antigua teoría formalista del sistema jurídico ha sido presentada por Luhmann bajo un nuevo nombre. Así, la teoría de sistemas aún proporciona un marco ideal para la representación formal y abstracta del sistema jurídico. Es decir, que el sistema se transforma solo de acuerdo con sus propias leyes y sus estructuras legales son una forma de autocontrol referencial. Ello implica que aunque un orden simbólico de normas y doctrinas contiene posibilidades objetivas de desarrollo, de hecho, direcciones para el cambio, no contiene dentro de sí los principios de su propia dinámica. Esta proposición confunde la estructura simbólica, es decir, la ley propiamente dicha, con el sistema social que la produce.¹⁶⁶ Quiere decir que no hay una distinción entre lo que separa la noción del campo jurídico como espacio social de la noción de sistema desarrollada en el trabajo de Luhmann, que se retomará más adelante para discutir el concepto de sistema jurídico.

2.8. Reflexiones puntuales sobre la problematización

Atendiendo a la clasificación de las limitantes que denuncia la doctrina sobre el DIM que surgen a partir de la problematización expuesta (falta de estructura, falta de coherencia, lagunas normativas e ineficacia), se propone su análisis desde el prisma teórico que estudia estos fenómenos relacionados con la fragmentación.

La fragmentación se identifica como la principal causa de ineficacia de la legislación en su función de protección hacia las personas que migran. La fragmentación responde según la doctrina principalmente a la falta de voluntad estatal para comprometerse a cumplir con la finalidad del DIM.

¹⁶⁶ *Ididem.*



El problema que se visualiza por varios autores es lo que describe Gosh como la falta de un eslabón de la cadena entre las normas propias del DIM y aquellas del Derecho Internacional de los Derechos humanos que de acuerdo con él y otros autores, forman parte de un mismo sistema. De ahí la insistencia en que el DIM se conforme como un sistema cerrado de normas, en la forma de una rama del derecho autónoma y bien estructurada, que incluya al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Los internacionalistas en migración han argumentado que los derechos humanos se han constituido como principio del derecho, o *ius cogens* que significa que se han consolidado como derecho consuetudinario que no requieren del consentimiento de los Estados para su aplicación.

Para lograr hacerlos efectivos se les pretende integrar al DIM como parte de un sistema, de manera que todos los Estados queden vinculados por el *corpus* jurídico de los derechos humanos que establece límites normativos vinculantes en su carácter de derecho consuetudinario: aún cuando no medie una expresión de consentimiento, lo será por extensión. Esta legislación sería supletoria para aquellos migrantes que no estén cobijados por normas específicas, como es el caso de las personas que buscan refugio.

De consolidarse como una rama autónoma del DI, contaría con su propia estructura jerárquica en la que en la cúspide se encuentran las normas de *ius cogens* facilitarían la aplicación obligada de los derechos humanos aún sin consentimiento explícito de los Estados.

Muy distanciada de este objetivo, la fragmentación del DIM que se señala predomina en la actualidad, consituye según la doctrina un obstáculo para la protección de los derechos humanos de las personas que migran porque los Estados, ante los conflictos normativos y de interpretación que genera el fenómeno, no pueden aplicar las normas con eficacia. Por este motivo, el siguiente capítulo lo que busca determinar es si los obstáculos formales, en efecto, afectan la aplicación y disminuyen la efectividad del DIM.

Como última y muy relevante reflexión, es necesario determinar cuál es el objetivo perseguido por el DIM, es decir lo que guía su contenido normativo. Se identifican dos objetivos de manera clara, por una parte la protección de los derechos humanos de los



migrantes, y por el otro la administración efectiva de la migración.¹⁶⁷ Estos dos objetivos están estrechamente interrelacionadas, y precisamente en ese nexo es donde el objetivo se convierte en uno solo.

Aunque en apariencia los intereses se distinguen entre quienes están ansiosos por defender los derechos humanos y aquellos que se preocupan por un mejor manejo del movimiento de personas, el interés debe ser uno mismo. El motivo consiste en que la totalidad de los Estados tienen un compromiso inherente con la protección de los derechos básicos de sus propios ciudadanos en el extranjero, lo que de manera recíproca remite al interés de otros Estados en la misma causa. Por tanto, el proteger estos derechos significa el cumplimiento de sus respectivas obligaciones en áreas vitales de su responsabilidad. Es por esta razón que se asume que la *ratio juris* del DIM debe ser el perseguir este fin de proteger a las personas que migran. En efecto, esta es la inquietud que de manera indirecta se percibe en el conjunto de opiniones de la doctrina cuando lo consideran problemático.

¹⁶⁷ Dentro del nuevo paradigma basado en la gobernanza que se verá a detalle más adelante, este manejo implica el asegurar que los traslados se hagan de manera ordenada y predecible y, por tanto, más manejables.



CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DEL MARCO TEÓRICO CON LA PROBLEMATIZACIÓN EN TORNO AL DIM

Este capítulo tiene por objetivo contrastar el marco teórico-conceptual con la problematización planteada en el capítulo anterior. Partiendo de una denuncia reiterada por parte de la doctrina iusinternacionalista especializada en temas de migración, se ha identificado una debilidad en la disciplina del DIM que se relaciona principalmente con problemas de forma. De manera generalizada en el DI contemporáneo, se ha suscitado un intenso debate sobre la denominada fragmentación, fenómeno que se ha nutrido por la creciente globalización y la heterogeneidad de la sociedad internacional.

De manera específica, se identifica la fragmentación normativa como un impedimento para el pleno desarrollo del DIM, teniendo como resultado un sistema que resulta carente de efectividad. Ello consiste en una discrepancia entre los objetivos que persigue la norma y los resultados que produce, es decir que los efectos de su aplicación distorsionan su finalidad.

La denuncia reiterada recae sobre una debilidad en la arquitectura del sistema que se manifiesta en la fragmentación, que a su vez deriva en conflictos normativos y de interpretación. En esto reside la falta de eficacia de la norma. Este problema será objeto de análisis en el presente capítulo.

Retomando las herramientas metodológicas propuestas para la presente investigación, se realizará un análisis a lo largo del capítulo de una posible tensión entre la forma y el fondo de la normatividad internacional migratoria. La primera parte del análisis se encargará de evaluar el fundamento de las críticas de forma que se han formulado al DIM. El análisis partirá de conceptos acordes con la Teoría General del Derecho: noción de sistema jurídico, y conceptos de validez, efectividad y eficacia.¹⁶⁸ En principio se evaluarán a partir de ese

¹⁶⁸ Cuando se trata de reflexionar sobre el fenómeno jurídico, la Teoría General del Derecho que surge del positivismo y la filosofía analítica que aún cuando han sido controvertidas, aún hoy en día se sigue haciendo referencia a ella. Actualmente, se estudian en las facultades de derecho los más importantes autores analíticos,



marco teórico y posteriormente se irán introduciendo otros conceptos desde la referencia de las corrientes críticas del derecho como complemento para el análisis.

Se van a retomar argumentos de los más importantes debates teóricos estructurales que se han presentado en el DI, a decir la fragmentación, el constitucionalismo internacional, y el pluralismo. Introduciendo conceptos de la teoría crítica, se adicionarán otras corrientes del DI que destacan la dinámica del poder y la jerarquía, tales como el Derecho Internacional Hegemónico o las teorías críticas del Derecho internacional, CILT y TWAIL. Todas presentan construcciones teóricas de gran relevancia para dilucidar las dudas en torno al DIM como sistema dentro del derecho. Se divisará a través de ellas a los diferentes actores, instituciones y visiones desde nuevas perspectivas con el fin de observar el objeto de investigación desde otros ángulos, para intentar explicar las convergencias y divergencias de las normas e instituciones jurídicas internacionales.

En la segunda parte del capítulo, las conclusiones de este análisis se contrastarán con el contenido normativo en materia de migración para determinar en qué factores se radican las deficiencias en la efectividad de la legislación que está regulando actualmente la migración internacional. Se tomarán en cuenta consideraciones sobre la legitimidad de las normas, el trasfondo político que alimenta al sistema, la carga ideológica que soporta, aportes todos formulados desde la corriente de los CILT, y los estudios críticos del derecho.

El motivo por el cual se escogió discurrir primero sobre cuestiones formales para posteriormente pasar el análisis material de las normas, reside en la importancia de establecer cuál es la justa dimensión de las objeciones de forma para determinar luego sus implicaciones en el contenido de las mismas. Lo que en últimas se busca determinar es si los obstáculos formales, en efecto, afectan su aplicación y disminuyen su efectividad.

y se siguen consultando las lecturas clásicas de Kelsen, Hart, Ross, Bobbio de la moderna Teoría General del Derecho.



3.1. Análisis de las limitantes formales del DIM

3.1.1. Las perspectivas teóricas sobre la noción de sistema

En las últimas décadas, en el DI se ha producido de la mano de la globalización, una extraordinaria expansión de las normas jurídicas internacionales. Dentro de un marco de especialización y creciente autonomía, empiezan a funcionar y a reproducirse innumerables instituciones y tratados que regulan los más variados aspectos de la vida internacional. Estos importantes cambios en el medio social internacional, se reflejan en el ordenamiento jurídico propio de la disciplina, y se manifiestan alterando aspectos nucleares de su arquitectura en términos del orden y del sistema jurídico.

Ello potencializa la aparición de conflictos normativos, y se profundiza la dispersión del DI en múltiples subsistemas dotados de lógica propia y fines específicos. Entendido como una sectorialización del DI, la aparición de estos diferentes subsistemas está originando una diversificación. Esta se genera en dos esferas: por una parte en la aplicación de las normas internacionales, dando lugar a normas particulares de responsabilidad internacional, y por otro lado en la interpretación de dichas normas, por la multiplicación de las instancias judiciales internacionales.

Visto como un desafío o inclusive una amenaza de la unidad formal y material del ordenamiento jurídico internacional, varios autores en defensa del proceso de normativización integrada del sistema, se concentraron en alertar sobre la posible afectación en la coherencia del DI, preocupados por el riesgo de la presencia de antinomias que pudieran en últimas poner en riesgo la realización de la justicia.

Adicional a la inquietud por consideraciones de justicia, la polémica se concentra en la defensa de la viabilidad misma del DI como un sistema cerrado de normas, en la forma de una rama del derecho autónoma y bien estructurada. Para entender en qué consisten estos ideales de forma, resulta lógico recurrir al propio Kelsen cuando defiende con ahinco la unidad de todo el Derecho, internacional y nacional, como un postulado epistemológico. Para



demonstrarlo adaptó los principios de la Teoría Pura del Derecho a los problemas del DI, en una teoría que trata más del derecho y desecha la idea de justicia, porque desde su perspectiva no existe una idea unificada sobre la justicia internacional. Considera que los juicios sobre justicia son siempre subjetivos y no verificables científicamente, y ésta será, sin duda, completamente diferente para el nacionalista, que para el pacifista. Por tanto para Kelsen, la teoría del DI no puede ser más que teoría normativa del derecho positivo, estrictamente separada de las ciencias sociales (sociología del DI) y, dentro de las ciencias normativas, alejada de la ética internacional y de la política del DI. Desde su perspectiva, aunque el DI tenga los contenidos más diversos y opuestos, lo que lo hace derecho, no es el contenido, sino la forma, su estructura particular.

Resulta interesante detenerse en la estructura que el destacado jurista visualiza: ésta responde a una división horizontal entre el DI general y el particular, y se caracteriza por un alto grado de descentralización estática y dinámica.¹⁶⁹ Sobre esto, surgen ineludibles dudas, de manera tal que hasta el propio Kelsen hizo un intento por insertar la pirámide jurídica dentro del DI. Así, llegó a afirmar que el DI también está estructurado por escalones, corroborando que sí responde a una estructura jerárquica de normas. No obstante, deja en deuda a la teoría del DI de investigar esta estructura jerárquica, los problemas de las *lacunas*, del *ius cogens* y del *ius dispositivum*.

Por su parte Hart realiza un aporte sobre el tema de la jerarquía de las normas cuando precisa una distinción entre las normas primarias y secundarias.¹⁷⁰ Asume la diferencia entre dos conjuntos de alteraciones: unas se dirigirían a lo que cabría denominar *orden* jurídico

¹⁶⁹ Kunz explica la distinción. Estáticamente: las normas del DI general, es decir, las normas centrales del orden con esfera total de validez, son relativamente pocas: prevalecen las normas del DI particular, normas locales con validez territorial restringida. Dinámicamente: en cuanto a la creación del derecho, costumbre y tratados son formas descentralizadas de creación del derecho; la administración, la aplicación, la ejecución del DI es completamente descentralizada. KUNZ, J. *El Derecho Internacional en la teoría kelseniana* Retraído de: <http://www.bdigital.unal.edu.co/17769/1/13448-37929-1-PB.pdf>.

¹⁷⁰ Sobre las reglas primarias y secundarias, considera que esta característica de unión de reglas es una condición suficiente para aplicar la expresión de “sistema jurídico”, lo cual no lo convierte en derecho necesariamente. HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, trad. de G. Carrió, Buenos Aires, 1961, 1963, p. 266.

Retraído de: <https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=HART,+H.L.A.+El+concepto+de+derecho,+trad.+d+e+G.+Carri%C3%B3,+Bue-+nos+Aires,+1961,+1963,+p.+266.&ie=UTF-8&oe=UTF-8>



internacional; otras, a lo referido como *sistema* jurídico internacional. Ambos conceptos, han sido utilizados por la Teoría General del Derecho de formas diversas, confundándose a veces y, en muchas ocasiones, de manera sinónima. No obstante esta distinción tiene efectos importantes sobre las inquietudes respecto a la falta de sistematicidad del DI que se irán determinando.¹⁷¹

La distinción entre normas primarias y secundarias como componente formal del DI ha sido ya reconocida entre la Comunidad Internacional de Estados en su conjunto, y de manera similar se han aceptado los aspectos materiales de la unidad, reconociendo como obligatorio un conjunto de principios y de valores que se consideran universales y superiores en la forma de normas generales primarias de DI con alcance y validez universal, y primacía sobre el resto de las normas del ordenamiento. De ahí se deriva la unidad material del DI, que se distingue de la unidad formal y las técnicas formales, reivindicando las normas de *ius cogens* y en las obligaciones *erga omnes* que por su contenido introducen una dimensión de moralidad en el DI, reconocida por la comunidad internacional.

Alcaide retoma este tema de la jerarquización de las normas del DI para reivindicar el valor de las normas imperativas o *ius cogens* que responden a valores o intereses comunes tomados del iusnaturalismo, y están por encima de la voluntad de los Estados. Su reconocimiento está intrínseco en el Pacto de la Sociedad de Naciones, que significa dentro del derecho positivo un principio de jerarquía, como límites al consentimiento de los Estados.¹⁷²

Distinguiéndolo del sistema, el orden público internacional implica que estas normas son jerárquicamente obligatorias para los Estados precisamente como una forma de salvaguardia mínima de la humanización, socialización y democratización del DI en su calidad de “protector del Estado contra sus propias debilidades” o contra “la fortaleza

¹⁷¹ AZNAR Gomez, Mariano. En torno a la Unidad Sistemática del Derecho Internacional, *R.E.D.I.*, vol. LIX, 2007, p. 3.

¹⁷² Las normas imperativas están contempladas en los artículos 53 y 64 de la Convención de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, reproducidos en la Convención de 1986.



demasiado grande de sus iguales”, es decir, proveer protección contra desigualdades en el poder de negociación.¹⁷³

Es así como la distinción de Hart entre orden y sistema ofrece una nueva interpretación del problema para solventar las dudas que se presentan sobre el sistema y la jerarquía. El concepto de sistema cuestiona algo que el concepto de orden si tiene en consideración: las normas imperativas. Volviendo a las inquietudes sobre el sistema, se puede inferir que éstas responden a una insistencia de la doctrina en captar para la disciplina sus bondades, siendo éste un concepto anhelado como uno de los presupuestos más asumidos del pensamiento jurídico contemporáneo.¹⁷⁴ Reconocen que a todo derecho codificado le es inmanente una idea de sistema, más o menos explícita, que condiciona en buena medida su tratamiento práctico.¹⁷⁵ Es sin duda una perspectiva que se proyecta a partir del derecho positivo que de alguna manera rechaza el concepto de orden sobre el de sistema por el contenido iusnaturalista que porta.

La corriente clásica de la sistematicidad lógica en la dogmática tradicional, marca que el objetivo de la ciencia jurídica consiste en construir de manera sistemática el derecho, apareciendo éste como una totalidad cerrada libre de lagunas y lógicamente coherente. Por ende, como se identificó arriba, sus aspiraciones incluyen la plenitud, la integridad y la coherencia del orden jurídico.¹⁷⁶ Para esta teoría, el sistema está compuesto por todos los enunciados normativos, base axiomática que constituye el sistema originario, y sus consecuencias lógicas. Esta concepción del sistema jurídico hace contingente su dimensión material, contenida en la base axiomática, que es la que le da identidad y permite definir un sistema jurídico concreto. La consistencia formal se convierte en un auto-referente ideal a

¹⁷³ ALCAIDE Fernández, Joaquín. *Orden Público y Derecho Internacional: Desarrollo normativo y Déficit Institucional*. En BOUZA Nuria. La gobernanza del interés público global. Universitat Pompeu Fabra, Tecno, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 2015, p. 93.

¹⁷⁴ ITURRALDE Sesma, Victoria. *El Derecho como sistema: Análisis desde tres perspectivas*. Anuario de Filosofía del Derecho. Num. XXIV, enero 2007, pp. 346-364.

¹⁷⁵ GARCÍA Amado, J. A. *Teorías del sistema jurídico y concepto de derecho*, Anuario de Filosofía del Derecho, T. II, 1985, p. 297.

¹⁷⁶ PECES-BARBA, E. Fernández y R. de Asís, *Curso de teoría del Derecho*, Madrid, 1999, pp. 185-201; BOBBIO, Norberto. *Teoría general del Derecho*, Madrid, 1991, p. 173.



alcanzar que deja en un segundo plano consideraciones como la efectividad, eficacia, o legitimidad.

Esta teoría de sistemas clásica es reevaluada y reformulada por Luhmann cuando recupera su dimensión ontológica a través de las teorías autopoieticas para implicar que lo que define al Derecho no son tanto las unidades que lo constituyen sino más bien el sistema del que forman parte.¹⁷⁷ En contraste con la teoría clásica, esta última supera la diferenciación todo/partes, rescatando la relación sistema/entorno y la relevancia del entorno para el sistema. Reconociendo la relevancia del sistema en el espacio social circundante del propio derecho, reivindica la diversificación y diferenciación que le otorgan autonomía a los subsistemas que componen a la sociedad. Estos se denominan sistemas autorreferenciales o autopoieticos, término que consiste en un sistema que opera creando sus propias unidades y su propia estructura en una operación creativa en la que no se requiere importar nada exterior a ese sistema, pues la unidad del sistema es producida por él mismo.¹⁷⁸

Este hermetismo del derecho derivado de la teoría de los sistemas de Luhmann, implica que la evolución esta encaminada hacia la auto-constitución de las normas jurídicas. Las normas como comunicaciones al interior del propio sistema jurídico se constituyen en normas que no se refieren a las fuentes externas, y por lo tanto el derecho tiene sus propios mecanismos evolutivos. Esto implicaría el reconocer que no necesariamente marcha al paso con la evolución de la sociedad.

A partir de la teoría de Luhmann se han tejido diversas corrientes que han intentado incorporar sus conceptos con diferentes objetivos. La corriente del pluralismo jurídico internacional aflora en esta postura. Se le ha dado aplicación en el DI por los alemanes Fischer-Lescano y Teubner, quienes buscando solventar el problema de las jerarquías en el DI, reconocen que el proceso actual de la sociedad global ya no permite sostener un orden

¹⁷⁷ El análisis se desarrolla equiparándolo bien sea a un sistema abierto o cerrado, interno o externo, estático o dinámico como formas de construcción.

¹⁷⁸ LUHMANN, Nicholas. L'unité du système juridique. Archives de philosophie du droit. Vol. 31, 1986., pp. 163-188.



jurídico internacional jerarquizado como tal, pues la fragmentación y la dispersión normativa son un síntoma que refleja la “diferenciación funcional” de la sociedad global. Este proceso ya no se puede frenar y el derecho, como subsistema social, tiene más bien que asumirlo y adaptarse.¹⁷⁹

Resaltan una nueva caracterización de la sociedad global que ya no es propiamente internacional, por conformarse de un “conglomerado policéntrico de regímenes autónomos —en todo el sentido de la palabra— que se mueven a nivel transnacional, impulsados por su inherente maximización racional”.¹⁸⁰ Como parte de esa sociedad global, los Estados y las propias Naciones Unidas, participan en diversos regímenes al mismo tiempo. Frente a este nuevo panorama es inútil insistir en las demandas de coherencia y unidad de un sistema universal, de ese “derecho de gentes universal” o la idea de que la comunidad internacional debe tener una Constitución, desde su perspectiva resultan ya inoperantes por no decir obsoletas.

Su sugerencia consiste en no esforzarse en intentar resolver las reglas conflictuales y presionar hacia la integración sistémica. Por el contrario, más bien enfatizan la necesidad de crear las condiciones necesarias de coordinación entre los diferentes regímenes. Entre la corriente pluralista predomina un escepticismo hacia el derecho general, y se aboga por la creación de un nuevo derecho, *non dispositivum*, que debe darse a partir de las propias racionalidades de los múltiples regímenes y del diálogo entre ellos: un nuevo orden público global.¹⁸¹

Distanciándose de manera radical del positivismo de Kelsen que separaba al DI de las Relaciones Internacionales, hay algunas tendencias del pluralismo que incluso destacan la aparición de una nueva generación de doctrina interdisciplinaria entre ambas, en el cual se mezclan algunos de los argumentos centrales de esta corriente. En estos últimos casos, la

¹⁷⁹ TEUBNER, Gunther (ed.). *Global Law without a State*. Dartmouth Aldershot, 1997, pp. 3-28.

¹⁸⁰ RODILES, Alejandro. *Op cit.*, p. 394.

¹⁸¹ *Ibidem*.



noción de lo jurídico es extendida al grado de fusionar el DI con teorías de Relaciones Internacionales, en donde más allá de la aplicación del derecho, sea especial o general, se pone el énfasis en las pautas que dicta la gobernanza global.¹⁸²

Como último comentario, y a manera de reflexión frente a las ansiedades respecto a la vulneración del concepto de sistema con la fragmentación, Hart sugiere que la clave para dar certeza sobre el carácter jurídico del DI no está en la insistencia en el contenido formal. Expone sus dudas respecto a la disciplina en otros aspectos para él más relevantes y que redundan en torno al hecho de que los Estados son “fundamentalmente incapaces de ser sujetos de obligaciones jurídicas,” abriendo el tema de la obligatoriedad del DI.¹⁸³ Para Hart también son relevantes las relaciones entre el derecho, la coacción y la moral, cuando se entiende el derecho como “una orden respaldada por amenazas” o basada en la compleja idea de la moral.¹⁸⁴ Esta idea de Hart resulta sugestiva cuando se considera que la insistencia en la forma y en el orden de sus elementos distrae la atención en aspectos como la obligatoriedad, o la imposición de la moral a través del derecho; aspectos que pueden arrojar más luz sobre la ineficiencia de un determinado sistema jurídico. Con esta inquietud latente, se analizarán las principales corrientes iusinternacionalistas que toman parte en la discusión sobre la fragmentación. Se intentará exponerlas en la línea del tiempo en que fueron surgiendo como respuesta a determinadas inquietudes en la disciplina, todo ello considerando desde la corriente crítica que, desde su génesis, el DI contemporáneo está dividido entre dicotomías opuestas, lenguajes competitivos y subjetividades encubiertas.

Los estudios teóricos sobre la disciplina necesitan ser comprendidos desde la perspectiva de su lucha histórica por un universal inalcanzable, animada por una ética

¹⁸² WOOD, Stepan *et al.*, International Law and International Relations Theory: A New Generation of Interdisciplinary Scholarship (July 1998). *American Journal of International Law*, Vol. 92, No. 3, pp. 367-397, 1998 . Retraído de: <https://ssrn.com/abstract=1564894>

¹⁸³ Esto justificado por el contexto de su génesis bajo una concepción iusnaturalista, la cual posteriormente le cede el paso al positivismo jurídico y deriva todo su peso en el fundamento de la obligatoriedad del DI. Por tanto su validez termina en una autoreafirmación constante. La sistematicidad permite entonces, afirmar la validez del conjunto.

¹⁸⁴ HART, H.L.A. *Op. cit.*, p. 263.



centrada en los principios del derecho, la teoría jurídica y la responsabilidad política.¹⁸⁵ De ahí la necesidad de recurrir al contraste de estas dicotomías mediante un análisis narrativo para procurar explorar, además de su origen histórico-jurídico, los intereses políticos en el contexto internacional, a los cuales intentan responder.

3.1.2. Tensión entre el constitucionalismo internacional y el pluralismo

El desarrollo doctrinal en torno a la fragmentación del DI ha reavivado el debate entre las corrientes teóricas de fuente positivista, incluyendo teorías que reivindican el constitucionalismo internacional, y otras que rescatan para el DI el pluralismo jurídico.

De manera paradójica, corrientes que detentan posturas claramente diferenciadas, como el positivismo jurídico internacional y las teorías críticas del DI, han coincidido en una misma preocupación en torno a algunos efectos de la fragmentación. Desde la perspectiva del formalismo, se argumenta que la insistencia en considerar la dimensión formal del DI tiene el objetivo de proporcionarle autonomía respecto al poder y a la moral. Esta postura coincide con las teorías autopoieticas de Luhmann que precisamente distinguen al sistema del derecho del sistema de la moral y de la política. El reconocimiento de la necesidad de separarse de estas consideraciones, contiene las mismas inquietudes que plantea el instrumentalismo. También convergen en esta preocupación corrientes críticas que alertan contra las pretensiones instrumentalistas de convertir al DI en un mero instrumento del poder o de la moral, para la satisfacción de intereses particulares, y se considera que deben contrarrestarse a través de la cultura del formalismo.

Esta nueva versión toma cierta distancia del formalismo kelseniano porque reconoce que ni las normas formales ni los principios informales garantizan de por sí la justicia, pero si asumen que el formalismo es visto como una condición necesaria para el DI. Para otras adaptaciones del formalismo interpretado por posturas críticas como la de Koskenniemi, se sostiene que a través de éste se favorece “una cultura de resistencia al poder, como una práctica de responsabilidad social, de apertura e igualdad,”¹⁸⁶ que no puede reducirse a las

¹⁸⁵ SINGH, Sahib. *The potential of International Law*, op. cit., p. 23.

¹⁸⁶ KOSKENNIEMI, Marti. *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 494-509.



posiciones políticas de las partes cuyas demandas son introducidas dentro de él. El formalismo “constituye un horizonte de universalidad, incrustado en una cultura de resistencia, un acuerdo para escuchar las demandas de los demás e intentar tomarlas en cuenta”.¹⁸⁷

Desde el formalismo también es relevante reconocer la importancia de mantener los límites procedimentales que tiene el ordenamiento jurídico internacional, tanto por normas primarias que prescriben o prohíben conductas a los destinatarios, como también por el número cada vez mayor de normas secundarias de cambio y adjudicación, que establecen los procedimientos e instituciones y regulan su funcionamiento. Mediante estos límites se pueden someter actos de control hegemónico en la adopción de tratados internacionales multilaterales y del funcionamiento de las organizaciones internacionales, en especial, en materia de adopción de decisiones y, en algún caso, de aplicación del derecho sustantivo.

La idea detrás del formalismo se puede asociar a las construcciones teóricas que tienen por objeto la constitucionalización del DI.¹⁸⁸ En un intento por responder a las ansiedades propias de la fragmentación, se defiende una tendencia de constitucionalización del sistema internacional con el objetivo de dotarlo de mayor coherencia y previsibilidad, y contribuir así a la seguridad jurídica en las relaciones internacionales.¹⁸⁹

3.1.2.1. Corriente Constitucionalista

En términos generales, la corriente constitucionalista que se inspira en el derecho alemán, aspecto que se retomará más adelante para explicar y entender la narrativa de esta teoría, sostiene la idea de hacer uso de la retórica propia del Derecho Internacional Público para

¹⁸⁷KOSKENNIEMI, Marti. *The Lady Doth Protest Too Much. Kosovo, and the Turn to Ethics in International Law*, The Modern Law Review, vol. 65, n. 2, pp. 159-175, 2003, p. 174.

¹⁸⁸ A modo de síntesis, consiste en aquella corriente del pensamiento jurídico que reconoce en la Carta de Naciones Unidas en general y en los valores fundamentales de la comunidad internacional, una estructura constitucional (con jerarquías formales y materiales) del orden jurídico internacional.

¹⁸⁹ En una apreciación contraria, Marmor alerta en una reflexión sobre la legitimidad de las Constituciones, que quizás el constitucionalismo no está moralmente legitimado. MARMOR, Andrei. *Are Constitutions Legitimate*. The Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Volume 20, Issue 1, January, 2007. Retraído de: <https://doi.org/10.1017/S0841820900005701>



retomar el constitucionalismo.¹⁹⁰ Sus postulados reafirman la unidad del DI contemporáneo, en un intento por migrar de las bases tradicionales del DI, como son la voluntad contractual de los Estados o la responsabilidad internacional, hacia conceptos más vinculantes como *ius cogens*, obligaciones *erga omnes*, entre otros.

Dentro de la corriente constitucionalista, se encuentran voces que aún cuando reivindicán la formación de una comunidad legal global con un núcleo de valores compartidos, reconocen que, aunque funcionan como el sustrato social del DI, están lejos de constituir una fuente de legitimidad democrática característica de las Constituciones. Esto tiene como consecuencia que el modelo de Constitucionalismo internacional no se puede construir como mera reproducción del modelo de Constitucionalismo nacional, que sí está avalado por una legitimidad democrática.¹⁹¹ Las inquietudes que afloran cuestionan: ¿Esta Constitución global ejercerá un límite al poder? ¿Quién será el guardián de esa Constitución, y se constituirá como última instancia de decisión?

Marmor alerta sobre el hecho de que quizás el constitucionalismo no está moralmente legitimado.¹⁹² Esta crítica puede ser extendida a la corriente del constitucionalismo internacional. A través de cuestionamientos sobre el contenido tanto político como moral, aspectos como quién decide su contenido y quién la garantiza, deben ser migrados al DI. Criterios sobre la supremacía normativa (estructura de sistema), rigidez (métodos estrictos de reforma) o longevidad (permanente para varias generaciones) identificados por Marmor, también son aplicables al DI para alertar sobre las implicaciones de una Constitución de extrema rigidez.

Visto como un rescate del derecho imperativo, corrientes asociadas al DI hegemónico critican la noción argumentando que es una “invención confusa”, “una doctrina anacrónica,

¹⁹⁰ Esta corriente concentra su desarrollo académico en el Instituto Max Planck de Derecho público comparado y DI.

¹⁹¹ TOMUSCHAT Christian. *International Law as the Constitution of Mankind*, International Law on the Eve of the Twenty-first Century. Views from the International Law Commission, United Nations, 1997.

¹⁹² MARMOR, Andrei. *Are Constitutions Legitimate*. The Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Volume 20, Issue 1, January, 2007, p. 74.



incoherente y autorreferente” que debe ser descartada. Afirman que el *ius cogens* es incompatible con los fundamentos positivistas del sistema jurídico internacional moderno. Estas corrientes solo reconocen como única fuente de la obligatoriedad de las normas jurídicas internacionales el consentimiento de los Estados, similar al positivismo voluntarista tradicional. Los Estados no estarían obligados por ninguna norma a la que no hubieran consentido y el consentimiento no puede presumirse.¹⁹³ Entendiendo que el *ius cogens* tiene su origen en el derecho natural, mantiene su identidad con posturas iusnaturalistas que no sitúan la voluntad de los Estados como único fundamento de la obligatoriedad de la norma.

Por otra parte, algunos autores han alertado sobre cómo el rechazo a los imperativos latinos puede reflejar una expresión del DI hegemónico cuando se toma en cuenta que la mayoría de los Estados no han ratificado la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 en la que se introdujo esta noción. En particular, Estados Unidos y Francia se han opuesto a los artículos sobre el *ius cogens*, asumiendo una oposición que no reconoce la existencia de normas imperativas obligatorias para todos los Estados, en las cuales no media su consentimiento.

Tomando distancia de esta discusión, dentro de la corriente constitucionalista, se encuentran otras voces que reivindican la formación de una comunidad legal global con un núcleo de valores compartidos, pero reconocen que, aunque funcionan como el sustrato social del DI, están lejos de constituir una fuente de legitimidad democrática característica en las Constituciones.¹⁹⁴ Pese a ello, procuran responder a los cambios ocurridos en el sistema internacional y comprender mejor los procesos de gobernanza global, donde el DI y su creciente armonización se entienden en clave de una creciente constitucionalización. El constitucionalismo internacional reconoce un rol activo al DI en el proceso de globalización como respuesta a un proceso de des-estatización producto de la reducción de la capacidad regulatoria del Estado. En ese sentido tiene dentro de su objeto de estudio la transferencia de políticas tradicionalmente reguladas por el derecho doméstico hacia regímenes o estructuras de gobernanza internacional o supranacional, en una de migración de funciones

¹⁹³ GLENNON, M.J., “*De l’absurdité du droit imperative (ius cogens)*”, RGDIP, T.110, n. 3, 2006, pp. 529-536, en particular, pp. 531-532.

¹⁹⁴ TOMUSCHAT, Christian. *Op .cit.*, p. 3-16.



constitucionales hacia el DI. Esta corriente ha desarrollado el concepto de un nuevo orden público global.

3.1.2.2. Corriente Pluralista

De manera general, la tensión que se desarrolla entre el Constitucionalismo internacional y las corrientes pluralistas apunta hacia la relación entre el poder y las normas en la esfera internacional. También sobre el modo de gobernar y dictar reglas en ese ámbito, que se manifiesta a través de la idea de la Constitución. Ya Habermas había manifestado preocupación respecto a la legitimación democrática de la política global, con una inquietud sobre los riesgos de imprimir el énfasis en lograr altos niveles de especialización de los sistemas encargados de la regulación y de los estándares, omitiendo consideraciones sobre asuntos del ámbito político global.

Como respuesta de parte del pluralismo, se hace necesario reivindicar la diversidad de actores y posiciones políticas. Koskenniemi, representando a los CILT, observa en ese sentido, que la diversidad es un hecho que debe ser reconocido, pero que tanto la corriente constitucionalista como los estudiosos de la fragmentación en la faceta de resolución de conflictos, no son neutrales con relación a diferentes compromisos políticos en disputa.¹⁹⁵ Koskenniemi se muestra radical con respecto a la inexistencia de un camino progresivo hacia la armonización de las normas internacionales. Considera que no hay cabida a un espacio para solventar las tensiones y contradicciones entre normas, porque en últimas ellas responden a un ideal político y económico hacia donde convergen. Tampoco comulga con la existencia de valores universales porque expresan simplemente una voluntad que responde a determinados intereses y logra imponerse hegemónicamente.¹⁹⁶

¹⁹⁵ KOSKENNIEMI, Martti y Leino, Päivi, *op. cit.*, p. 564.

¹⁹⁶ PEIXOTO Batista, Juliana. Perspectivas jurídicas de las relaciones internacionales: el constitucionalismo, la fragmentación y el pluralismo jurídico en debate. *Tla-melaua* [online]. 2016, vol.9, n.39 [citado 2020-07-14], pp.132-151. Retraído de: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S187069162016000100132&lng=es&nrm=iso>. ISSN 2594-0716.



3.1.2.3. Corriente Crítica del Derecho

En este sentido que expresa Koskenniemi, la escuela crítica del derecho internacional (CILTS) ha hecho un aporte significativo en el tema al advertir que el DI concretaría la práctica o el comportamiento de los Estados más poderosos, y que la constitucionalización representa un velado intento político de actores internacionales específicos de buscar preeminencia para cierto grupo de normas e instituciones sobre otras. Consideran que el constitucionalismo internacional es la dimensión jurídico-legal del neoliberalismo disciplinador y su lógica de pensamiento único.

Kennedy, siguiendo la preocupación de Habermas sobre la legitimación democrática de la política en el DI, manifiesta que el debate sobre constitucionalismo internacional en realidad encubre la discusión sobre la gobernanza. Sus hipótesis llegan a cuestionar dónde están y a qué responden los verdaderos intereses que la utilizan como vehículo, quiénes conforman las autoridades que de ella se encargan y cómo se relacionan entre sí en el mundo globalizado; sugiere observar cómo operan sus múltiples facetas en el ámbito de la mundialización, con lo cual será posible llegar a contemplar el proyecto constitucionalista con más precaución.¹⁹⁷

El concepto de gobernanza global, en términos generales y desde la perspectiva constitucional, puede contemplarse como un proceso para regular y ordenar asuntos de interés público. El concepto demanda un mayor escrutinio teniendo en cuenta los modos difusos en los que el poder se manifiesta en los últimos tiempos en diferentes niveles de la comunidad, y con grados variables de influencias sobre las personas y sus actividades. De ahí que Kennedy denomina su artículo sobre la materia como “El misterio de la Gobernanza Global”.¹⁹⁸

Advierte la gobernanza como una construcción social en donde las técnicas jurídicas de poder son centrales en la construcción de la “verdad social” y, en consecuencia, de las

¹⁹⁷ KENNEDY, David. “The Mystery of Global Governance”, 34 Ohio Northern University Review 827, 2008, p. 6.

¹⁹⁸ *Ibid.*, pp. 6-7



conductas consideradas adecuadas. Más aún, pone en tela de juicio el rol del derecho en la gobernanza global porque lejos de ser un factor de restricción del poder de los Estados, como es la función de una Constitución y por tanto del *rule of law* o imperio de la ley,¹⁹⁹ se constituye como una herramienta por medio de la cual los Estados más poderosos imponen las reglas.²⁰⁰ Dicha forma de instrumentalización del derecho le hace denominarlo “*rule through law*”, es decir que se ejerce no con la ley sino a través de ella. Los críticos alertan sobre los objetivos políticos del constitucionalismo en pos de resolver la fragmentación: hacer prevalecer determinada visión del mundo, haciéndola parecer como voluntad de la sociedad internacional, *rule of law*, valores compartidos, bien común, coordinación de regímenes, gobernanza global, entre otros.²⁰¹

3.1.2.4. Corrientes sobre el Imperio de la ley

Tomando distancia de este planteo, surgen las corrientes que intentan rescatar el concepto del *rule of law* entendido como el imperio de la ley, bajo el concepto de la preeminencia del derecho. Con ello se rescata su idoneidad para proporcionar estabilidad, previsibilidad y certeza en las relaciones que regula el ordenamiento jurídico internacional.²⁰² Aún cuando el Estado de derecho no ha llegado a ser definido específicamente en el ámbito de las Naciones Unidas, el concepto gira en torno a ideas de sumisión del poder estatal al DI, la igualdad de los Estados ante la ley y la idea de que los Estados deben cumplir y respetar de buena fe las obligaciones internacionales que adquieren por medio de instrumentos tanto bilaterales como multilaterales. En efecto, de manera reciente, la doctrina iusinternacionalista, en especial la

¹⁹⁹ Para el Constitucionalismo sustantivista, son precisamente los derechos consagrados en la Constitución los que ejercen el papel de límites o barreras al ejercicio del poder. GAMA, Leopoldo. *Derechos, democracia y jueces: Modelos de filosofía constitucional*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2019.

²⁰⁰ El modelo del Constitucionalismo sustantivista desconfía de las mayorías, como lo discuten Gama y Gargarella, cuando contemplan que sólo algunos poseedores de más sabiduría, deciden por todos. Esto se refleja a nivel internacional con respecto al derecho consuetudinario, contenido en los principios generales y la costumbre. Es precisamente la crítica que realizan los iusinternacionalistas críticos, cuando afirman que éste se constituye como una herramienta por medio de la cual los Estados más poderosos imponen las reglas. GAMA, Leopoldo, *op.cit.* GARGARELLA, R. La sala de máquinas de la Constitución. Katz Editores, 2014.

²⁰¹ PEIXOTO, Juliana. *Op. cit.*, pp. 132-151.

²⁰² VILLEGAS Delgado, César. *La preeminencia del Derecho en DI: Elementos para una Definición*, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas. Anuario Mexicano de DI, vol. XIII, pp. 267-310, 2013.



anglo-americana, ha reivindicado concepto del *International Rule of Law* como construcción teórica que, desde una perspectiva eminentemente formal, propugnaría por el imperio de la ley en las relaciones internacionales. Esto convierte la utilización de dicho término, por otro lado, en una cuestión recurrente tanto en la práctica de los Estados, como en la labor de algunas organizaciones internacionales, universales y regionales. La propuesta consiste en la internacionalización de un modelo interno de Estado de Derecho, en el que el elemento de internacionalización no provendría de la adaptación de su contenido a la realidad internacional. Teniendo en cuenta que esta postura ha sido severamente criticada, se trata, simplemente, de su promoción a nivel internacional desde el marco institucional de la Organización de las Naciones Unidas. Desde esta perspectiva, lo que se estaría promoviendo, no sería un “Estado de Derecho Internacional” sino, más bien una versión interna de dicho principio a nivel internacional. Aprovecharía el ámbito favorable del auge del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para plantear su estudio desde una perspectiva integradora y emancipadora.²⁰³

En sincronía con esta perspectiva, aunque en una línea más próxima al iusnaturalismo, Habermas considera que los derechos humanos constituyen el código moral de la normativa internacional básica que debe estructurar las reglas de convivencia entre los Estados. Por ello, el código legal en el cual se basa esa constelación posnacional es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuya aplicación en los ámbitos nacional, regional, internacional, así como no gubernamental, es la principal y más legítima fuerza detrás de la constitucionalización en el plano internacional.²⁰⁴ La discusión que se deriva de contemplar los derechos humanos como parte de la ideología liberal será retomada y discutida a mayor detalle más adelante.

²⁰³ VILLEGAS Delgado, César. *El estado de derecho en el ámbito internacional y el imperio de la ley en las relaciones internacionales: tendencias, retos y desafíos* [33] Revista electrónica de estudios internacionales, 2017, p. 175.

²⁰⁴ HABERMAS, Jürgen y Jacques Derrida, *El Derecho Internacional en la transición hacia un escenario posnacional. Europa: en defensa de una política exterior común*, Madrid, Katz - CCCB, 2008. HABERMAS, Jürgen. *La constelación posnacional*, Buenos Aires, Paidós, 2000.



De manera paradójica, igual que en el constitucionalismo, a partir del pluralismo se han desarrollado elaboraciones teóricas en las cuales el paradigma autopoiético se utiliza implícitamente como soporte de perspectivas políticas que son análogas desde muchos puntos de vista a las neoconservadoras de la desregulación. Esto es un síntoma del desencuentro sobre cómo representar modalidades de gobernanza y sus procesos subyacentes, pero en últimas colocando todo el énfasis en las pautas que dicta la gobernanza global. La teoría crítica bien puede explicar este fenómeno porque en aquellas ocasiones en que la doctrina dominante logre romper los límites de la soberanía estatal, la teoría crítica visualizará esa acción determinada a reducir la barrera de la soberanía como una nueva oportunidad para que los actores de poder puedan ejercer su influencia en el dominio previamente soberano. Este precisamente parece ser el objetivo de la gobernanza.

3.1.2.5. La Gobernanza y el Derecho Administrativo Global

La legitimación del discurso científico sobre la gobernanza ha recurrido a diferentes fuentes basándose principalmente en el Derecho administrativo global (GAL). Así, desde el ámbito del Derecho Público, a menudo inspirado y dependiente de él para su implementación, sostienen en su defensa que el Derecho Internacional Público no se fusionaría con el derecho interno para formar algún tipo de sistema legal unitario transnacional. Las dos dimensiones tradicionales de la ley, tanto la internacional como la doméstica, preservarían su autonomía. Las instituciones jurídicas internacionales tendrían un mandato específico de perseguir automáticamente intereses comunes en sincronía con las expectativas de la opinión pública mundial. Cada vez que esas instituciones internacionales toman decisiones que afectan la libertad de otros en busca del interés público, su acción debe ser efectiva y también percibida como legítima.

Esta explicación sobre la independencia entre la ley internacional y la interna se enfrenta en la actualidad, de regreso al concepto de constitucionalismo, a un proceso de desestatización, resultado de la reducción de la capacidad regulatoria del Estado. Consiste en la transferencia de políticas tradicionalmente reguladas por el derecho doméstico hacia

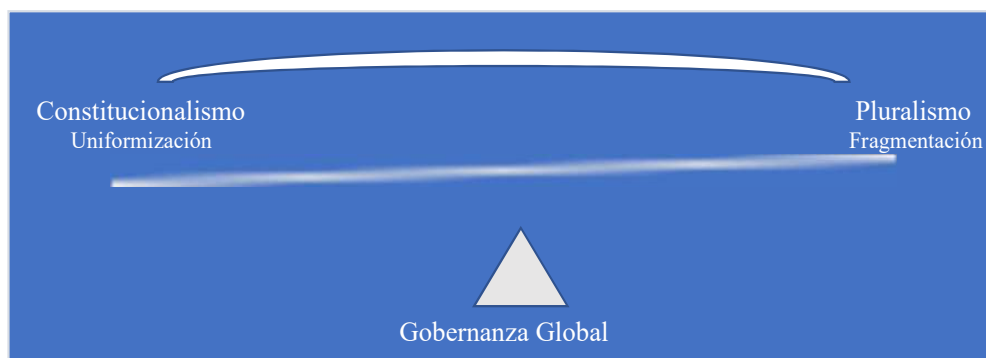


regímenes o estructuras de gobernanza internacional o supranacional, en una de migración de funciones constitucionales hacia el DI.

Peixoto alude a Biaggini cuando afirma que en este proceso propio de “internacionalización de las constituciones”, “el Derecho constitucional se torna cada vez más internacional, mientras que el DI se torna cada vez más constitucional”.²⁰⁵

Probablemente este proceso que registra Peixoto tenga como causa este mismo fenómeno propio de la globalización que se ha denominando como la “paradoja de la globalización” que se constituye cuando concurren dos tendencias en apariencia contrapuestas: uniformización y fragmentación. La tensión entre dos situaciones opuestas se presenta cuando surgen y se reproducen tratados e instituciones en el ámbito internacional generando una creciente fragmentación legislativa e institucional. Pero por otro lado, y en tendencia contrapuesta, se crean organizaciones internacionales con secretariados permanentes, asambleas plenarias compuestas por todos los Estados miembros, además de órganos ejecutivos cuya función consiste en generar consensos mínimos que permiten la convivencia de los Estados en la comunidad internacional, contribuyendo así a una tendencia hacia uniformización del sistema internacional.

La contradicción entre las dos narrativas presentadas, en apariencia contrapuestas, uniformización y fragmentación, es por lo cuál pareciera que la gobernanza se busca proponer como solución en ambos casos, y es donde parece que los dos fenómenos llegan al mismo fin.



3.1.2.6. La narrativa detrás de estas corrientes teóricas

El pluralismo y el constitucionalismo se han ubicado en los dos extremos del espectro como los principales prismas teóricos para analizar la fragmentación. En la figura anterior se representa la manera como están íntimamente ligados a pesar de su aparente antagonismo. Con el fin de profundizar en esta paradoja, se recurrirá a la metodología de la contrastación para profundizar en la narrativa que sostienen estas corrientes teóricas y poder entender los efectos jurídicos que están involucrados en sus planteos, los cuales dependen de su enfoque frente a los diferentes métodos, actores, proyectos políticos y suposiciones generales que identifican en el DI.

Lixinski, siguiendo el método del análisis narrativo, ha propuesto explorarla a través de una metáfora con el arte, presentando para cada una de ellas un movimiento artístico que las podría caracterizar. Aún cuando recurre a descripciones que pueden ser consideradas como simplistas en la medida en que realizan generalizaciones, logran ofrecer un panorama más claro.

Como primera medida, para darle una justa dimensión al fenómeno de la fragmentación, considera que su narrativa se asemeja a:

“(…) una pintura de la tradición realista, que muestra una imagen nítida de un objeto, con cada grieta y grieta que se debe discernir, pero la imagen más grande a menudo permanece oscura. El realismo en la pintura funciona en gran medida como una reacción al romanticismo, en la misma medida en que la fragmentación es una reacción a la constitucionalización, pero la pintura realista, como la fragmentación, declara como parte de su agenda que no tiene otra agenda que la



representación fiel de los temas, y por eso es susceptible de ser capturado por cualquier agenda”.²⁰⁶

En general, considera que se trata de una narrativa contraria a los proyectos de unidad. Expone que hay poca o ninguna acción concertada en la forma de encontrar cierta coherencia en medio de esta cacofonía de normas e instituciones legales internacionales que se produce cuando los organismos internacionales se multiplican y las esferas de competencia se superponen. Proporciona en gran medida una descripción realista del orden jurídico internacional y, en lo que respecta a los instrumentos para mantener la unidad, propone algunas reglas básicas sobre la interrelación de las normas jurídicas, como la integración sistémica, que como ser verá a continuación, es la principal sugerencia de la Comisión de Derecho Internacional (CDI en adelante) para enfrentar la fragmentación.

Ante este panorama, el autor tiene para sí, que el proyecto teórico sobre la constitucionalización del DI, “evoca la pintura paisajista romántica, en la que un gran tema, claramente central, orienta la totalidad de la pintura, pero en el que el tema está idealizado”.²⁰⁷ Reconociendo la gran ambición que su proyecto plantea, visualiza que esta corriente está conformada por un conjunto fundamental de normas simulando la forma de la columna vertebral. Dependiendo de si se adopta una perspectiva universalista o funcionalista, los académicos involucrados en esta narrativa difieren con respecto al conjunto fundamental de normas.

En contraste, para el académico la narrativa del pluralismo jurídico internacional cumple con un doble papel tanto narrativo como contra-narrativo. Por ello, aparece más conectada con “la escuela cubista de escuela de pintura, mostrándonos una variedad de perspectivas sobre un mismo objeto, pero perdiendo cohesión en el proceso”.²⁰⁸ Si bien gran parte de la literatura en este campo parece aceptar que existe un orden jurídico internacional,

²⁰⁶ LIXINSKI, Lucas., *op.cit.*, p. 3. Traducción de la autora.
http://www.erasmuslawreview.nl/tijdschrift/ELR/2013/1/ELR_2210-2671_2013_001_002.pdf

²⁰⁷ *Idem.*, p. 2.

²⁰⁸ *Idem.*, p. 3.



el pluralismo jurídico internacional se dedica a una crítica de las tendencias hegemónicas de este orden. En particular, de su impulso por convertir el orden jurídico internacional en una simple reproducción de las comprensiones occidentales del DI, y de imponerlas al resto del mundo en aras de una unidad ilusoria. El pluralismo jurídico internacional destaca acertadamente que la narrativa de la constitucionalización del DI se basa casi exclusivamente en modelos constitucionales europeos, principalmente el modelo alemán. A pesar de esta crítica, parece existir una fe en un orden legal internacional más allá del objeto de la crítica, pero es uno que debe tener en cuenta las especificidades de un espectro más amplio de miembros, para incluir nuevas voces hasta ahora desconocidas. La narrativa pluralista parte del supuesto de que existe una sociedad global, y que es pluralista y desigual, en el sentido de que no todas las voces tienen el mismo peso. Luego utiliza esta suposición para argumentar normativamente en favor del uso de la ley como un lugar para escuchar expresiones que de otro modo quedarían al margen. A continuación, se analiza esta perspectiva del pluralismo a mayor detalle.

3.1.2.5. Propuesta de la corriente del Pluralismo crítico

Como ya se ha venido apuntando, tanto el constitucionalismo como la fragmentación, reproducen un compromiso hegemónico con un modo de pensamiento de Europa occidental. Por su parte el pluralismo, si se toma más allá del punto crítico, también se vuelve hegemónico en el momento en que se compromete con un conjunto de valores y suposiciones normativas.

Cabe distinguir que el pluralismo cuenta con un corriente que sostiene una postura diametralmente contraria a este concepto de gobernanza, y que en ahora necesario reivindicar. Sosteniendo un cuestionamiento sobre el centralismo jurídico, bajo el presupuesto de que el Estado moderno liberal se convierte en el único productor de derecho y de regulación jurídica ante sus ciudadanos, surgen las teorías que reivindican la pluralidad jurídica en espacios de complejidad en las relaciones contemporáneas a que se asiste. Esto impone un claro cuestionamiento al universalismo, donde se ubican internacionalistas críticos como Carty, para quien la clave del derecho no es la sumisión, sino la identificación



y la diferenciación, y con base en ello propone la teoría de la *legal traslation* o traducción legal, según la cual:

“Se debe comenzar en el entendimiento de la naturaleza parcial, multinivel y fragmentada de la sociedad internacional. Ella debe acercarse a esta realidad desde la base de las más novedosas percepciones traídas de la antropología legal y cultural. La sociedad internacional consiste, por encima de todo, en tradiciones culturales nacionales y regionales/continentales opuestas y autodiferenciadas, las cuales están entrecruzadas por sistemas comerciales y religiosos, que son más transnacionales”.²⁰⁹

Desde la periferia, otra concepción reciente del pluralismo jurídico la plantea Boaventura de Sousa Santos, aplicada a realidades sociales y jurídicas disímiles como la latinoamericana, con la pretensión de explicar las múltiples regulaciones o prácticas jurídicas que ocurren en un mismo contexto social. Esta concepción del pluralismo jurídico está relacionada y complementada por los avances, tanto en los estudios como en la aplicabilidad del principio de la diversidad cultural, donde se plasma claramente que las distintas culturas, al poseer sus particulares cosmovisiones, incluyen el campo jurídico. Por eso la pretensión de homogenización jurídica y cultural en la realidad social ha sido paulatinamente derrumbada.²¹⁰

En los temas del derecho en migración internacional, las corrientes sociológicas del derecho, y el pluralismo jurídico internacional en efecto resultan útiles por oponerse a la concepción positivista y universalista. Precisamente, desde estas perspectivas el derecho es pluralidad de órdenes normativos, concepción que se distancia del centralismo jurídico cuando considera que el derecho ordena cada tipo de asociación humana, y a partir de estas asociaciones se producen normas de control social a partir de las cuales surge el derecho.

²⁰⁹ CARTY, Antony. *Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law. European Journal of International Law*, Volume 2, Issue 1, pp. 66–96, 1991, p. 2. Traducción de la autora.

²¹⁰ VOLKMER, Antonio. *Op cit.*, pp.39-55.



En varios países latinoamericanos hay representantes de la crítica jurídica del sur, que tienen en común una propuesta que promueve una nueva mirada al derecho con formas jurídicas que no parten de la Constitución, de su hermenéutica o del garantismo, con una comprensión abstracta y universalista, sino que se construyen de abajo hacia arriba, a partir de procesos y prácticas sociales. Su concepto de emancipación se fundamenta en la autonomía, mediante la cuál se pueden superar las corrientes teóricas de corte eurocéntrico que se han identificado como la fuente de inspiración ideológica impresa en la visión del derecho que se impone. Con ello se puede buscar la realización de una función emancipadora, que las teorías hegemónicas han obstruido, dado que ha habido una falta de ajuste con la pluralidad cultural del mundo. En este sentido el pluralismo apoyado por esta corriente crítica, propone que se adopte una postura basada en una epistemología propia, que reconozca el poder comunitario, y como actores y sujetos del derecho a los subalternos, o los movimientos sociales. Su fundamento debe residir en sus propias necesidades como categoría que dignifique la vida humana y no en falsas necesidades producto del colonialismo. Desde el nivel local, al regional, deben ser representadas, y a su vez referidas en el DI.

3.1.3. La fragmentación

3.1.3.1 *El paradigma instrumental que sostiene la CDI*

El informe que realizó la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en el 2006 (en adelante CDI) es el referente por excelencia para el debate en torno a la fragmentación.²¹¹ Se puede sostener que consiste en un intento por construir un camino intermedio entre el constitucionalismo y el pluralismo legal. Quienes han emprendido la tarea de analizarlo coinciden en que se percibe un auto-reconocimiento de sus debilidades, y de las tensiones que no hacen coincidir de manera evidente sus objetivos y su metodología.

El siguiente apartado tiene el objetivo de evidenciar un posible paradigma instrumental sugerido por Martin, y que para efectos de las hipótesis que se quieren investigar, tiene su origen en el compromiso hegemónico con un modo de pensamiento de Europa occidental

²¹¹ UNITED NATIONS. *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the diversification and expansion of International Law*. A/CN.4/L.682 13 April 2006.



que el discurso sobre la fragmentación reproduce. Como punto de partida es importante identificar las dos posturas que se enfrentan en el tema de la fragmentación:

“A la fecha la discusión sigue dividiéndose entre quienes ven en ella un riesgo para la coherencia del orden jurídico internacional, y aquéllos quienes hablan de un fenómeno acorde a los tiempos que vivimos, que permite al DI responder de manera más enfocada a los nuevos riesgos globales”.²¹²

Bajo la convicción de la necesidad de avanzar en un discurso que hasta ahora se encuentra ciclado en atender la fragmentación como un “objeto” para la coherencia, la integración del sistema, o incluso la constitucionalización, se propone a continuación una nueva perspectiva de análisis a partir del DI hegemónico, para lo cual, es necesaria la conscientización de que, como se concluye a partir de las reflexiones del apartado anterior, el fenómeno de la fragmentación desde el prisma teórico que se analice, denota importantes consideraciones en torno al intento de instrumentalización por parte de Estados poderosos, ya sea en defensa de valores que se pretenden universales o bien de sus intereses materiales más egoístas.

Koskenniemi mismo había ya planteado una distinción y una definición que puede brindar un camino de salida en el análisis. Mientras que la fragmentación debe definirse como desagregación normativa o conflicto resultante de la continua especialización funcional del DI general, con el efecto normativo de la aparición de regímenes especiales, la desformalización tiene una definición diferente. Consiste en el proceso mediante el cual la ley se retrotrae para proporcionar procedimientos o directivas para que los expertos públicos o privados administren problemas internacionales mediante soluciones funcionalmente efectivas y “equilibrando los intereses”.²¹³

Lo que se logra entender con esta distinción es que la desformalización puede identificarse como una causa de fragmentación, y como concepto que sostiene el temor a la

²¹² RODILES, Alejandro. *Op. cit.* 373-413.

²¹³ KOSKENNIEMI, Marti. Constitutionalism as a Mindset: Reflection on Kantian Themes about International Law and Globalisation. Tel Aviv Conference, 28-30 December, 2005, p. 4.



fragmentación. La discusión por tanto no debe ignorar la desformalización como el concepto original para entrar a discutir la fragmentación.

Singh encuentra con esta definición el sentido de la “hipótesis especulativa” de Luhmann cuando afirmó que se produciría una fragmentación radical como resultado de un cambio de lo normativo a lo cognitivo dentro de la ley misma. La proliferación de instituciones internacionales se produjo como resultado de la interconexión la agenda política liberal, y los objetivos de especialización de las instituciones, y su transformación hacia regímenes. La fragmentación que se generó como producto de la desformalización favoreció este cambio, y lo al cambiar el pensamiento de las áreas cognitivas normativas, a las especializadas e identificables. La desformalización representó el desplazamiento de la ley ante la política del *expertise*.

Singh identifica claramente el significado de la desformalización como la causa de la fragmentación cuando afirma que “más preocupante para el estado actual de las cosas es que la desformalización puede identificarse como un discurso dominante que sostiene el temor a la fragmentación”.²¹⁴ El cambio de lo normativo a lo cognitivo, y la consecuente porosidad de las consideraciones económicas, legales y de otro tipo, se ha producido dentro de la propia ley. Con la caída del formalismo legal clásico y la prevalencia de las reglas que habilitan la concentración de poder con el operador jurídico, se produjo un cambio en la forma en que se construyeron las normas del DI en la medida en que requieren el desplazamiento de la ley a la política del experto, demandando siempre su presencia para la decodificación y la aplicación. Así, la desformalización es el proceso mediante el cual las reglas jurídicas se construyen y se aplican generando la necesidad y dependencia de un experto de manera permanente.

²¹⁴ SINGH, Sahib. The potential of international law, *op. cit.*, p. 25. Traducción de la autora. Retraído de:
https://tuhat.helsinki.fi/ws/files/78709770/1_2011_LJIL_The_Potential_of_International_Law_Fragmentation_and_Ethics.pdf



Esta tendencia de especializar, que a la vez hace inaccesible la norma para cualquiera, es la misma que señala desde una postura crítica Sanín con su teoría sobre la encriptación del poder. La explica en los siguientes términos:

“(…) la encriptación del poder va mucho más allá de una simple obfuscación o del ocultamiento deliberado del lenguaje que podría resolverse simplemente aplicando mejores métodos de interpretación que aclararan la oscuridad o unificarían la polisemia. El problema es más profundo, el enigma es político. La encriptación no señala una atrofia u obscenidad en el sistema que podría ser sintonizado por mejores métodos y enderezado por compromisos normativos más fuertes. (...) Lo que garantiza la encriptación es un absoluto control jerárquico social y político sobre las áreas de conflicto que son discutibles y las bases empíricas y normativas que pueden surgir en cualquier discurso. (...) La encriptación es finalmente el monopolio de un grupo hegemónico sobre la realidad. La misión del experto es transformar un problema político en un problema técnico y de allí en un estatuto rígido de significados que son auto-referenciales y aislados del lenguaje común, creando así lenguajes inmunes a toda intervención que no sea desde las técnicas de la ciencia que programaron su impenetrabilidad primera”.²¹⁵

Claramente para Singh en el mismo sentido, “la desformalización es el proceso habilitado por un “sesgo estructural”, por el cual el operador jurídico se convierte en el burócrata”, o en el denominado “gerente” de Koskenniemi, cuya función es impulsada por la experiencia política y técnica. Singh manifiesta su inquietud sobre este fenómeno manifestando que:

“Esta reducción en el profesional jurídico internacional moderno es la esencia de la angustia del autor con el Derecho Internacional contemporáneo. Ser un experto y sostener los particularismos políticos son virtudes en el mercado del Derecho Internacional contemporáneo. El discurso de fragmentación y nuestro enfoque al

²¹⁵ SANIN, Ricardo. Notas sobre el significado de la encriptación del poder como el filo de la navaja de lo político. Retraído de:
<https://politicasysociologia.ucm.es/data/cont/docs/2120180510E1%20Significado%20de%20la%20Encriptación.%20Sanin.pdf>



respecto, están muy arraigados en tal reducción del individuo. Igualmente, sin embargo, nuestra respuesta a este discurso y a la desformalización puede animar a recorrer un sendero que no traiciona al profesional moderno circunscribiéndolo a los barrotes de la prisión de un vocabulario particularista o una perspectiva solipsista”.²¹⁶

Precisamente, este rol de las instituciones globales y las que pertenecen al ámbito de los regímenes especiales, muy seguramente están involucradas en la disputa por ocupar este referido espacio que abre el concepto de la gobernanza global y que requiere del sostenimiento de un *statu quo* normativo para su eficiente implementación. Obedeciendo a ello, aun cuando la CDI inició el estudio ante la preocupación que prevalecía de que la fragmentación “podría poner en peligro la estabilidad y coherencia del DI, la seguridad jurídica y su alcance general”,²¹⁷ al final, como resultado del estudio, después de la inversión de significativos recursos y esfuerzos institucionales, la CDI solapa todo el análisis descrito cuando presenta sus conclusiones atenuando sustancialmente el tono de preocupación sobre los riesgos de la fragmentación, después de mantener la discusión acotada a una dimensión principalmente técnico-jurídica, presentada como un problema de multiplicación normativa y de jurisdicciones, que se resuelve haciendo hincapié en la importancia del respeto por los principios y prácticas generales del DI. El documento final termina con una suerte de “manual de consejos técnico-prácticos” para enfrentar conflictos de normas.²¹⁸

Se entiende ahora la forma en que la solución que propone la CDI imprime el acento en rescatar las normas de la base axiomática como sistema originario, para mantener el concepto de sistema. Como bien lo advierte Martín en un sentido crítico, el resultado es que al separar el conjunto de normas como independientes de la base axiomática buscando la compatibilidad y la coherencia entre estos dos, el sistema se transforma en estricta

²¹⁶ SINGH, Sahib. The potential of international law, *op. cit.*, p. 30. Traducción de la autora.

²¹⁷ Informe de 13 de abril de 2006 sobre “Fragmentación del DI: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del DI” (A/CN.4/L.682) junto con un apéndice de Proyecto de Conclusiones (A/CN.4/L.682/Add.1) Cfr. A/55/10, Informe de la CDI, 52o. periodo de sesiones, anexo, pp. 294–310.

²¹⁸ Vid. MARTÍN, Pablo. *Los paradigmas del Derecho Internacional*, *op. cit.*, pp.87-93.



racionalidad técnica que impide identificar el contenido material del ordenamiento, mientras el énfasis se concentra en garantizar la seguridad y previsibilidad de los actos políticos de creación y aplicación de las normas, todo esto bajo una presunción de que las normas que lo componen se crean de una manera racional, cuestión que también requiere una consideración pues tiene sus propias implicaciones.²¹⁹

Otro reparo que ha manifestado la doctrina consiste en precisar que el reporte no contó con profundidad estructural, porque nunca entró a cuestionar el carácter del DI como “sistema jurídico,” siendo que de por sí la fragmentación representa una antítesis del concepto como es usualmente entendido. Su definición se omitió, pero la argumentación fue retomando una combinación de teorías propias de la filosofía del derecho, sin detenerse de manera específica a cuestionar su carácter de orden jurídico, o sistema. Pasa por la teoría del sistema clásica,²²⁰ al distinguir entre el ordenamiento general y el particular, hasta tocar aspectos del pluralismo al hacer referencia a criterios de especialidad y a teorías de los subsistemas. Finalmente, es en la conclusión en donde, evitado un debate estructural al respecto, lo incluye de manera fundante con la siguiente aseveración: “el DI es un sistema jurídico”.²²¹

Martín sugiere que esta omisión en el desarrollo del estudio denota la probable existencia de un “paradigma de carácter instrumental”.²²² Para el autor, nos encontramos ante una “asunción carente de verificación empírica o demostración racional que, no obstante, vertebra y legitima el discurso científico de una determinada comunidad”. Esto significa se asumió un conjunto de postulados, axiomas o enunciados (sustantivos y/o metodológicos)

²¹⁹ MARTIN, Pablo. Paradigmas del Derecho Internacional, *op cit.* p. 96-109.

²²⁰ Sin referirse expresamente a la “base axiomática”, el informe hace referencia, por un lado, a las normas de creación, modificación y derogación, y, por el otro, a ciertos principios fundamentales que deben tomarse en cuenta a la hora de determinar la aplicación de la regla *lex specialis* y que, en ese sentido, determinan también creación y operación de los regímenes especiales. Aunque, al mismo tiempo, deja claro que aún es necesario ahondar en el significado del concepto “DI general” y definir con mayor claridad sus fuentes. Informe CDI, *op. cit.* párrs. 120y 493, p. 3.

²²¹ Conclusiones finales del Grupo de Estudio de la Comisión de DI sobre Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional, Doc. A/CN.4/L.702, p. 7.

²²² MARTÍN, Pablo. *Sistema, fragmentación y contencioso internacional*, *op. cit.*, p. 460.



que son compartidos por la comunidad científica académica del DI que legitima su discurso, sin contar con una debida fundamentación racional o empírica, más bien reflejando un cientificismo voluntarista solo con el fin de formar parte del paradigma dominante.²²³

Claramente se muestra en el estudio de la CDI que, para lograr este fin de mantenerse dentro de los límites del paradigma dominante, lejos de proporcionar una definición sobre el concepto y una profunda reflexión sobre implicaciones del “sistema,” se dedicó más bien a ir amalgamando buena parte de los modelos de sistema utilizados en la filosofía del Derecho con el fin de desvirtuar específicamente los señalamientos en torno a la coherencia para reafirmarla a ella, y por tanto también la sistematicidad. Con ello, se logra acotar la discusión a identificar técnicas de prevención y eliminación de antinomias. Aunque, asumir la coherencia no implica cumplir necesariamente con una condición de validez, parece coincidir en la trascendencia de cumplir con la coherencia como una condición determinante para considerar que se cuenta con un ordenamiento justo. Esta premisa se deduce a partir de que las exigencias de certeza (que corresponde al valor de paz o de orden) y justicia (que corresponde al valor de igualdad) desaparecen cuando el intérprete puede, indistintamente, aplicar reglas contradictorias. Si dos normas antinómicas coexistieren, el ordenamiento jurídico no conseguirá garantizar ni la certeza, entendida como posibilidad de prever con exactitud las consecuencias de una conducta dada, ni la justicia, entendida como igual tratamiento entre aquellos que pertenecen a la misma categoría.

Desde una óptica más crítica, esta respuesta no resulta satisfactoria y se insiste en la necesidad de reflexionar sobre el concepto de sistema en DI, lo que puede llevar a develar cómo el asumir la sistematicidad del derecho constituye una premisa paradigmática o, probablemente un auténtico paradigma de carácter instrumental, lo que implica que el estudio

²²³ Siguiendo a Kuhn, cualquier trabajo de investigación que se emprenda dentro de este contexto paradigmático, sólo tendrá el objetivo de enriquecer un paradigma dominante que, por su reconocimiento dentro de la comunidad científica en el momento, proporciona los mejores modelos de problemas y soluciones. Para mantener su reconocimiento por la comunidad científica, *ignorarán aquellos fenómenos que no encajen dentro de los límites por él establecidos*, y su objetivo consistirá sólo en aumentar sus alcances y la precisión de su aplicación. KUHN, Thomas S. *La estructura de las Revoluciones Científicas*. Fondo de Cultura Económica, 1962, p. 20. Énfasis introducido por la autora.



de la CDI sostiene una postura que vertebra y legitima el discurso científico de la comunidad científico-jurídica internacionalista.

Las implicaciones de esto consisten en que el debate sobre la fragmentación del DI adquiere la función de reproducir esta condición paradigmática. Por esto la corriente dominante en el DI se apega insistentemente a la noción de sistema y lo sostiene, lo que da pruebas de su naturaleza de premisa paradigmática. Seguramente se busca evadir la discusión sobre cómo establecer límites al instrumentalismo que puede provenir de distintos frentes. La postura de favorecer el *statu quo* que implica evadir el debate y nutrir el paradigma dominante, permite aceptar las bondades de la fragmentación para garantizar determinados intereses, seguramente de Estados hegemones, bien sea en defensa de valores que se pretenden universales o bien de sus intereses materiales más egoístas. La fragmentación garantiza la flexibilidad normativa que ello requiere para tener éxito en estos objetivos. Para otras corrientes alternativas en el DI el concepto de sistema es una falacia, tema que se pasará a analizar a continuación.

3.1.3.2. La noción de sistema y el fenómeno de la fragmentación

La mayor parte de la doctrina iusinternacionalista contemporánea se centra en la unidad como el estándar contra el cual se mide la normatividad internacional.²²⁴ De ahí que el discurso de la fragmentación asume como condición previa que la unidad realmente existe dentro de la esfera jurídica internacional. Esto sucede porque si se cuestiona la existencia del objeto mismo, no habría qué fragmentar, y por lo tanto el miedo a la fragmentación es simplemente un resumen conceptual vacío.

Esta presunción de coherencia, conlleva a afirmar que la CDI realiza una operación de hermeneutización en su afirmación sobre la naturaleza sistemática del DI. Respondiendo

²²⁴ La noción de sistema designa un “conjunto cuyos elementos no se agregan por azar sino que constituyen un orden, de tal manera que están vinculados unos con otros y al conjunto mismo por determinados lazos que no permitirían analizar uno de estos elementos sin analizar el conjunto”



a su propia interpretación asume la premisa de que los regímenes autónomos no afectan la unidad del orden jurídico, porque las “inevitables lagunas” se colman por el DI general y en caso de fallo del subsistema éstos, como Derecho especial, cuentan con los límites que le son propios, esto es, el *ius cogens*. Así, la unidad viene determinada por las normas secundarias de creación normativa y de sanción, lo que confirma la deriva formal del concepto de sistema.

Si la CDI hubiera aplicado las normas generales de hermenéutica del DI, habría afirmado que los conflictos normativos deberán resolverse aplicando el principio de armonización, en cuyo caso ante un conflicto entre una de las normas jerárquicamente superiores y otra norma de DI, esta última deberá interpretarse, en la medida de lo posible, de manera compatible con la primera, es decir, que las normas deben interpretarse de modo que den lugar a una serie de obligaciones similares. De no ser ello posible, prevalecerá la norma superior. Sobre la naturaleza y alcance de la Compatibilidad (“Complementariedad”), se puede decir que esta condición no afecta la jerarquía normativa, y que solo si existiera una contradicción evidente entre dos normas de igual rango y naturaleza con una imperativa, sería de obligatoria aplicación la norma *ius cogens*.

No existiendo relación jerárquica entre las principales fuentes de DI, es decir tratados, costumbre y principios generales del derecho, la armonización e interpretación entre distintas normas debería realizarse conforme a la siguiente pauta hermenéutica: las diferentes normas internacionales no deben ser puestas en pugna entre sí, sino que debe buscarse la manera de armonizarlas a todas (o ambas) a fin de que conserven igual valor y efecto. Es decir, que la “compatibilización” de las normas induce a una tesis armonizadora entre ellas, por lo que el intérprete deberá en lo posible amalgamar ambas normas, emitiendo repuestas jurídicas inspiradas en pautas de compatibilización y no de oposición.

Tomando distancia de la anterior interpretación, la CDI recurrió a la aplicación del principio de integración como salida, donde la sistematicidad del DI se asume como un postulado en sentido estricto, y a la vez como una cualidad inmanente del DI. Lo que resulta paradójico es que se denotan en el estudio los problemas que claramente contradicen esta afirmación, y que desvirtúan la naturaleza sistemática del DI, por ejemplo, la oposición entre



regímenes igualmente especiales que generan lo que la CDI califica de “agujero negro jurídico” de imposible solución desde el interior de cada uno de los sistemas especiales.

En efecto, como se ha puesto de manifiesto, entre las principales dificultades del criterio *Lex Specialis*²²⁵ está su inoperatividad respecto de instrumentos no conexos, “igualmente especiales” o entre distintas ramas.²²⁶ Empero para la CDI, se trata de un agujero no lo bastante amplio como para desmentir el postulado de la coherencia y de la integridad sistémica. Como bien lo denuncia Martín:

“Resulta, cuando menos, llamativo que la CDI califique al DI actual como un progresivo Derecho de regímenes especiales (sosteniendo una anómala equiparación entre regímenes internacionales funcionales y ordenamientos jurídicos soberanos y reconociendo enormes dificultades en la coordinación de éstos); para, al mismo tiempo, entender que su integridad no está severa ni significativamente amenazada”.²²⁷

Para la CDI por tanto, su interpretación sobre la sistematicidad, o bien sustenta la coherencia inmanente del sistema, o sencillamente es una aplicación defectuosa del principio de integración sistémica; pero lo que queda claro es que no se resuelve la duda, como tampoco propone los instrumentos idóneos para solventarla. Como lo denota Singh, no se define en la tensión interna que sostiene entre la contextualidad y la previsibilidad sistémica, y demuestra su incapacidad para ir más allá de un formalismo legal clásico.²²⁸

²²⁵Éstas se basan en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante CVDT), específicamente en los artículos 30 y 31, 3, c), o sea la norma conflictual *lex posterior* y el principio interpretativo de la integración sistémica. Asimismo, y en muy buena medida, en la regla *lex specialis*, que, si bien no se encuentra plasmada en la CVDT, forma parte del DI, ya sea como costumbre o como principio general, y ha sido reconocida expresamente por la Corte Internacional de Justicia.

²²⁶En absoluto se trata de un problema sin fundamento: se debe retener que la Ciencia Jurídica concibe el sistema bien como conjunto distributivo, bien como conjunto agregado; y ambas concepciones conllevan lógicas distintas para la eliminación de contradicciones normativas –lógica de conjuntos y mereología, respectivamente– MARTÍN, Pablo. Paradigmas del Derecho Internacional, *op cit.*, pp. 95-105.

²²⁷ *Ibidem*.

²²⁸ SINGH, Sahib. The potential of international law, *op. cit.*, p. 25.



Claramente, el estudio oscila entre la polaridad de los enfoques dicotómicos del constitucionalismo y el pluralismo legal, mientras intenta encontrar un espacio en medio de los dos. En efecto, se pueden percibir pinceladas entrelazadas entre el constitucionalismo, y hacia la corriente del pluralismo jurídico, cuando la CDI plantea cómo los regímenes especiales son beneficiosos porque permiten tomar en cuenta de manera asertiva las particularidades de la materia a la que se refieren, lo regulan más eficazmente que la ley general y pueden seguir más de cerca las preferencias de sus miembros.²²⁹

Más bien, lo que se identifica es que el Informe evita un “constitucionalismo arquitectónico” al pedirle al operador jurídico que construya “las reglas, métodos y técnicas para lidiar con tales colisiones (entre normas y regímenes)”.²³⁰

Su objetivo es allanar un camino intermedio entre la coherencia y el pluralismo al permanecer basado en un constitucionalismo “formal” o derivado éticamente. Lo que se puede identificar claramente es que tal constitucionalismo ilustrado y éticamente impulsado es un enfoque que busca la línea media entre los positivistas europeos tradicionales y los liberales contemporáneos. El Informe, habiendo aceptado que la unidad “es en cierta medida una ficción, una ficción evaluable, y una que debe ser apreciada, pero una ficción”, y que privilegia la coherencia sistémica y el lenguaje de la previsibilidad sobre la jerarquía rígida, claramente busca calmar a ciertos académicos liberales. El constitucionalismo formal y éticamente derivado del Informe es más bien un intento de reflejar la construcción sociológica de Koskenniemi de la “mentalidad constitucionalista en funcionamiento”.

²²⁹ Este reconocimiento concuerda con ideas del mismo Koskenniemi, quien dirigió los trabajos del estudio, cuando ya había alertado previamente en “*From Apology to Utopia*”, sobre las causas de fondo de la proliferación de normas particulares, como un síntoma de que la generalidad de la costumbre y los principios no favorece la capacidad de respuesta del DI ante la realidad que busca regular respecto a su contexto social. Es así como para algunos, el fenómeno de la fragmentación lejos de visualizarse como un problema, constituye en sí mismo una solución y su idoneidad reside en que permite a la disciplina responder de manera más certera al dinamismo y requerimientos propios de los tiempos globales. KOSKENNIEMI, Marti, *From Apology to Utopia, op. cit.*, pp. 303-387.

²³⁰ Informe CDI, A/CN.4/L.682, párr. 500.



Para concluir, todas estas ansiedades manifestadas desde la postura crítica por Singh, son compartidas por Martín cuando de manera sintética concluye sobre las causas intrínsecas del debate en los siguientes términos:

“De un lado, el sistema, como hemos visto, manifiesta su querencia por la racionalidad técnica, desproveyendo al Derecho de su poder contestatario y, por ende, favoreciendo la conservación del *statu quo* jurídico, como reflejo de la distribución material de valores hecha por el poder político. No deja de ser significativo que el enfoque estructural formal termine por conducir la unidad del orden internacional a una institución como la contramedida. De otro, el hecho de que sin un contenido definido y sin verificación empírica o, aún peor, con claros problemas de falsabilidad en sentido popperiano, la comunidad científica internacionalista se apegue al sistema y lo sostenga, da pruebas de su naturaleza de premisa paradigmática, si es que no de la existencia de un verdadero paradigma más instrumental que sustantivo anclado sobre la noción de sistema, paradigma cuya renovación asegura el debate sobre la fragmentación del DI”.²³¹

3.1.3.3. Otra Problematización de la fragmentación

Desde esta perspectiva, se argumenta que la insistencia en considerar la dimensión formal del DI tiene, además, el objetivo de proporcionarle autonomía respecto al poder y a la moral. Inclusive en ello coinciden corrientes críticas que alertan contra las pretensiones instrumentalistas de convertir al DI en un mero dispositivo del poder o de la moral para la satisfacción de intereses particulares, y se considera que deben ser contrarrestadas a través de la cultura del formalismo.

Lo que parece suceder cuando la CDI asume ciertas premisas para el DI, es lo que se erige como instrumentalismo. Para explorar este presunto paradigma instrumental que ya se anticipaba en la tensión formalismo-instrumentalismo, se recurrirá a ciertos conceptos retomados de Bourdieu vertidos en su artículo sobre la fuerza de la ley, que inicia con una

²³¹ MARTIN, Pablo. *Sistema, fragmentación y contencioso internacional*, op. cit., p. 488.



frase que parece explicar el sentido del trabajo de la CDI: “*Da mihi factum, dabo tibi jus,*” dame los hechos y te daré la ley.²³²

Este reconocido sociólogo se planta en medio de la disputa entre el formalismo y el instrumentalismo donde el primero, según su juicio, afirma la autonomía absoluta de la forma jurídica en relación con el mundo social, como bien lo propone su máximo exponente Kelsen, y por otro lado el instrumentalismo, que concibe el derecho como reflejo directo de las relaciones de poder social existentes, en las que se expresan las determinaciones económicas y, en particular, los intereses de los grupos dominantes: es decir, como un instrumento de dominación. Aunque Bourdieu se identifica más con el último, se distancia en un planteo que bien vale la pena rescatar para el DI.

Como ya se explicó en la reflexión sobre la tensión instrumentalismo-formalismo, se resume de manera breve la postura del reconocido sociólogo, cuando registra que los estructuralistas que han defendido el instrumentalismo, han caído en la omisión de ignorar la estructura de los sistemas simbólicos y, en este caso particular, la forma específica del discurso jurídico. Habiendo reafirmado ritualmente la “autonomía relativa” de las ideologías, estos pensadores descuidan la base social de esa autonomía, las condiciones históricas que surgen de las luchas dentro del campo político, el campo del poder, que debe existir para una sociedad autónoma (es decir, legal) para que surja el universo y, a través de la lógica de su propio funcionamiento específico, produzca y reproduzca un *corpus* jurídico relativamente independiente de la restricción exterior.²³³

Como ya se había mencionado, para Bourdieu, la propuesta consiste en distinguir este orden simbólico del orden de las relaciones objetivas entre actores e instituciones que compiten entre sí por el control del derecho a determinar la ley. En ausencia de tal distinción, no es posible entender que, mientras que del campo jurídico deriva el lenguaje en el que se expresan sus conflictos, el campo jurídico también es desde donde se ofrece el principio de

²³² BOURDIEU, Pierre, *The force of law, op. cit.*, p. 814.

²³³ *Ibidem.*



su propia transformación en luchas entre los intereses objetivos asociados con las diferentes perspectivas. De ahí el valor de comprender la justa dimensión de la interpretación de la CDI.

Para resolver la tensión entre el formalismo y el instrumentalismo, lo que visualiza Bourdieu es que resulta imposible concebir concretamente el universo social específico en el que se produce el derecho y en el que ejerce su poder cuando se sitúa la ley solo a nivel de sus fuerzas históricas. Hay que superar esa ideología formalista que asume la independencia de la ley, pero con la salvedad de no caer en la concepción instrumentalista contraria.

Se rescata en Bourdieu su señalamiento sobre las relaciones objetivas entre actores e instituciones que compiten entre sí por el control del derecho a determinar la ley, fenómeno que se presenta reiteradamente cuando se hace énfasis en el rol de las instituciones internacionales y las formas de fortalecerlo. La propia CDI funge como institución que está estableciendo una medida de control sobre el DI al dar su interpretación sobre el valor de los regímenes especiales, y la manera de solventar las inevitables inconsistencias que representan dentro del sistema del DI.

3.1.3.4. La fragmentación como epifenómeno de la globalización

Bajo esta nueva propuesta de análisis bien valdría convocar la perspectiva de problematización sobre la fragmentación del DI propuesta por Teuber y Lazcano basada en la teorización social. En ella sugieren la necesidad de comprender el fenómeno de la disgregación del DI a partir de la subyacente fragmentación de la sociedad global en regímenes sectoriales diferenciados. Desde esta perspectiva, la colisión entre dichos regímenes requiere un replanteamiento no tanto de soluciones, pues entienden que el fenómeno es irreversible, sino más bien un análisis en cuanto a los instrumentos de gestión y la compatibilidad normativa entre regímenes.

Con esta propuesta, no solo se trata de ponerse en buenos términos con la pluralidad y la diversificación de contenidos, como fue el sentido impreso en la conclusión de la CDI, sino asumirlo como inevitable y emprender un análisis de sus implicaciones para plantear la solución. Bajo esta teoría de corte pluralista, se le da un nuevo sentido estructural a los



sistemas especiales cuando proyecta la teoría de los sistemas de Luhmann al ámbito del DI. A través de ella, se propone una nueva comprensión de la “sociedad global diferenciada” que, con una visión policéntrica de la globalización, coloca la fragmentación legal bajo una luz diferente.

De hecho, al inicio de su análisis reconocen en Luhmann una suerte de carácter profético, porque es difícil encontrar casos en la ciencia jurídica donde se logre hacer predicciones que se confirman con el tiempo. Luhmann desde 1971 anticipó la futura fragmentación jurídica, especulando con que el derecho global experimentaría una fragmentación radical, no a lo largo de líneas territoriales, sino sociales. Con esto le imprimen a estos sistemas la dimensión social que Bourdieu identifica claramente en los regímenes que se distinguen en su dimensión tanto funcional como regional, destacando la función especializada que asumen en la sociedad.²³⁴

La relevancia de la función radica en la transformación que se observa de las expectativas normativas (política, moralidad, derecho) hacia las expectativas cognitivas (economía, ciencia, tecnología); que tendría lugar durante la migración de sociedades organizadas nacionalmente hacia sociedades globales. En este escenario, los conflictos que predominan ya no son entre Estados, sino entre grupos de normas de diferentes sectores sociales globales.

Estos subsistemas o regímenes autónomos, son descritos por Rodiles como conjuntos de mecanismos que se salen por completo, no solo del sistema del DI, sino también del derecho en general, dado que generan una serie de normas no vinculantes a escala global mediante instancias de toma de decisión informales, flexibles y excluyentes.²³⁵

²³⁴ Teubner propone un constructivismo epistemológico que implique al sujeto en la observación del objeto, que incite a superar la separación de sujeto y objeto para entrar en el concepto de distinción de los mismos. Las percepciones jurídicas de la realidad son construcciones realizadas por el derecho como sujeto epistémico autónomo, por tanto, los individuos no crean derecho como algo natural, sino que, es el derecho como proceso comunicativo el que produce, mediante operaciones jurídicas los actores humanos como artefactos semánticos.

²³⁵ RODILES, Alejandro, *op. cit.*, p. 377.



Aunque se podría argumentar desde la teoría social de sistemas que, en la medida que estos “regímenes” se encuentran fuera del sistema, no generan conflictos con las normas del mismo, la realidad es que estos mecanismos de regulación global presentados en la forma de estándares, recomendaciones y guías de conducta en el DI y transnacional, que son objeto de estudio del derecho administrativo global, han sido considerados como serias amenazas a la coherencia y estabilidad del orden jurídico internacional. También han sido señalados como un mecanismo para la instrumentalización de la ley mediante la creciente especialización que crea una dependencia en operadores jurídicos que pueden interpretar su significado y operación.

Estos “mecanismos amorfos de regulación global” son aquellos a los que se refiere la CDI en su informe final sobre fragmentación, al mencionar los nuevos tipos de “derecho mundial” que pueden estar surgiendo fuera del ámbito del DI estado-céntrico.²³⁶ Ya la CDI los distingue de los demás regímenes especiales de derecho y los ubica dentro del fenómeno de la fragmentación, es decir, les atribuye propiedades fragmentarias.

Es precisamente, a través del aporte de la teoría de sistemas, que Teubner *et al* logran identificar estos sistemas autónomos que están emergiendo con una clara diferenciación funcional y dinámica, y logran vislumbrar a partir de ello, la causa de los nuevos peligros que afrontan las personas, la naturaleza y la sociedad materializados en la degradación ambiental, la sub-provisión social y las marcadas discrepancias en el potencial de vida y desarrollo.²³⁷

Con su argumentación, plantean cómo estos problemas son provocados por los sistemas funcionales fragmentados y operacionalmente cerrados de una sociedad global, que, en su fervor expansionista, crea los problemas reales de la sociedad global, y que al mismo tiempo hace uso de la ley global para garantizar su seguridad normativa. Sin lugar a dudas, están identificando el uso instrumental de la ley que denuncian las corrientes de la teoría

²³⁶ A/CN.4/L.682, párr. 490.

²³⁷ Proponen una nueva manera de explicar los problemas globales actuales a nivel de los mercados financieros mundiales, los fondos de cobertura, la especulación financiera, las patentes farmacéuticas, el comercio de drogas, la clonación reproductiva.



crítica. Resulta interesante e innovadora la manera en que plantean la relación entre la fragmentación y esta instrumentación jurídica. Mientras que para muchos otros el fenómeno de la fragmentación va siempre acompañado de una postura bien sea en favor o en contra, sus planteamientos más allá de denunciar el fenómeno, intentan asumirlo como una realidad internacional y proponer alternativas ante los “retos”, más que problemáticas que impone. Para establecer una posible solución al fenómeno de la fragmentación, se basan en el análisis de tres hipótesis. Resulta relevante reproducirlas de manera textual:

1. La fragmentación del derecho global es más radical de lo que cualquier perspectiva reduccionista individual (legal, política, económica o cultural) puede comprender. La fragmentación legal es simplemente un reflejo efímero de una fragmentación más fundamental y multidimensional de la propia sociedad global.
2. Cualquier aspiración a una unidad normativa del derecho global está, por lo tanto, condenada desde el principio. Un meta-nivel en el que los conflictos pueden resolverse es totalmente difícil de alcanzar tanto en el derecho global como en la sociedad global. Por el contrario, se anticipa una fragmentación legal aún más intensa.
3. La fragmentación legal no puede ser combatida en sí misma. En el mejor de los casos, se podría lograr una compatibilidad normativa de sus fragmentos. Sin embargo, esto depende de la capacidad para establecer una red de lógica jurídica que pueda lograr un acoplamiento menos estricto de las unidades en colisión.²³⁸

Esta crítica encuentra un carácter reduccionista en las visiones que hasta ahora habían sido verdaderas sobre el fenómeno en estudio. La discusión se está convirtiendo en un distractor del verdadero motivo de las antinomias que resultan a partir de los conflictos subyacentes entre las políticas aplicadas por diferentes organizaciones internacionales y regímenes regulatorios. Entre más se insista en reivindicar el rol de dichas instituciones internacionales, mayor será la fragmentación.

²³⁸ TEUBNER y Lazcano, *op. cit.*, p. 1004.



El reduccionismo aludido consiste en no comprender que las antinomias entre las normas legales son simplemente un reflejo de las estrategias seguidas por los nuevos actores colectivos dentro de las relaciones internacionales, que persiguen “intereses especiales” impulsados por el poder, sin referencia a un interés común y dan lugar a drásticos “conflictos en las políticas”.²³⁹

Ante este escenario, resulta una visión reduccionista confiar en las fórmulas doctrinales de la unidad jurídica, o el ideal teórico de una jerarquía de normas, o la institucionalización de la jerarquía jurisdiccional, que se desarrollaron todos dentro de los Estados nacionales, como medios adecuados para evitar tales conflictos. De manera alternativa, la única perspectiva posible para lidiar con tales conflictos de políticas es la politización explícita de las colisiones de normas legales a través de mecanismos de poder, negociaciones entre actores colectivos relevantes, debate público y decisiones colectivas.

Para Teubner ya estamos siendo testigos de un proceso de auto-constitucionalización de los ordenes globales sin Estado, y los subsistemas de la sociedad mundial están comenzando a desarrollar sus propias normas jurídicas.²⁴⁰ Por tanto, es necesaria la aceptación de la existencia de muchos y diversos grupos normativos en el sistema internacional; estos espacios legales deben ser reconocidos en su coexistencia como superpuestos, interconectados e interrelacionados.²⁴¹ Al registrar la coexistencia de sistemas jurídicos diferentes en un mismo espacio-temporal, está negando el monopolio jurídico por parte del Estado y, por otro lado, aceptando la descentralización del derecho estatal. De esta forma, se establece un caleidoscopio jurídico con un espectro que incluye, tanto el clásico “derecho duro” de los Estados (por ejemplo, leyes y tratados internacionales), como formas ya descritas de “*soft-law*”.

²³⁹ *Idem.*, p. 1007.

²⁴⁰ TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, OUP 2012.

²⁴¹ IANNELLO, Pablo. Pluralismo jurídico. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NÚÑES VAQUERO, Álvaro. (Eds.). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, 2015. V. 1. Retraído de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875>. Acceso el: 1 agosto 2017.



La conclusión de Teubner es que, aunque se procure encontrar una fórmula para atenuar las antinomias jurídicas, lo que si queda claro es que la fragmentación es un fenómeno que no se puede revertir, y los yerros de diferenciación nunca se pueden deshacer. En otras palabras, sentencia que el mundo jurídico internacional ha recorrido ya un camino sin retorno.²⁴²

3.1.3.5. La fragmentación como táctica o estrategia de poder

Dentro de la misma línea discursiva, y puntualizando el análisis anterior, Benvenisti y Downs han hablado sobre las denominadas “tácticas de fragmentación”, denunciando su utilización como una estrategia de poder desplegada por parte de los Estados más poderosos, y destinada a conservar el control internacional.²⁴³

En clara oposición a los teóricos iusinternacionalistas que han minimizado la inquietud sobre la fragmentación, otro sector de la doctrina la ha visualizado como parte de las estrategias por parte de Estados poderosos para preservar su poder y mantener a los Estados débiles aislados. Describen la manera en que se implementa la estrategia para limitar sus posibilidades de coordinación política a través de acuerdos detallados en entornos multilaterales, asegurándose de dificultar el que sean renegociados o enmendados significativamente en el futuro cercano. Ante la posibilidad de que, a pesar de los obstáculos los Estados más débiles tengan éxito en alterar el carácter de una institución preestablecida o un acuerdo particular para que refleje mejor sus intereses, los Estados poderosos recurren a la cuarta estrategia de retirarse, como ahora es más comúnmente el caso, cambiar a otro lugar de competencia. Tácticas como la compra de foros y el cambio de régimen, y la aparente ausencia de diseño del sistema legal internacional, permiten a los Estados poderosos trasladar las consecuencias de sus acciones al DI.

En el caso de la migración, sucede que la mayoría de los Estados receptores de migrantes parecen preferir desarrollar la cooperación internacional en el área de la migración

²⁴² FISCHER–LESCANO Y Teubner, *op. cit.*, p. 1017.

²⁴³ BENVENISTI, Eyal y Downs, George W., "The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law", *Stanford Law Review (SLR)*, vol. 60, 2007, pp. 595–631.



a través de procesos consultivos regionales informales en lugar de acuerdos formales. Muchos de ellos en vez de recurrir a instituciones establecidas o a foros y mecanismos formales, en los cuales habría que enfrentarse a difíciles y tardadas negociaciones multilaterales, prefieren acuerdos políticos *inter se* y *ad hoc*. Caso por caso, se decide si y en qué medida otros Estados son invitados a participar, pero independientemente de ello, las decisiones allí tomadas deben llegar a todos los destinatarios necesarios. Precisamente, es la estrategia de los países receptores en el caso de la migración, y queda confirmado con el hecho de que, por ejemplo Estados Unidos se opuso abiertamente a la propuesta de las Naciones Unidas recientemente adoptada por muchos denominada “Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular”, como se verá a mayor detalle en el estudio de caso.²⁴⁴

Por último, la estrategia denominada como “bilateralismo en serie” consiste en negociar y celebrar una serie de tratados específicos y limitados, preferentemente bilaterales lo que constituye en el fondo una táctica de poder. Los acuerdos bilaterales promovidos por países receptores, son en la actualidad, orientados al control migratorio, al combate de las “migraciones ilegales”, y de la trata de personas y tráfico de migrantes. Funcionan sobre la base del principio de “responsabilidad compartida”, que implica el involucramiento de gobiernos de origen o tránsito de las migraciones donde se acepta colaborar con los objetivos y las políticas de los países receptores.

Este bilateralismo en serie se puede constatar mediante la enorme cantidad de acuerdos en el tema migratorio como una expresión de esta táctica de fragmentación; siendo éste el caso de países que no consideran dentro de sus intereses formar parte de tratados internacionales, especialmente en el tema de la migración o la protección de los derechos humanos.

²⁴⁴ El propósito de este Pacto Mundial, que fue asumido mediante una resolución de la Asamblea General de la ONU, tras la Conferencia Intergubernamental de Marrakech de diciembre de 2018, es “mitigar los factores adversos y estructurales que impiden que las personas puedan labrarse y mantener medios de vida sostenibles en sus países de origen” (Asamblea General de la ONU, 2018: 4-5). De los 23 objetivos contenidos en el Pacto, al menos 13 (los objetivos 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 21 y 22) tienen que ver con la seguridad y las políticas de contención del flujo migratorio. *Idem.*, p. 7-8.



Se han identificado como parte de esta estrategia, los mecanismos jurídicos que ya se han mencionado bajo el concepto de *Soft-law*, y que conforman una serie de normas no vinculantes a escala global mediante instancias de toma de decisión informales, flexibles y excluyentes. Como se analizará a mayor detalle adelante, se trata de los instrumentos normativos informales, estándares, recomendaciones y guías de conducta, que dentro del ámbito del *iuspositivismo* y el formalismo aparecen como estructuras rebeldes a toda sistematización, considerándolo como una seria amenaza a la coherencia y estabilidad del orden jurídico internacional.

3.1.4. El problema de la fragmentación en el DIM

Se recogen a continuación los aportes doctrinales, a través de los cuales se planteó la inquietud sobre el probable paradigma instrumental que se ha constituido en torno al DI, para ahora, a la luz de las conceptualizaciones arriba vertidas, analizar la fragmentación en la legislación migratoria internacional.

Como punto de partida, es relevante la contextualización del problema: la mundialización ha repercutido en el alto grado de especialización y celebración de tratados a nivel multilateral en el plano internacional. Es necesario establecer si este fenómeno ha tenido efectos en la legislación internacional de las migraciones, y cuáles han sido sus repercusiones.

Lo que hasta ahora ha precisado la doctrina sobre el tema es que la fragmentación y la dispersión se han constituido como obstáculos para alcanzar un enfoque coherente e integral propio, en un solo cuerpo de legislación que lo sostenga como una rama del DI. La dispersión no le ha permitido consolidarse como un sistema jurídico autónomo con un marco jurídico coherente, porque sus contenidos se disgregan en una amplia gama de principios y normas pertenecientes a numerosas ramas del derecho que contienen instrumentos aplicables a la migración: derecho de los derechos humanos, derecho mercantil, derecho humanitario, derecho laboral, derecho de los refugiados y derecho marítimo.²⁴⁵ Probablemente favorezca

²⁴⁵ CHETAIL, Vincent. *The transnational movement of persons under general international law* – *op.cit.*, 2014, p. 1.



el análisis la distinción entre la fragmentación sustantiva y la institucional, para lograr diferenciar un fenómeno del otro y entender claramente como se influyen mutuamente.

3.1.4.1. Fragmentación Sustantiva

¿Qué es el DIM, o en qué aspira consolidarse? ¿Se trata de un régimen especial, o constituye un régimen autónomo? Se hace necesario explorar desde el ámbito estructural, si las normas identificadas como dispersas se constituyen o no en un régimen especial. El concepto de régimen autónomo alude a un conjunto de normas que es distinto del resto del material jurídico propio del DI, mientras que los regímenes especiales forman parte del DI, compuesto, por un lado, de normas generales sobre creación, modificación y derogación, así como de principios fundamentales de ese orden (su base axiomática), y, por el otro, de una serie de subconjuntos (subsistemas) de normas que regulan asuntos en particular. Es equiparable a hablar de derecho constitucional y derecho(s) administrativo(s) en el contexto estatal.

Por tanto, el DIM es un régimen particular especial porque se considera que forma parte del DI “común” o “general”. La existencia de un DI particular no significa que las normas que lo integran se encuentren aisladas del DI general. Los acuerdos parciales o particulares reciben su fuerza obligatoria por referencia a normas o principios generales (válidos y obligatorios) exteriores a él y que son de aplicación supletoria. El DI general siempre se encuentra subyacente tras las normas y regímenes particulares.

Siguiendo esta línea argumentativa, su característica dispersión normativa, en términos de la CDI, no vulnera la seguridad jurídica, la previsibilidad del derecho y la igualdad de los sujetos jurídicos, porque los desafíos que representa su arquitectura pueden ser superados mediante normas conflictuales, y la llamada *Lex Specialis*. Esto si se considera el DIM como “conjunto interrelacionado de normas primarias y secundarias”, es decir, de la unión de obligaciones especiales con reglas, también especiales, que regulan las consecuencias de la violación de las primeras.

Los regímenes autónomos se refieren a una distinción de grado, con lo cual la CDI en



su estudio quiso enfatizar la existencia de regímenes cuyo mayor grado de autonomía es respaldado por un tratamiento diferenciado en la doctrina. Así, se habla de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, o de Derecho Comercial Internacional, a los que se les atribuyen principios propios y que los tribunales especializados, en su afán de defender la racionalidad de los tratados que los crearon, hacen suyos o desarrollan.

El considerar que el DIM no constituye un régimen autónomo, pero sí un “subsistema” adherido al sistema, asume las normas generales sobre la constitución (creación) del mismo, así como sobre su disolución parcial (sucesión), y, en última instancia *pacta sunt servanda*. Aún cuando se deje de lado la aplicación del Derecho general, estas normas generales no lo invalidan, y su libertad es sólo relativa, ya que sus fallas y lagunas, es decir, las limitaciones propias de su especificidad, hacen que recurran de manera supletoria al DI general.²⁴⁶

La crítica de la doctrina se ha concentrado en evidenciar una estructura errática como la principal limitante, y subrayar su inquietud en consolidarlo como un régimen autónomo que logre superar la dispersión y amalgama de normas, que en últimas desalienta su comprensión y la coherencia de su aplicación.²⁴⁷ Para los críticos del DIM, a pesar de que ya existen muchas normas relevantes aplicables en su conjunto, lo que inquieta es la brecha en el marco de protección para los migrantes vulnerables por que se denuncia una falta de orientación clara sobre la aplicación de las normas de derechos humanos. Esta limitante enfrenta, precisamente, un problema sobre cómo deben interactuar los sistemas de regímenes especiales con la ley general, y cómo tanto las normas generales como las secundarias, son obligatorias para los Estados. Las normas secundarias al ser más específicas que las generales se someten al principio de *Lex Specialis*. En cuanto a la defensa de los migrantes que no están cobijados por otras normas especiales, serán objeto de las normas internacionales más generales y de los principios del DIM, todas vinculantes para todos los Estados en su calidad

²⁴⁶ De acuerdo con la CIJ se recurre al régimen de derecho general una vez que sus normas y mecanismos de solución de controversias se han mostrado inapropiados (“*where treaty regimes do not exist or have proven inoperative*”).

²⁴⁷ CHETAIL, V., *Sources of International Migration Law*, *op. cit.*, p. 90.



de derecho consuetudinario.

3.1.4.2. Fragmentación institucional

La fragmentación sustantiva se encuentra estrechamente vinculada a la fragmentación institucional. El rol que juegan las instituciones internacionales en el tema de la migración estriba en adelantar la promoción del DIM, entendido como una serie de normas jurídicas que restringen, regulan y canalizan la autoridad del Estado en el ámbito de la migración.

La Organización Internacional para las Migraciones (OIM), fungiendo como gestor a nivel internacional para la aplicación de estas normas, pretende fijar límites a las autoridades tradicionales de los Estados en materia de migración, basado en los compromisos y las responsabilidades de cooperación transnacional. Con ello sostiene el predominio del DI sobre el derecho interno.²⁴⁸ Se entiende como función de la OIM lograr el reconocimiento de los derechos humanos de los migrantes, promoverlos y protegerlos en el ejercicio de la soberanía del Estado.

De manera reiterada, se han diagnosticado debilidades del DIM a nivel operacional, que impiden la protección de determinados grupos de migrantes irregulares en situación de vulnerabilidad, que de hecho constituyen la gran mayoría de las personas en situación de movilización internacional. Se ha considerado que a través de enmiendas operativas se puedan solventar estas limitaciones sin asumir reflexiones de fondo, y por el contrario, concentrándose solo en las estructurales.

Esta apuesta por la corrección de las limitaciones en la operatividad fue realizada en el 2008, cuando ACNUR²⁴⁹ trató el tema denotando que las fallas técnicas se manifiestan en la ausencia de una clara división de responsabilidad entre las organizaciones internacionales.

²⁴⁸Organización Internacional para las migraciones, Derecho Migratorio Internacional, Suiza, Retraído de: <http://www.iom.int/jahia/about-migration/migration-management-foundations/international-migration-law/cache/offonce/lang/es>], enero del 2009.

²⁴⁹*Idem.*, p. 11. Traducción propia del autora. “Countries of destination and transit currently lack guidance in how to interpret and fulfil their human rights obligations towards vulnerable migrants. States are therefore often left to define their own standards based on their own interpretations of legal norms, often in ways that lead to significant public scrutiny and criticism”.



Se argumentó que los Estados lo resienten en la falta de una fuente claramente definida de apoyo institucional para garantizar la protección de los migrantes vulnerables. Por lo tanto, Betts observa como consecuencia que:

“La práctica actual consiste en que sean los Estados quienes definan sus estándares y normas internas basándose en sus *propias interpretaciones de la normatividad internacional*, que en ocasiones resultan en interpretaciones que conducen de forma desafortunada a críticas y al escrutinio público”.²⁵⁰

Para explorar la argumentación, el problema que inquieta a Betts, en términos de la protección de los migrantes más vulnerables, consiste en una falta de división clara de la responsabilidad entre las organizaciones internacionales para la protección de los migrantes vulnerables, haciendo énfasis en el nivel operativo. Estas brechas plantean problemas porque conducen a necesidades de protección no satisfechas, y a una falta de orientación para los Estados sobre cómo responder a estas necesidades de protección.

Como ya se había comentado, desde 2005 Naciones Unidas había generado un grupo institucional de alto nivel encargado promover la aplicación de los instrumentos internacionales, universales y regionales, relativos a la inmigración. El objetivo se centraba en favorecer un marco de gestión más coherente, comprensivo y mejor coordinado, una vez más poniendo el acento en la coherencia y la coordinación técnica. De manera precisa, se ha identificado que la remodelación de la “arquitectura institucional” es el vehículo para lograr la denominada “governabilidad migratoria”.²⁵¹

Es a través de la conclusión de este informe que se hacen recomendaciones sobre la normatividad internacional en materia migratoria en los siguientes términos:

“El marco jurídico y normativo que afecte a los migrantes internacionales debe

²⁵⁰ *Ibidem*.

²⁵¹ ALBA, F. *El Informe de la Comisión Mundial sobre Migraciones Internacionales*, CONAPO, 2010.



ser fortalecido, implementado de manera más efectiva y aplicado de forma no discriminatoria a manera de proteger los derechos humanos y las normas laborales que deberían ser disfrutados por todas las mujeres y hombres migrantes. Respetando las disposiciones de este marco legal y normativo, los Estados y otras partes interesadas deben abordar problemas de migración de una manera más coherente”.²⁵²

El mensaje implícito es que la normatividad está bien en su estado actual y el problema se encuentra solo a nivel de su implementación. De ahí el que se hayan concentrado los esfuerzos en generar directrices operativas. No obstante, es un hecho que los esfuerzos a nivel internacional por subsanar estas limitantes que han sido identificadas y diagnosticadas, no se han traducido en avances importantes y los problemas persisten: “En la actualidad proliferan flujos masivos de seres humanos cuyo viaje apenas está regulado, y mucho menos coordinado, por el DI”.²⁵³ Por lo tanto, lo que ha sido reducido a un problema meramente técnico surgido de manera natural con el aumento de la actividad jurídica internacional, no ha logrado ser controlado mediante medidas de racionalización técnica y coordinación. Muy probablemente, como ya se ha venido anticipando, el diagnóstico estuvo mal formulado.

Para realizar un aporte desde otra perspectiva en la elaboración del análisis, bien vale la pena recurrir al pluralismo desde una versión más crítica. Un enfoque de regímenes implica una tecnificación de los problemas globales. Como lo anticipó Koskenniemi: “La llamada interacción de regímenes sería entonces parte de un viraje hacia la gestión que resalta la naturaleza técnica de los problemas sociales, dando a la eficiencia un valor predominante y reduciendo el tema a un enfoque de problema-solución”.²⁵⁴ El DI pasa a ocupar una función meramente instrumental, y se omite una reflexión sobre el dilema ideológico clave de la ciencia jurídica, a saber, la lucha entre política y técnica, entre poder y reglas.

²⁵² *Ibid.*, p 33.

²⁵³ RAMJI-NOGALES, J. *Op. cit.*, p. 626.

²⁵⁴ KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties. *Leiden Journal of International Law*. 15, 2002, p. 553 - 579.



Sostener la discusión sobre la ineficacia de un sistema centrándose en la interacción de regímenes transmite la falsa idea de que la coordinación entre regímenes asegura el buen funcionamiento del todo. Esto se debe, en particular, a que el ejercicio de coordinación requiere evaluación y jerarquía, en cuyo caso, algunas preferencias serán subordinadas a otras. En este punto, la única diferencia con la teoría constitucionalista es que ésta construye, o aspira construir, reglas que determinen el alcance o la asignación de autoridad entre diferentes sistemas jurídicos, por medio de instituciones o constituciones.

Otro aspecto relevante que debe ser tenido en cuenta con respecto al problema de la fragmentación institucional, es el reconocer que a través de ésta como estrategia, se puede implementar de manera más eficiente la gobernanza global. De ahí el significado de lograr la coordinación y fortalecer el papel institucional frente al comportamiento de los Estados en el tema de la migración. Precisamente se argumenta que es a través del desarrollo de la gobernanza y de la gestión migratoria a través de las instituciones, que se materializa el instrumento técnico-administrativo para suplir esa reiterada denuncia sobre la insuficiencia y ambigüedad jurídica internacional en el tema.

3.1.4.3. Reflexiones: La obsesión con la coherencia y con el concepto de sistema

Dentro del debate disciplinario en la teoría jurídica se puede percibir lo que Singh identifica como un “deseo patológico por la coherencia”. De acuerdo con él, la coherencia, hoy, “tiende a representar pretensiones, afirmaciones insostenibles de conocimiento y autoridad, y el ejercicio inaceptable del poder”.²⁵⁵

Lo que hay implícito en esta obsesión es un deseo por racionalizar. Está íntimamente relacionado con las diferentes nociones de consistencia, determinación y orden, obedeciendo a una intención de resolver las contradicciones, descartar conflictos, y privilegiar regularidades. Funcionan como parte de una epistemología común que ha sido una fuerza poderosa en la filosofía occidental moderna. El concepto de coherencia está tan arraigado que ha estructurado el pensamiento sobre el razonamiento jurídico desde Hart hasta Dworkin, posiblemente ha sido la base de la mayoría del pensamiento jurídico normativo

²⁵⁵ SINGH, Sahib. *Narrative and Theory*, op. cit., p. 313.



angloamericano. Este modelo supone un sistema legal coherente que contiene una secuencia consistente de valores, lo que permite que el razonamiento legal y la aplicación de reglas sean sistémicamente beneficiosos. De este principio se deriva la concepción del formalismo clásico que presupone la determinación y el núcleo de razón sistémico y unificador dentro del derecho. Igualmente, este concepto ha reforzado el ideal liberal de la función sistémica del derecho en la sociedad política y ha sido una importante influencia en la práctica del DI ante el fenómeno de la fragmentación.

Para Singh la obsesión con la coherencia surge de su asociación con el progreso en términos de orden, y de ahí se convierte en su símbolo. Precisamente, la teoría crítica advierte el carácter reduccionista como propio de la lógica del formalismo, cuando la rigurosidad de reglas cada vez más formales requiere un enfoque que no tiene en cuenta la complejidad de la realidad; ella es en sí misma contradictoria y conflictiva. El problema consiste en la falta de apreciación de la práctica del derecho. Defensores del positivismo como d'Aspremont, conscientes de esta crítica, han realizado esfuerzos por construir una teoría formalista que se sostenga al apreciar la práctica; se hace manifiesta la necesidad de reducir la realidad al formalismo, pero simultáneamente apreciar su complejidad. Ello se traduce en un esfuerzo por ajustar lo social a lo formal bajo el argumento de que las fuentes del derecho han tenido en cuenta la realidad.

En los temas migratorios que se caracterizan por su extrema multiplicidad, la realidad que impera en términos de negociación de tratados es que la mayoría de los Estados receptores de migrantes parecen preferir desarrollar sus acuerdos y negociaciones internacionales a través de procesos consultivos regionales informales; ante dicho escenario resulta entonces inoperante insistir en la integridad y coherencia de las normas. En esta línea, la corriente de internacionalistas que ve favorable la fragmentación manifiesta una postura pluralista cuando no se plantan a favor de insistir en la codificación y en la consolidación de un sistema unificado cerrado, y basado en normas y procedimientos comunes. Por el contrario, han sostenido que la fragmentación lejos de constituir un desafío a la estabilidad del DIM, es un reflejo natural de las dimensiones multifacéticas de la migración que no requiere ser corregido.



Probablemente la cuestión que subyace detrás de las críticas a las normas en migración consiste en una tensión ontológica-teleológica que existe entre el “ser” y el “deber ser” del derecho. Clama una nueva línea de análisis que requiere plantear un marco conceptual adecuado y pertinente para el DIM, incorporando un cuestionamiento profundo sobre las implicaciones del sistema. Se han presentado esfuerzos por plantear propuestas en este sentido como es el caso de Aleinikoff cuando, buscando la reivindicación de una noción de sistema que logre trascender el ámbito jurídico, sugiere consolidar “un sistema global de movilidad humana”²⁵⁶ en lugar de la gestión de la migración internacional o de una ley mundial de migración, como un salida viable a la dispersión y la falta de contextualización e integración del tema bajo el DI.²⁵⁷ Este sistema tiene afinidad con los subsistemas propuestos por Luhmann, y es esta línea que se analiza.

Para Aleinikoff es necesario cambiar al concepto de “movilidad” porque describe mejor el fenómeno que lo que hasta ahora se ha denominado “migración”. El autor considera que centrarse en el concepto de movilidad invierte la atención hacia cómo debe el Estado regular la migración dentro del objetivo de facilitar/organizar la movilidad humana, en lugar de concentrarse en la discusión sobre los mecanismos estatales de control y regulación a la agencia en torno a necesidades individuales. Asegura que esto puede llegar a solventar los dilemas en torno a una serie de cuestiones normativas que incluyen, por ejemplo, el derecho a salir y volver a ingresar en el Estado de origen, la adquisición de la ciudadanía y la doble nacionalidad, refugiados, desplazados internos y otros migrantes forzados.

Esta propuesta debe ir de la mano de una reflexión en torno al hecho de que, con frecuencia, el objetivo del manejo de los flujos migratorios, en términos de facilitar y organizar, viene estrictamente asociado a las propuestas de gobernanza donde se pueden identificar esfuerzos institucionales que sostienen que aumentar la ayuda a los países

²⁵⁶ ALEINIKOFF, Alexander. “Toward a Global System of Human Mobility: Three Thoughts”, *op.cit.*, pp. 24-28.

²⁵⁷ *Ibidem.*



expulsores servirá para “gestionar”, como el eufemismo de detener, los flujos migratorios internacionales.²⁵⁸

Lo que sí sería relevante plantear de manera directa y clara, es cuál es la función, o el objetivo que persigue la normatividad. La aspiración sería, contraria a todas las consideraciones de eficiencia que hasta ahora se han evaluado, que se tratase de cumplir con un ideal de solidaridad, con un objetivo humanitario, en el que el verdadero sujeto del derecho sea la persona migrante, y que constituya el fundamento de un nuevo orden global más hospitalario. Al fin y al cabo como ya se mencionó, las obligaciones de todos los Estados frente a sus ciudadanos en el extranjero son recíprocas. Entonces, la eficacia sería objeto de evaluación estrictamente en esos términos y no en otros. En virtud de ello, estaría entendida dentro de unos límites más profundos de los inicialmente pretendidos. Así, la coherencia de las normas internacionales está dada por la *ratio legis*, es decir, lo que justifica una norma jurídica, que en el caso de las normas que protegen a los migrantes como sujetos ante el DI debe consistir en el respeto a la autonomía y dignidad de la persona, y es a ello que debe atender más bien la obstinación, o como se le llamó, la obsesión con que el régimen internacional se presente de una manera coherente.

3.1.5. El uso instrumental de la *Soft-law*

El concepto de la denominada *soft-law* ya se ha introducido y se ha establecido cómo puede constituir en sí misma una táctica de poder, pero lo que resulta prudente explorar a mayor detalle es la forma en que se consolida su instrumentalización como estrategia de poder.

El concepto se vincula a los subsistemas y a los regímenes autónomos, en la medida en que éstos incluyen un conjunto de mecanismos que trascienden el sistema del DI cuando generan una serie de normas no vinculantes a escala global mediante instancias de toma de decisión informales y flexibles.

A la luz de la teoría social de sistemas, en la medida que estos “regímenes” como nuevos tipos de “derecho mundial”, se encuentran fuera del sistema, la *soft-law* no genera

²⁵⁸ CABRERA García, Ana Celsa *et al.* (Eds). *Migraciones Internacionales en el Siglo XXI*, *op.cit.*, p. 20.



conflictos con las normas positivas del mismo. Por el contrario, el derecho blando facilita la evolución progresiva del DI consuetudinario al presentar alternativas a la elaboración de leyes por medio de tratados en ciertas circunstancias, y en otras ocasiones los llega a complementar. Además al mismo tiempo, proporciona diferentes formas de comprender los efectos legales de los diferentes tipos de tratados.²⁵⁹

La realidad es que estos mecanismos de regulación global como estándares, recomendaciones y guías de conducta en el DI y transnacional, han sido vistos con recelo por sectores de la doctrina iusinternacionalista por ser considerados como serias amenazas a la coherencia y estabilidad del orden jurídico internacional. Sus propiedades fragmentarias son objeto de complejas discusiones doctrinales.²⁶⁰

Dentro del ámbito del DIM, precisamente la dificultad de avanzar en la legislación internacional migratoria ha favorecido la aparición de la ley blanda. Para sobreponerse a la necesidad del consentimiento como necesario para formalizar el derecho, la migración ha representado un campo fértil para la aplicación de la *soft-law*. Se ha convertido en un medio para facilitar la cooperación entre Estados y el diálogo internacional. Ha significado una fórmula para establecer mejores prácticas y principios no vinculantes, sin requerir conexión a las fuentes del DI.

A la vez que el DIM se ha consolidado como el área más promisoría y emblemática del uso instrumental de la llamada *soft-law*, la doctrina positivista ha manifestado gran preocupación al respecto y la polémica se ha desatado.²⁶¹ Quienes insisten en la necesidad de recurrir a la positivización y avanzar normativamente para enarbolar la concreción de la ley, se han visto rebasados por el creciente número de instrumentos de ley blanda. Ante esto han

²⁵⁹ BOYLE, Alan. *Soft-law in International Law-Making*, in International Law Fourth edition, Oxford University Press, 2014.

²⁶⁰ Vid. D'ASPROMONT, Jean. *et al*, "Introduction: The Future of International Legal Positivism", Jörg Kammerhofer, et al (eds), *International Legal Positivism in a Post-Modern World* (Cambridge: Cambridge University Press), 2014.

²⁶¹ D'ASPROMONT, J. "Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials", *The European Journal of International Law* Vol. 19 no. 5, 1075 – 1093, 2008 y BETTS, A., "Towards a 'soft-law' framework for the protection of vulnerable migrants", UNHCR Research Paper No 162, 2008.



respondido argumentando que ésta tiene un impacto negativo sobre la legislación y la política migratoria agravando la fragmentación y dispersión de sus normas, ya que “la proliferación de normas y procesos consultivos no vinculantes entre una plétora de actores con agendas diferentes, y a veces conflictivas, llegan a ofuscar el papel de la legislación internacional en migración”.²⁶²

3.1.5.1. Debate teórico sobre la *Soft-law*

Desde el paradigma positivista la ley blanda se mantiene en la línea de fuego. La polémica se entaba entre la corriente positivista y aquellos que defienden la viabilidad de la *soft-law* en el plano internacional.

D’Aspremont, con una postura en esencia positivista, utiliza una argumentación cuyo objetivo final es desvirtuar el carácter de la ley blanda como ley. Para negar su incorporación como una nueva forma de normatividad, realiza un esfuerzo por explicar el entramado legal que se ha construido en torno a la ley blanda, en términos de la distinción entre el acto jurídico y el hecho jurídico. Su objetivo es establecer un límite entre lo jurídico y lo que está fuera de este ámbito, con el fin de aliviar el sentimiento positivista de que la *soft-law* implica la generación de contenido jurídico fuera de la formalidad de la ley. Recurriendo claramente al principio de la manifestación de la voluntad para la creación del acto jurídico, se establece un límite a aquellos actos que si se encuentran dentro del ámbito legal.

A continuación, se sintetiza de manera breve su argumentación. Las implicaciones jurídicas del reconocimiento de la *soft-law* son analizadas a detalle a partir de la teoría del acto jurídico, siendo el acto definido como “un conjunto coherente y sistemático de principios analíticos que le permite capturar los comportamientos del Estado que caen dentro del ámbito de la ley”.²⁶³

Sin embargo, cabe distinguir que hay comportamientos que producen algunas

²⁶² BETTS, Alexander., “Towards a ‘soft-law’ framework for the protection of vulnerable migrants”, *op. cit.*, p. 3.

²⁶³ D’ASPREMONT, Jean. *Softness in International law*, *op. cit.*, p. 1078.



consecuencias legales en el orden jurídico. Aunque las consecuencias jurídicas están asociadas a estos comportamientos y toman la forma de un acto, no son necesariamente, a los ojos de los abogados positivistas, actos jurídicos en sentido estricto.²⁶⁴

Los actos jurídicos serán solo aquellos cuyo efecto legal se origine directamente de la voluntad del sujeto jurídico a quien se atribuye el comportamiento. Cuando los efectos jurídicos sean la consecuencia directa de una regla secundaria preexistente del sistema, los efectos que generan siempre serán hechos jurídicos, aún cuando tomen la forma de un acto.

Para D'Aspremont, en la actualidad existe una tendencia por parte de muchos académicos a ampliar los límites de su campo de estudio propio del DI. Intentan capturar para el derecho actos que están intrínsecamente fuera de su ámbito, con el fin de ampliar el objeto jurídico-científico y con ello incluir dentro del DI todo aquello que contenga una dimensión internacional. La tesis del instrumento blando busca forzar el otorgarle valor jurídico a los instrumentos que intrínsecamente no lo son, para “extender la esfera de las virtudes de la ley”.²⁶⁵ La suposición de que la ley es virtuosa y por ello se quiere extenderla más allá de su ámbito, se ha considerado que no constituye una explicación suficiente para

Los partidarios de la doctrina *soft instrumentum* sostienen que se pierde de vista en la forma la importancia de la función, ya que muchos desarrollos recientes, como redes entre funcionarios gubernamentales o ley transnacional, han demostrado que los instrumentos fuera del ámbito legal pueden adaptarse mejor a la velocidad y complejidad de las relaciones internacionales modernas y se recurre cada vez más a ellos en la práctica. El uso de este tipo de instrumentos de ninguna manera es un signo de la desintegración de una comunidad, por el contrario, pueden ser tan integradores para una comunidad como si fueran legales. A través de estos instrumentos simplemente se demuestra que los miembros de una comunidad han encontrado medios más prácticos y convenientes para regular sus relaciones.

²⁶⁴ *Idem.*, p. 1088-1092.

²⁶⁵ *Ibidem.*



Desde el positivismo, la tendencia de los estudiosos del derecho a ampliar los límites de su campo de estudio extendiendo las fronteras del DI al comparar hechos y actos jurídicos, pretende la legalización de objetos que están intrínsecamente fuera de los límites del DI. D'Aspremont condena a los defensores incondicionales del concepto de la ley blanda. Para el experto simplemente se trata de un intento por extender artificialmente los límites del DI y aumentar el material estudiado por los académicos con miras a proporcionar más espacio para la investigación jurídica internacional. Recomienda que sea contemplada con modestia y pragmatismo, solo como un instrumento fuera del ámbito legal.²⁶⁶

En otra interpretación, corrientes doctrinales críticas le atribuyen una función diferente a las normas de la *soft-law* como una forma de sobreponerse al predominio de representaciones ficticias de universalidad y consenso, amparadas por la indeterminación del discurso de las fuentes. Consideran que desempeña un rol estratégico porque mediante su desarrollo se puede rescatar la desigualdad, la heterogeneidad y el conflicto como realidad del Derecho migratorio internacional.

3.1.5.2. Efectos de la *Soft-law* en el DIM

Resulta evidente que la coyuntura histórica actual en temas de migración no representa un clima político favorable dentro del cual desarrollar nuevas normas, y la mayoría de los Estados no son proclives a comprometerse con nuevos acuerdos multilaterales formales. Pocos Estados poderosos están dispuestos a la negociación de normas vinculantes y multilaterales a través del marco de las Naciones Unidas, y, en el contexto de la preocupación estatal por el pretendido vínculo entre la migración y la seguridad, esta renuencia se intensifica con respecto a la negociación de acuerdos vinculantes relativos a los derechos de no ciudadanos.

El estatuto jurídico de los trabajadores migrantes conformado principalmente por la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores de

²⁶⁶ *Ibidem.*



Migración y Miembros de las Familias ha sido ratificado por muy pocos Estados y la mayoría de los Estados receptores de migrantes parecen preferir desarrollar la cooperación internacional en el área de migración a través de procesos consultivos regionales informales en lugar de acuerdos formales.

A esta realidad responde el fenómeno de la proliferación de la *soft-law* como una tendencia global para regular las migraciones, desde una modalidad alterna al derecho formal internacional, que destaca la flexibilidad, la informalidad y la descentralización. Sus defensores, alejándose de la postura positivista, opinan que no es necesario crear nuevas normas vinculantes. Ante la denuncia generalizada de brechas de protección actuales que dejan desprovistos de defensa a los migrantes, consideran que las normas generales ya existen, y la mayoría de los Estados ya se han suscrito a los instrumentos de derechos humanos relevantes. Lo que se requiere es simplemente un consenso autorizado sobre la aplicación de estos instrumentos a la situación de los migrantes vulnerables, y una clara división de responsabilidades entre organizaciones internacionales para la implementación operativa de tales directrices.

La necesidad de directrices de *soft-law* se justifica en el hecho de que, a nivel internacional, no existe un marco institucional claramente definido para la protección de los migrantes irregulares vulnerables, en oposición a las claras estructuras institucionales y responsabilidad normativa y operativa que existe para la protección de refugiados o migrantes laborales regulares.

En relación con el primero, el DI de los refugiados proporciona un marco normativo y legal claro para la identificación y protección de los refugiados, y el ACNUR tiene la principal responsabilidad normativa y operativa de garantizar que los refugiados tengan acceso a los derechos que les corresponden.

En claro contraste, para la migración irregular los Estados tienen pocas obligaciones, y además, no hay condiciones para conseguir compromisos en forma de tratados por parte de los Estados, insistir en ello no tiene sentido.



Ante esta situación, para quienes ven en la ley blanda una solución, aflora la necesidad de proveer interpretaciones que aclaren la aplicación de las normas existentes a la situación de la migración irregular, con el objetivo de abrir nuevas posibilidades para que los Estados desarrollen una gama de prácticas eficientes y equitativas para abordar la migración irregular, al tiempo que se garantiza que sean coherentes con las normas internacionales de derechos humanos y se adapten a las necesidades de los migrantes más vulnerables.

Para Betts, quien defiende este uso de la *soft-law*, inclusive los debates interestatales sobre el desarrollo de las Directrices podrían llegar a implementar alternativas de protección subsidiaria, aún de naturaleza temporal, para diferentes categorías de migrantes vulnerables.²⁶⁷ Betts vislumbra una oportunidad de comprometer a los Estados para que cumplan con sus obligaciones de derechos humanos existentes de la manera más eficiente y equitativa posible. Mediante las directrices se pueden promover obligaciones de protección que resulten menos impositivas, no en la forma de un cheque en blanco, en sus propios términos, que se adecúen más a una evaluación de necesidades particulares de los migrantes.²⁶⁸ Sin tener naturaleza vinculante, las directrices se encargarían de orientar a los Estados sobre cómo garantizar los derechos humanos de los migrantes irregulares. La ventaja que observa es que con el tiempo, dichas Directrices pueden convertirse en leyes duras si los Estados las adoptan en su legislación nacional.

El peligro que se observa desde una perspectiva crítica provee otra interpretación fundada en el uso instrumental del derecho. Desde esta corriente claramente, la *soft-law* constituye una modalidad mediante la cual las instituciones especializadas cumplen con su objetivo de ordenar las migraciones mediante la introducción de nuevos criterios de producción jurídica característicos de la etapa contemporánea de globalización neoliberal: flexibilidad, informalidad, descentralización, que en últimas llevan el sello particular de la gobernanza. Bajo el pretexto de solventar la falta de intervención de los Estados, las instituciones supranacionales como la OIM, la OMC o la Unión Europea, sin requerir

²⁶⁷BETTS, Alexander., *op cit*, p. 23-24.

²⁶⁸ *Ibidem*.



consentimiento por parte de los Estados, utilizan estas normas de *soft-law* estableciendo estándares normativos mediante los cuales se regulan los flujos de migrantes atendiendo a las necesidades del mercado mundial.²⁶⁹

Por otra parte, el proceso de desformalización del DI favorece la proliferación de toda esta serie de normas blandas que, igual que se construyen, se aplican generando la necesidad y dependencia de un experto de manera permanente. Las instituciones se tornan indispensables y facilitan la instrumentalización de la ley internacional en favor de los Estados poderosos que representan.

Esta tendencia de especializar, a la vez hace inaccesible la norma para cualquiera creando una barrera para que el migrante sea sujeto del DI respecto a la defensa de sus derechos. Se trata de un fenómeno que ya fue conceptualizado arriba por la denominada teoría de la encriptación del poder presentada por Sanin.²⁷⁰

Se puede argumentar que la ley blanda es un dispositivo que permite el *statu quo* del paradigma actual en el cuál el DI de los refugiados no resulta eficaz para cumplir con el objetivo de proteger las categorías de migrantes, pero sin embargo, legitima a los Estados receptores que son firmantes de estos instrumentos. A la vez les permite sostenerse en el rechazo del Estatuto jurídico de los trabajadores migrantes por no requerir de él dado que la *soft law* facilita de una manera informal el manejo de los flujos migratorios hacia sus Estados sin vincularse jurídicamente, y cumpliendo el mínimo de estándares de respeto a los derechos humanos, dado que éstos no cuentan con directrices claras. Para suplir esa deficiencia se recurre a la *soft law* en su carácter de instrumento flexible.

3.1.6. La justa dimensión del problema de la fragmentación en el DIM

²⁶⁹ Vid. BARBERO, Iker. El Tratamiento Jurídico de las Migraciones Internacionales a través de las Regulaciones Globalistas de Gestión de Mano de Obra. *Oñati Socio-Legal Series*, v. 1, n. 3, 2011.

²⁷⁰ Vid. SANIN, Ricardo. *Op. cit.*



De frente a los tiempos actuales que se caracterizan por el cambio e inestabilidad global, es explicable el cuestionamiento sobre la pertinencia de los fundamentos dogmáticos sobre los que descansa el DI, poniendo a prueba sus conceptos jurídicos fundamentales, frente a fenómenos que parecen cimbrar la disciplina como es el caso de la fragmentación.

Dentro del rango de teorías que interpretan el fenómeno destacan dos posturas opuestas. Una corriente justifica la insistencia en reforzar la indivisibilidad de las normas en aras de la coherencia. La teoría opuesta sostiene que el papel central de la noción de un orden legal unitario es dogmático, y en este sentido, tratar de conceptualizar el sistema del orden legal particular como un sistema formal o como un sistema axiomático-deductivo es una pérdida de tiempo.²⁷¹ Las corrientes que lo conceptualizan son el constitucionalismo y el pluralismo. Las teorías críticas ofrecen interpretaciones alternativas del fenómeno de la fragmentación, explicándola como una estrategia de poder.

La academia ha respondido de varias maneras. Algunos estiman que la fragmentación en vez de constituir un desafío a la integridad, puede ser la manera de avanzar en su efectividad. Desde ese enfoque opinan que la “fragmentación” representa también el desarrollo normal y deseable del DI conforme a nuestros tiempos globalizados. Urgiendo atender a la realidad empírica del orden legal por encima de construcciones intelectuales, animan a ofrecer interpretaciones más holísticas del problema y con ello invitan a tomar una distancia del normativismo, cuando tienen para sí que es la retro-alimentación continua del entorno social el que le otorga su especificidad, particularidad y provee de coherencia al sistema jurídico.

Desde una aproximación opuesta, los CILT se oponen a la insistencia en las consideraciones formales del sistema jurídico internacional que descalifica lo jurídico cuando no provinene del formalismo propio de la argumentación legal, de la creación de la ley basada

²⁷¹ ENGISCH, K. *Die Einheit der Rechtsordnung* (1987, facsimile of the original 1935 edition), at 54: ‘Niemand kann zugleich eine Handlung bezw.



en procesos jurídicos, o del consentimiento del Estado.²⁷² Así mismo, señalan que la insistencia en el formalismo elude la conexión entre el derecho y la moral. Contemplan su calidad de sofisma de distracción al desviar la atención de otros problemas como la legitimación del DI. Sobre este aspecto precisan que al ser el derecho una manifestación del poder, lleva siempre inherente una pretensión de legitimidad, por lo que no hay que perder de vista que no basta la legalidad para satisfacer las pretensiones de legitimidad.

Bajo este enfoque el derecho, lejos de ser un factor de restricción del poder de los Estados, se constituye como una herramienta por medio de la cual los Estados más poderosos imponen las reglas. Dicha instrumentalización del derecho le hace denominarlo “*rule through law*”, o imperio a través de la ley. Las técnicas jurídicas de poder son centrales en la construcción de la “verdad social” por lo que el empirismo es peligroso porque va a obedecer a una determinada interpretación de la realidad que seguramente responde al poder.

Desde el positivismo ha surgido otro argumento en defensa del formalismo cuando se ha advertido su trascendencia al prevenir los riesgos para el DI que se vislumbran con la globalización. En este sentido, Dupuy enciende las alarmas cuando sugiere una especie de estrategia a largo plazo que consiste en “reemplazar las normas y procedimientos legales establecidos después de la Segunda Guerra Mundial por el reinado predominante de las fuerzas del mercado (...) Esto significa la globalización como una empresa para desregular el sistema internacional, por así decirlo!”²⁷³

Con esta argumentación se abre otro frente para la reivindicación de la coherencia y el orden de la normatividad cuando se visualiza un proceso hacia la desregulación en ciertos sectores de del ordenamiento internacional, tanto entre sus normas primarias como entre las secundarias. Este proceso avanza con la paulatina desaparición de la *rule of law*, puesta en duda por determinadas potencias, y su sustitución por la *rule of power*, o imperio del poder,

²⁷² Para profundizar en el tema del formalismo y las fuentes del DI. Ver D’ASPROMONT, Jean. *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules* (OUP 2013), 236-261.

²⁷³ DUPUY Pierre-Marie, *The Place and Role of Unilateralism in Contemporary International Law*, EJIL, vol. 11, 2000, p. 29.



que permite, en cada momento, y en ausencia (cierta o simulada) de referente normativo alguno, crear un escenario de libertad de acción que la retrotraería del medio social. Bajo esta amenaza bien vale la pena intentar la defensa de un conjunto normativo coherente y ordenado como remedio y freno a esta peligrosa tendencia globalizadora.²⁷⁴

Dentro del espectro que se abre entre estas dos posturas es necesario rescatar la justa medida de las incertidumbres que plantea la fragmentación para el DIM.

La insistencia en abogar por dotar de sistematicidad al DIM ha sido desafiada por diferentes autores que sostienen que el orden y la unidad son irrelevantes, siempre y cuando la coherencia del sistema se pueda sostener a pesar de que las normas se encuentren dispersas. Este objetivo se logra cuando el marco normativo de referencia promueve una aproximación más coherente para el propósito de articular las diversas normas jurídicas unas con otras. Las reglas aplicables que se encuentran en la intersección de varias ramas del DI, permanecen estrechamente interconectadas de manera tal que ninguna de las normas puede ser evaluada de manera aislada porque sólo tienen sentido cuando se entienden en su relación entre una y la otra.²⁷⁵

Estas posturas toman elementos del pluralismo jurídico como antídoto a las ansiedades que plantea la fragmentación, cuando prescinde del énfasis desmedido en la norma y la jerarquía, que implica el orden de determinados elementos según su valor. Ello da lugar a formas múltiples de organización que otorgan más espacio a la política, a los actores y al intercambio más “heterárquico” entre diferentes órdenes jurídicos. Esto significa,

²⁷⁴ La globalización tiene su caracterización a partir de determinados rasgos usualmente aceptados: a) identificación con la democracia liberal como forma consensada de gobierno; b) la desregulación de las actividades centrales de la administración de los países —manifestada por la disminución del papel del Estado en la sociedad y el aumento paralelo de la actividad privada en todos los sectores sustanciales de la misma, pero bajo la norma de “socializar las pérdidas y privatizar las ganancias”; c) la flexibilización en las relaciones de trabajo y, en consecuencia, la precarización de uno de los polos de esta relación, la de los trabajadores y; d) el libre comercio, la eliminación progresiva de restricciones a la circulación de bienes, servicios, personas e ideas, la disminución del proteccionismo y, por ende, la eliminación de las fronteras entre los países. CABRERA, García. *Migraciones internacionales*, op. cit., p. 100.

²⁷⁵ CHETAIL, Vincent. *Research Handbook on International Law and Migration*, op. cit., p. 2.



por el contrario, favorecer una organización horizontal y bidireccional, que genera así una ausencia de poder de unos sobre otros, aunque se haga presente la influencia entre pares.²⁷⁶

De acuerdo con esta corriente, Chetail en vez de encontrar una debilidad en esta falta de cumplir con los requisitos de estructura, integralidad y sistema, observa una fortaleza que describe como virtud del DIM, porque favorece un enfoque más sistémico y convincente para comprender la migración como un tema de análisis por sí mismo. Metodológicamente, representa un reto que se transforma en virtud. Parafraseando al autor, el DIM, en lugar de consolidar otro sub-campo de especialización, debe tener como objetivo el de proporcionar un marco holístico de análisis que revele las complejas y contradictorias relaciones entre la migración y el DI. Observa el fenómeno de inestabilidad y fragmentación como aparente, aunque considera comprensible el porqué inevitablemente se han planteado algunas dudas sobre su estructura general. Para este experto, la forma de sobreponerse a esta inquietud consiste en reconciliar las críticas defendiendo el diseño deconstructivista del DIM, en el cual la ausencia de una forma integrada constituye la identidad de su arquitectura propia. La contradicción, la distorsión y la asimetría son intrínsecos a su estructura. En contraste con la arquitectura clásica basada en el orden y la unidad, el DIM es una construcción de normas que coexisten y a veces colisionan, para enmarcar finalmente la tensión ontológica por excelencia que opera entre la hospitalidad y la soberanía en el tema de la migración internacional.²⁷⁷

Esta postura es un intento por rescatar al DIM de la obsesión con la forma, donde la lógica misma del formalismo reduce la realidad porque la rigurosidad de reglas cada vez más formales requiere un enfoque reduccionista de la realidad. Especialmente en el caso de la migración, dicha necesidad de reducir simultáneamente la realidad abstraída en una norma, genera una tensión con la apreciación de la complejidad que la realidad refleja.

No obstante, no hay que perder de vista las implicaciones de las reiteradas críticas sobre la falta de sistematicidad. Ya los CILT habían identificado como una característica

²⁷⁶ PEIXOTO, Juliana. *Op. cit.*, pp.134-140.

²⁷⁷ CHETAİL, Vincent. The Architecture of International Migration Law: A Deconstructivist Design of Complexity and Contradiction. *AJIL Unbound*. 111. 18-23. 10.1017/aju.2017.11.



normal del DI la predictibilidad de la forma y la incoherencia de la sustancia. En el caso del DIM, los efectos de la incoherencia al interior del contenido material de las normas se está obviando en la búsqueda de una discordancia radicada en problemas de forma. Se sugiere entonces, superar esa ideología formalista que asume la independencia de la ley, pero sin caer en la concepción instrumentalista contraria, rescatando siempre la trascendencia de involucrar la realidad que se busca regular con la ley, reivindicando su función ontológica.

Se emprende ahora un análisis del contenido de las normas medulares del DIM para identificar antinomias, lagunas y contradicciones, y evaluar en qué medida y en qué dimensión afectan su eficacia.

ÁMBITO- PREFIJO

GEISER

Nº registro

00008744e2000046430

CSV

GEISER-0cc8-9b9b-d465-40af-8777-0023-bb8e-b526

DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN

<https://sede.administracionespublicas.gob.es/valida>

FECHA Y HORA DEL DOCUMENTO

01/10/2020 09:07:28 Horario peninsular



3.2. Análisis de las limitantes materiales del DIM

Se han evaluado hasta aquí los problemas de forma y sus implicaciones, ahora es conveniente encauzar el análisis hacia la posible contradicción entre lo pretendido por el DIM y lo realizado mediante su aplicación, lo que involucra consideraciones materiales. Previo a emprender esta contrastación ante el contenido de las normas migratorias y sus resultados, se requiere hacer algunas precisiones, así como poner en contexto la evolución histórica y la génesis de los principales elementos que conforman el DIM. Los componentes del círculo migratorio consisten en la salida, la admisión, y el derecho a no migrar. El derecho y a la vez libertad de dejar un país bajo la legislación internacional, bien sea por viaje, emigración o expatriación, constituye el acto que funda el DI sobre la migración. Como derecho, se considera que consolida la libertad de emigración como un atributo de la libertad, y se encuentra en el centro de la teoría de derechos humanos. La contraparte del derecho anterior está contenida en la admisión de migrantes, como uno de los temas más controversiales y frustrantes por qué, aunque debería ser un derecho equiparable al de salida, en realidad no lo es. En otras palabras, nadie posee un derecho propio a la admisión dentro de un territorio determinado. Esto se ha elevado a la categoría de principio del DIM, y toda su estructura se construye en torno a él. Esta es la razón por la que, para contextualizar, y atendiendo a consideraciones históricas, se mencionarán brevemente los orígenes de esta restricción que le dio forma a la legislación vigente en la actualidad y que sostiene una asimetría entre la inmigración y la emigración. Esto puede aportar elementos y criterios que ayuden a comprender el surgimiento de las normas existentes y su vigencia en el tiempo.

Desde el inicio de la historia moderna de la migración internacional cerca del año 1500, el derecho al libre tránsito existió en principio fundado en el Derecho natural, y se materializó en el *ius communicationis* que estableció el libre movimiento de personas como norma vinculante del DI, basado en la sociabilidad natural de los seres humanos. Este principio no fue objeto de cuestionamientos aún después de la división del mundo en diferentes naciones.²⁷⁸ El *ius peregrinandi* fue tradicionalmente defendido por Vitoria, como

²⁷⁸ El primer periodo en la historia moderna de la migración internacional se constituye por un periodo mercantil del 1500 a 1800, cuando los flujos migratorios eran dominados por Europa por encontrarse esta región, inmersa en los procesos de colonización y crecimiento económico. En éste proceso se colonizaron grandes extensiones de América, África, Asia y Oceanía, y el flujo de migrantes fue importante para poder



uno de los inauguradores del cosmopolitismo en la Modernidad fundado en la idea de comunidad global. Estas ideas surgieron en un contexto mundial que se podría equiparar a la globalización de hoy en día, cuando en el afán de conquista y colonización, para Vitoria:

“Son tenidos como actos injustos toda acción que de manera infundada obstaculice o impida los derechos agrupados en el *ius peregrinandi et degendi*, el *ius negotiandi* y el derecho de comunicación y participación de los bienes comunes incluyendo el paso y atraco de naves”.²⁷⁹

El análisis de la evolución jurídica demuestra que fue a partir del siglo XX cuando surgieron restricciones a la tendencia histórica de “puertas abiertas,” que fueron introducidas mediante diversos dispositivos migratorios en la forma controles fronterizos, pasaportes y visados.

A partir de las dos guerras mundiales todos éstos se generalizaron y se reforzó la figura del pasaporte. Se puede concluir que a fines del siglo XIX y hasta la mitad del siglo XX, el control migratorio fue introducido respondiendo a tres factores: por cuestiones raciales, generalizado por legislación en tiempos de guerra, y reforzado por las crisis económicas, convirtiéndose en un estándar de los llamados Estados-nación.

La visión que predominó durante la segunda mitad del siglo XX entre los países que atraen mayores flujos de migrantes, fue estrecha y alejada de una política de puertas abiertas, y se establecieron programas con estrategias de trabajo temporal a través de convenios bilaterales con técnicas como los visados.²⁸⁰

Todavía hoy, el círculo vicioso de los conflictos armados, el terrorismo y las recesiones económicas, constituye un factor influyente para justificar el control fronterizo. A

asegurar el dominio de Europa sobre estas regiones. CHETAIL, Vincent. *The Architecture of International Migration Law: A Deconstructivist Design of Complexity and Contradiction*, op.cit., p. 18.

²⁷⁹ Sobre el concepto del *ius communicationis* contenido en el trabajo de Vitoria, ver AÑAÑOS Meza, María Cecilia. *El título de Sociedad y comunicación natural de Francisco de Vitoria*. Anuario Mexicano de DI. Vol XII, 2010 p. 525-596.

²⁸⁰ ESTÉVEZ, Ariadna. *Op. cit.*, p. 130.



estos factores que justifican su agudización, actualmente se suma de manera preocupante expresamente la xenofobia.

Esta situación es expresada de manera elocuente por Aleinikoff para quien los controles migratorios deben ser objeto de análisis como un contrasentido a los procesos migratorios:

“(…) la movilidad humana ha existido siempre y cuando los humanos hayan existido. Los mares, las montañas y los desiertos proporcionaron obstáculos al movimiento, al igual que las agrupaciones humanas poco amigables en el lugar de destino. Pero sólo recientemente en la historia humana han endurecido las fronteras nacionales- aplicadas por personas con sistemas complejos de regulación y armas de fuego- se convierten en la principal barrera para la migración humana. Los eruditos jurídicos internacionales pueden y deben problematizar la “naturalidad” aparente de estos controles. Debemos examinar por qué estos controles están en su lugar (a qué intereses sirven) y comenzar a teorizar las presuposiciones y el alcance de un sistema global de movilidad”.²⁸¹

Esta breve reflexión histórica permite contextualizar el pulso de los principios propios del DIM que transitan de un lado al otro el camino de esta asimetría constante que se torna en esencia política, y que impide tener una base neutral para la inspiración en materia normativa y judicial.

3.2.1. Categorías en el marco jurídico de la migración

Atendiendo a una descripción de sus componentes, el DIM, entendido como conjunto de normas y principios internacionales que rigen el movimiento de personas entre Estados y la situación jurídica de los migrantes en los Estados anfitriones, está constituido principalmente de instrumentos convencionales, derecho consuetudinario, principios legales, y *soft-law*. Los principales tratados que lo constituyen denotan ya su carácter binario: su formulación

²⁸¹ ALEINIKOFF, Alexander. *Toward a Global System of Human Mobility: Three Thoughts*, op. cit., pp. 24-28.



principal es la protección de los refugiados, por un lado, y por el otro la protección de los migrantes denominados económicos o trabajadores migrantes.

Con base en los instrumentos que se enlistaron en el marco teórico como el estatuto jurídico general de los migrantes en el DI, los principales tratados que componen el DIM son los siguientes:

1. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados del 1951 y Protocolo 1967 (Cuenta con 145 Estados parte).
2. Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes de 1984 en su extensión del principio de no devolución.
3. Convención Internacional de los Trabajadores Migratorios y de sus familiares 2003. (Cuenta con 39 Estados de África y Centroamérica Países expulsores de migrantes)
4. Protocolo de la Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas (2000). (Cuenta con 136 Estados parte).
5. Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, complementarios a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000). (Cuenta con 155 Estados parte).

A partir de estos instrumentos se consolida el carácter binario de la ley internacional que regula la migración. Por un lado, dos instrumentos principales constituyen el Estatuto Internacional de Refugiados: la Convención de 1951, y la Convención contra la tortura. Por el otro, el Estatuto de los Trabajadores migrantes, compuesto principalmente por la Convención Internacional de los Trabajadores Migratorios y de sus familiares. Este instrumento regula el trato, el bienestar y los derechos de los migrantes y de sus familiares, imponiendo obligaciones a los países emisores, a los receptores y a los de tránsito. La Convención otorga derechos²⁸² a todos los inmigrantes, documentados o indocumentados,

²⁸² No ser sometido a tortura, trato cruel, inhumano o degradante, no ser sometido a esclavitud o servidumbre, la seguridad y libertad de la persona contra arresto o detención arbitraria, no ser privado de la documentación que prueba su identidad, no ser objeto de expulsión colectiva, los servicios sanitarios esenciales y la educación básica para los menores.



regulares o irregulares, y a sus familiares, que se han visto en la necesidad de abandonar sus países de origen en busca de nuevas y mejores oportunidades de vida. Estos instrumentos tienen un carácter predominantemente normativo y vinculante de sus disposiciones jurídicas para los Estados que los han ratificado.

Adicionalmente, se considera que forman parte del DIM los tratados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos,²⁸³ ya que éstos son generalmente aplicables a todos, independientemente de su nacionalidad, y frecuentemente incluyen disposiciones específicas sobre los no ciudadanos. Se puede hacer la misma observación con respecto a otros instrumentos generales aplicables a la migración, como los celebrados bajo los auspicios de la Internacional Organización del Trabajo (OIT) y la Organización Mundial del Comercio (OMC).

También conforma al DIM el derecho consuetudinario. En materia de migración, las normas consuetudinarias, así como los principios generales del DI, constituyen una parte elemental en la construcción de un marco jurídico para la migración. Los principios permiten entender la estructura del DIM, por lo que hay que atender cómo algunas de estas disposiciones son verdaderos principios generales del DI, gozando, por lo tanto, de un carácter obligatorio para todos los Estados al margen de cualquier vínculo convencional. Como ya se discutió, se han considerado normas con jerarquía de *ius cogens*.

El primer elemento que se retoma del apartado anterior para reconstruir el paradigma que predomina hoy en día, incluye el primer principio del DIM: la prerrogativa soberana de naturaleza consuetudinaria que consiste en la competencia de los Estados de regular la entrada de las personas que no gozan de ciudadanía.

²⁸³ Está compuesto por 9 tratados que incluyen, entre otros la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Eliminación de formas de Discriminación y la Convención Internacional de los Derechos del Niño, por mencionar algunos.



Su excepción la constituye la figura jurídica del refugio, como piedra angular del sistema, que se encuentra regulada por normas de derecho positivo que son claramente exigibles como obligaciones internacionales.²⁸⁴ Se trata de los derechos de los refugiados y peticionarios de asilo, con respecto a los cuales se establece una excepción mediante la cual es posible hablar de un derecho a ingresar y a permanecer en un país que no es el de su nacionalidad.

Es así como, en el centro de la protección internacional de los refugiados, se encuentra el principio de no devolución (*non refoulement*) que es la norma de *ius cogens* por excelencia²⁸⁵ que prohíbe el rechazo, la expulsión o la devolución a un tercer Estado de un extranjero cuando corra peligro cierto su vida o su integridad física y moral.²⁸⁶

El “principio de *non-refoulement*” crea una obligación esencial para el país en que se encuentra una persona peticionaria de asilo o en condición de refugiado, de no retornarla a un lugar donde pueda sufrir persecución por alguna de las causas establecidas en los instrumentos citados. Esta obligación, ha sido reconocida como un principio que ha adquirido carácter de norma de DI consuetudinario, por lo cual es obligatoria aún para Estados que no sean signatarios los instrumentos referidos.²⁸⁷

²⁸⁴ A estos sujetos de derechos se les aplican las normas de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951 y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1967.

²⁸⁵ Este tema ha sido materia de controversia entre la doctrina. Ver UN High Commissioner for Refugees (UNHCR) *Note on the Principle of Non-Refoulement*, November 1997. Retraído de: <https://www.refworld.org/docid/438c6d972.html>. Sin embargo la jurisprudencia lo ha reconocido como tal, tanto a través del Dictamen del Comité contra la Tortura, Caso Tapia Páez vs. Suecia, comunicación número 39/1996: Sweden, 28/04/97, CAT/C/18/D/39/1996. Asimismo, ACNUR, “El Principio de no Devolución: Resumen de las Conclusiones de la Mesa Redonda de Expertos en Cambridge”. Celebrada del 9 al 10 de julio de 2001, y en la opinión consultiva N°4-3-21/2016, del 4 de Mayo de 2017 .de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²⁸⁶ Los instrumentos que no son de naturaleza convencional que la contienen, incluyen la Declaración sobre el Asilo Territorial, contenida en la Resolución 2312/XXII de 1967 de la Asamblea General (art. 3) y la Declaración de Cartagena de Indias Sobre Refugiados de 1984. La declaración quinta de la parte III de la Declaración de Cartagena de Indias reitera la importancia del principio de no devolución (incluyendo la prohibición del rechazo en las fronteras).

²⁸⁷ En cuanto a la jerarquía de las fuentes, esta clase de normas están en el escalafón más alto e implícitamente incorporadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte, ya sea vía Principios o por la costumbre. El *ius cogens* se halla en la cúspide de las fuentes normativas, tanto por su carácter inderogable (en tiempos de



Además del derecho convencional y el consuetudinario, el derecho blando (*soft-law*) como ya se señaló, se ha convertido en la vía más recurrida para aclarar las normas aplicables y promover la cooperación interestatal en materia de migración. Aunque es parte del debate doctrinal considerarla como fuente de derecho formal, tal como ya se discutió arriba, se han adoptado un gran número de instrumentos no vinculantes en la materia durante las últimas décadas.

3.2.1.1. Evolución del DIM hasta el paradigma actual

El objetivo de este breve recorrido histórico y normativo es demostrar que el principio general en el ámbito internacional siempre reconoció el derecho al libre movimiento, y la excepción la constituyó el control migratorio que se inició en el siglo XX. Es decir que la disrupción histórica del principio general del libre tránsito de personas es reciente.

De manera formal, la historia de la legislación internacional migratoria inicia con el asilo como la primera manifestación jurídica del DIM, y se remonta a los albores del siglo XX, cuando en 1892, el concepto del principio de no devolución, que significa “prohibir el envío”, fue concebido en la Sesión de Ginebra del Instituto de DI, bajo la consideración de que un refugiado no debería ser entregado por expulsión a otro Estado que lo buscara, a menos que las condiciones de garantía establecidas con respecto a la extradición fueran debidamente observadas.²⁸⁸

Posteriormente, en 1928 se introdujo la primera Convención sobre Asilo, seguida de la Convención de Montevideo 1933, el Tratado de Asilo y Refugio Político 1939. Fue hasta el periodo de la postguerra cuando la tensión internacional producto de las dos guerras mundiales, reavivó la preocupación al respecto, reconociendo que muchos países habían rechazado a los refugiados judíos, condenándolos a muerte.

paz como de guerra), como por su contenido. No le es oponible al *ius cogens* la regla del objetor persistente (como en las normas de DI general consuetudinario). Tiene su fundamento en la calidad del bien protegido.

²⁸⁸ *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers* 1892, Artículo 16.



Junto con la fundación de las Naciones Unidas, se dio impulso a la consolidación del sistema de asilo en el DI, como respuesta a la realidad de millones de personas que requerían refugio durante la post-guerra, buscando la oportunidad de establecerse en un país anfitrión.

Ante esta realidad, la Declaración Universal de los Derechos Humanos otorga a las personas perseguidas el derecho a buscar y a disfrutar de asilo²⁸⁹. Este derecho, se complementa con el derecho a salir del propio país²⁹⁰, y el derecho a la nacionalidad²⁹¹. No obstante este derecho de asilo, entendido como una facultad jurídica soberana de conceder refugio a individuos perseguidos,²⁹² condiciona su ejercicio a una discrecionalidad de los Estados.²⁹³ Con esta particularidad se fue perfilado en el tratado que rige por excelencia el DIM: la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. Éste ampara a aquellas personas que debido a fundados temores de ser perseguidas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentren fuera del país de su nacionalidad y no puedan o, a causa de dichos temores, no quieran acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuvieran su residencia habitual, no puedan o, a causa de dichos temores, no quieran regresar a él.

Una vez cumplidos los requisitos previstos en el instrumento, estas personas no gozan de un derecho sino una mera expectativa de que se les reconozca su calidad de refugiado. La Corte Interamericana, en éste sentido, ha sugerido el garantizarlo como derecho

²⁸⁹ Artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

²⁹⁰ Artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

²⁹¹ Artículo 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

²⁹² En otras definiciones, el asilo es la protección que un Estado ofrece a personas que no son nacionales suyos y cuya vida o libertad están en peligro por actos, amenazas y persecuciones de las autoridades de otro Estado o por personas o grupos de personas que hayan escapado al control de esas autoridades; de manera más simple, se define como la protección que un Estado otorga en su territorio o en otro lugar bajo el control de alguno de sus órganos, a una persona que llega a buscarlo. ARIETTAZ, Fernando. Naturaleza y Alcance del asilo en el sistema interamericano de Derecho Humanos *Ius et Praxis* vol.22 no.1 Talca 2016.

²⁹³ En el DI clásico, el otorgamiento de protección a un extranjero era considerado una facultad absolutamente discrecional por parte del Estado otorgante. El DI contemporáneo, ya se discutirá como ha evolucionado esta consideración.



y ha establecido que el estatus de refugiado se configura con el simple hecho de cumplir con los requisitos mencionados del Estatuto de 1951 o los presupuestos de la Declaración de Cartagena de 1984, que establece una definición ampliada del concepto de refugiado.²⁹⁴ De acuerdo con ello, establece que no se requiere de un procedimiento administrativo que disponga que una persona es refugiada, ya que este procedimiento sólo tiene un carácter declarativo mas no constitutivo. Empero, aún en la práctica, la consolidación de un derecho de asilo dentro del ámbito consuetudinario es discutible, pues aún es difícil sustentarlo como un derecho personal e individual a la concesión del asilo.²⁹⁵

Por otro lado, el principio que sí se argumenta que se ha convertido en derecho consuetudinario es el principio de no devolución (*non-refoulement*). Éste se estableció como una reacción directa a la realidad de la post-guerra en la cual los refugiados del nazismo fueron devueltos a enfrentar la muerte y otras persecuciones, siendo el campo del DI humanitario su primer contexto de aplicación donde la prohibición de devolución se hizo universal. Se formuló en el Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra según el cual “bajo ninguna circunstancia se transferirá a una persona protegida a un país donde pueda tener una razón para temer la persecución por sus opiniones políticas o creencias religiosas”.²⁹⁶

Estos principios constituyen el sistema de asilo, conformado por la protección del artículo 14, y desarrollado a su vez en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. La intención implícita, es decir el objetivo de la norma, ha sido que las personas reciban

²⁹⁴Incluye en la definición a “las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”. Ello implica que los contextos generales de violaciones masivas de derechos humanos son suficientes para lograr esta categoría si las personas que abandonan sus Estados ven amenazadas su vida, seguridad o libertad.

²⁹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH) (2013). Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013., párrafo 145

²⁹⁶Artículo 45 del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor: 21 de octubre de 1950.



protección para salvaguardar sus vidas como refugiados, brindándoles la oportunidad de reconstruirlas y, regresar a sus hogares una vez que el peligro ha pasado, aún cuando muchos logren establecerse en los países donde encontraron refugio. Además, bajo el DI, la actitud del Estado que otorga el asilo, se dice, no puede llegar a interpretarse como interferencia o posible intervención en los asuntos domésticos del otro Estado en donde se presume la persecución.

Pese a los altos niveles de aceptación en la ratificación del tratado, la implementación de esta clara obligación enfrentó varias dificultades. Por ejemplo, ciertos Estados permitieron que solo los refugiados formalmente reconocidos, pero no los solicitantes de asilo, invoquen el principio de no devolución; mientras que varios Estados no han operado un procedimiento significativo y eficiente de determinación del estatuto de refugiado. He aquí una laguna que afronta el sistema de asilo y que se relaciona con el binomio asilo-refugio.

Dentro del sistema regional interamericano es más evidente esta dualidad, que afecta de manera práctica la comprensión y los alcances de la protección objeto del tratado. Ariettaz, tras un estudio comparativo de los sistemas global e interamericano, demuestra que la tradición de la región ha hecho énfasis en la forma de asilo diplomática, distinguiéndola de la territorial mientras que, en contraste con Europa, ya en el siglo XIX se había rechazado la institución del asilo diplomático reforzando la institución del asilo territorial. Esta dualidad ha resultado más problemática en esta región cuando se hace uso de la expresión “asilo” para referirse al asilo diplomático (denominado a veces también *político*), mientras que se refirió al asilo territorial como *refugio*.²⁹⁷ Ariettaz destaca la confusión concluyendo que la discusión académica y política en relación con la oposición conceptual *asilo/refugio* no está aún totalmente cerrada, y será retomada adelante con el fin de evaluar una de las hipótesis principales de la investigación.

²⁹⁷ Se ha identificado como fuente de la confusión el hecho de que la Convención sobre Asilo adoptada en La Habana en 1928 (modificada por la Convención de Montevideo de 1933) sólo regulaba el asilo diplomático, mientras que la de 1933, que se refiere al mismo tema, se denomina Convención sobre Asilo *Político*.



De esta manera, el sistema que fue concebido para la postguerra, ha ido evolucionado para extenderse a otras situaciones como es el caso de los refugiados de la Guerra Fría provenientes de Oriente y para reasentarlos como exiliados permanentes en sus nuevos hogares. Después de este periodo, el régimen de refugiados ha evolucionado de manera fundamental a lo largo de las últimas décadas, pasando a transformarse en la actualidad en lo que desde la crítica se ha contemplado como un “régimen de no entrada, diseñado para excluir y controlar a los solicitantes de asilo provenientes del sur”.²⁹⁸

Como resultado de las políticas restrictivas de control de la migración en respuesta exclusiva al creciente número de solicitantes de asilo y refugiados, el régimen de refugiados se encuentra “distorsionado”, a la vez que obsoleto, al basarse fundamentalmente en el principio de disuasión más que en la protección de los derechos humanos. Esto lo formula de manera clara Gammeltoft-Hansen, puntualizando en la paradoja que:

“Si bien la gran mayoría de los Estados europeos aún elogian formalmente el marco legal internacional para proteger a los refugiados, la mayoría de estos países hacen todo lo posible para excluir a aquellos que huyen de la protección internacional y ofrecen solo un compromiso minimalista para ayudar a los países que acogen a la mayor cantidad de refugiados”.²⁹⁹

En vez de analizar una adaptación a las nuevas circunstancias migratorias, se ha recurrido a figuras subsidiarias con parámetros de protección cada vez más restringidos. Es así como ante circunstancias de flujos masivos que no pueden ser asumidos de manera ideal por el DIM actual, se ha suplantado su revisión y actualización con otras figuras como es el caso del denominado “paradigma de disuasión” (*deterrence paradigm* que se refiere a desalentar una acción o evento a través de inculcar dudas o temor a las consecuencias), o las prácticas extraterritoriales.

²⁹⁸ CASTLES, Stephen. La política internacional de la migración forzada. Publicado en www.migraciónydesarrollo.org, Número 1 (octubre). *Red Internacional de Migración y Desarrollo*. pp. 1-28., 2003, p. 14.

²⁹⁹ GAMMELTOFT-HANSEN, Nikolas F. The End of the Deterrence Paradigm? Future Directions for Global Refugee Policy. *Journal on Migration and Human Security*. Volume: 5 issue: 1, pp. 28-56 Aarhus University and Danish Institute for Human Rights, March 1, 2017, p. 28.



Todas estas medidas que tienen como punto de partida las realidades migratorias tras el final de la Guerra Fría, representan en sí una especie de desaparición de la protección de refugiados, ideológicamente impulsada por parte de los Estados en el Norte Global y que se materializa en el desarrollo dinámico de múltiples políticas de persuasión cuyo objetivo consiste en obstaculizar la llegada irregular de solicitantes de asilo y migrantes.

3.2.1.2. Características del paradigma actual

En la actualidad prevalece el paradigma de regulación migratoria internacional conformado por las normas principales del DIM ya mencionadas, complementadas con políticas cada vez más restrictivas en materia de protección, y adicionado con prácticas asociadas a la disuasión, utilizadas para evitar que los migrantes y refugiados accedan a sus sistemas de asilo.

Las políticas actuales de disuasión se pueden clasificar, según Gammeltoft-Hansen en las siguientes cinco categorías principales:

- 1) políticas de no admisión que limitan el acceso a los procedimientos de asilo,
- 2) medidas que impiden el acceso al territorio de los Estados de asilo a través del control de la migración,
- 3) asilo en tierra, procesamiento y reubicación de refugiados a terceros países,
- 4) criminalización de la migración irregular y el tráfico de personas,
- 5) medidas indirectas de disuasión destinadas a hacer que el país de asilo sea menos atractivo.³⁰⁰

Las medidas legales específicas que se han desplegado para excluir retroactivamente a los refugiados que ya llegaron al territorio de la “puerta procesal”, incluyen la introducción de límites de tiempo para presentar asilo, el uso de varios procedimientos acelerados basados en los conceptos de “primer país de llegada”, “país de origen seguro”, “tercer país seguro” y

³⁰⁰ GAMMELTOFT-HANSEN, Nikolas F. Extraterritorial migration control and the reach of human rights. En *Research hand book of international law and migration, op. cit.*, pp. 113-131,



“manifiestamente infundado”.³⁰¹

Otras medidas se han dirigido a evitar físicamente que los refugiados accedan al territorio del Estado de asilo, a través de la introducción de sanciones a los transportistas; igualmente, las compañías aéreas privadas de todo el mundo también se han visto obligadas a rechazar el embarque de miles de solicitantes de asilo cuando es poco probable que obtengan una visa. Adicionalmente, se han ideado otros mecanismos de disuasión que han consistido en separar a las familias a su ingreso.³⁰² En su conjunto todas estas medidas se convierten en herramientas de selección migratoria.

Es trascendental advertir que el denominado por Gammeltoft-Hansen como “paradigma de disuasión”, lejos de involucrar un rechazo al DI vigente, consolida una fórmula que permite que el sistema funcione para los intereses particulares de los países receptores de migrantes. Constituye una manera de distraer el objetivo de la norma, sin oponerse a la norma en si misma. Por ello, se hace patente la voluntad de esos Estados de lograr un *statu quo* que sostenga el sistema en los términos en que se encuentra formulado actualmente. Esto se corrobora con el hecho de que hasta ahora pocos Estados han desafiado directamente al DI de refugiados o han tomado medidas para retirarse de la Convención de 1951 u otros instrumentos básicos de derechos humanos que protegen a los refugiados.

El autor explica los factores y la dinámica que sostiene el paradigma en los siguientes términos:

“La creencia subyacente del paradigma de disuasión es que los Estados desarrollados pueden retraerse exitosamente de asumir una responsabilidad sustantiva y proporcional con respecto a la protección de los refugiados al especular sobre la forma en que el control de la migración en relación con el DI de los refugiados y los derechos humanos

³⁰¹ *Ibidem*.

³⁰² Retraído de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-44976495>.
[tps://cnnespanol.cnn.com/2018/12/16/donald-trump-separacion-familias-frontera-estados-unidos-mexico-muchos-vendran/](https://cnnespanol.cnn.com/2018/12/16/donald-trump-separacion-familias-frontera-estados-unidos-mexico-muchos-vendran/).



está diseñado. Esto les permite a los Estados ricos sostener todas las cartas: Es decir, logran mantener un compromiso formal con el DI de los refugiados, y al mismo tiempo se evitan en gran medida las cargas asociadas”.³⁰³

Dentro del paradigma de disuasión, el DI de refugiados, hasta ahora, ha seguido siendo un conjunto de reglas compartidas que dirigen directa o indirectamente la acción de los Estados. Para recuperar la maniobrabilidad soberana ante la tensión entre estos compromisos normativos con intereses políticos diferidos, desarrollan políticas que funcionan al margen o en los intersticios del DI.

Desde la perspectiva de Gammeltoft-Hansen, las políticas de disuasión pueden verse como ejemplos de “pensamiento legal creativo” ya que los Estados buscan explotar las incertidumbres interpretativas, los regímenes legales competitivos, o los nuevos modos de gobierno para limitar, cambiar o eludir las obligaciones legales. Si bien las políticas de disuasión pueden surgir de una sensación de frustración contra los límites que el DI impone a los Estados en su búsqueda de un control de inmigración más efectivo, bien pueden explicar el porqué los Estados se han mostrado reacios a retirar o reformar el DI de refugiados. Esto lo expresa en los siguientes términos:

“A pesar de su obvia incongruencia, durante mucho tiempo el paradigma de disuasión ha servido como una solución cruda pero efectiva para el creciente cisma entre los valores liberales y la postura de autoprotección del mundo desarrollado con respecto a la protección de los refugiados”.³⁰⁴

³⁰³ GAMMELTOFT-HANSEN, *op. cit.*, p. 31. Traducción de la autora. *The underlying belief of the deterrence paradigm is that developed states can successfully insulate themselves from taking on a substantive and proportional responsibility in regard to refugee protection by speculating on the way that migration control is designed vis-a-vis international refugee and human rights law. It allows wealthy states to have their cake and eat it too: maintaining a formal commitment to international refugee law, while at the same time largely being spared the associated burdens.*

³⁰⁴ GAMMELTOFT, H., *op. cit.*, p. 32. Traducción de la autora. *Yet, for a long time the deterrence paradigm has served as a crude but effective solution to the growing schism between the liberal values and self-protective stance of the developed world in regard to refugee protection.*



Para este autor, la situación actual puede aproximarse a un periodo de crisis de paradigma, y considera que es el principio del fin de la disuasión como un paradigma de política dominante con respecto a la política global de refugiados. Vislumbra que una serie de marcos de política alternativos más o menos desarrollados compiten actualmente, y asevera que hasta ahora ninguno de ellos parece haber ganado suficiente tracción para iniciar un cambio de paradigma real en términos de política global de refugiados. Tomando distancia de esta opinión, lo que en este trabajo se ha identificado como el paradigma de la gobernanza ha ocupado ya un lugar protagónico posicionándose como un nuevo enfoque político que tiene la finalidad de abordar los desafíos fundamentales que enfrenta el viejo paradigma.

3.2.2. Categorización jurídica de los migrantes y refugiados

En la actualidad se ha cuestionado repetidamente la categoría jurídico internacional de refugiado. De Lucas se refiere al tema cuando con preocupación advierte que “cada vez resulta más cuestionable un tópico que juristas, políticos y opinión pública había aceptado como uno de los raros asideros firmes en el debate: la distinción entre inmigrantes y refugiados”. La distinción resulta ambigua a la hora de categorizar migrantes fruto de desplazamientos masivos de población que huyen de sus países de origen buscando seguridad, no necesariamente en el concepto tradicional de “refugio”.³⁰⁵

La categoría de refugiado tradicionalmente se ha distinguido de aquella de inmigrante irregular, migrante económico y solicitante de asilo simulado; todos éstos están excluidos de la categoría de refugiado. Este apartado explorará si las categorías que se identifican sirven para explicar la complejidad de los movimientos de población globales, y si las categorías de migrante o de refugiado resultan objetivas y materiales, o por el contrario, son construcciones discursivas que complementan el dispositivo migratorio.

Para responder a estas interrogantes, es necesario establecer que el DI se ocupa del estatus de ciertas categorías de migrante, comenzando por el caso de normas de derecho

³⁰⁵ Prólogo De Lucas al libro de VACAS Fernández, Félix. *El derecho migratorio internacional y europeo, op. cit.*, p. 16.



positivo claramente exigibles como obligaciones internacionales, que es el caso de los derechos de los refugiados y peticionarios de asilo, quienes gozan de una protección especial. Con respecto a esta categoría sí es posible solicitar el reconocimiento de un derecho a ingresar y a permanecer en un país que no es el de su nacionalidad.³⁰⁶



Extraído y adaptado de http://scholarship.law.georgetown.edu/imbr_2010/3

El criterio para distinguir entre migrantes y refugiados consiste en considerar que parten de contextos diferentes: unos, con la esperanza de dejar atrás la pobreza y otros, para poder alejarse de la violencia. Es a partir de esta motivación inicial de la persona que se desplaza a través de las fronteras que el derecho, teniendo en cuenta las diferentes necesidades,

³⁰⁶ La Convención relacionada con el estatus de refugiados de las Naciones Unidas define quién es un refugiado, y contiene las reglas de los individuos a los que se les garantiza el asilo y las responsabilidades de las naciones que garantizan el asilo. La Convención también decide qué personas no se consideran como refugiadas, tales como criminales de guerra.



estableció unos mecanismos de protección distintos.

Es así como el marco legal global actual beneficia principalmente a los refugiados, grupo que representa una pequeña minoría del total de migrantes del mundo. Solo un selecto grupo de migrantes contenidos en el recuadro de la gráfica caben en su ajustada definición, proveyendo exclusivamente para ellos un marco jurídico que tiene el objetivo de garantizarles seguridad física, garantías judiciales, protección judicial, reunificación familiar, libertad de circulación, y asistencia para cubrir las necesidades básicas e inmediatas.³⁰⁷ El problema estriba en que dichas normas cuentan con poca estructura adicional y tiene como requisito para su aplicación que los migrantes accedan al territorio de un Estado, y luego le deja a sus leyes internas el trámite del reclamo al derecho de asilo.

En consecuencia están excluidas, y por tanto desprotegidas, personas que se encuentran en situaciones similares a las del refugio pero cuyas circunstancias pudieron no haber sido previstas cuando se formularon los instrumentos, a saber, solicitantes de asilo rechazados y quienes están sujetos a retorno obligado, migrantes durante conflictos armados, personas sin Estado debido a cambios territoriales y personas desplazadas internamente, además de los migrantes en la época de los ataques terroristas del 11 de septiembre, entre otros.³⁰⁸

Lo que parece prevalecer es una profunda confusión e incertidumbre en especial en lo que respecta al fundamento para la diferenciación entre las diversas categorías (con base en el criterio de duración de la estancia y el grado de apego al país de destino) y sus derechos correspondientes.³⁰⁹ Sobre esta categorización, Posada estima que:

“La categorización de migrantes que ofrece la ley en términos de estatus migratorio, configura una concepción que ofrece un dispositivo viable para la clasificación que permite a la ley administrar y justificar la extensión o no, de los derechos a los

³⁰⁷ ACNUR 2005, p. 25.

³⁰⁸ GHOSH, Bimal. *Derechos humanos y migración: el eslabón perdido*, op.cit., p. 42.

³⁰⁹ *Idem.*, p. 47.



migrantes. Esto para preservar el control del Estado sobre la migración. Se llega a afirmar en este orden de ideas, que los refugiados y los desplazados forzados surgen claramente como categorías jurídicas a partir de intereses de la comunidad internacional por controlar las migraciones no deseadas”.³¹⁰

En efecto, la manera de excluir las migraciones no deseadas es identificarlas con la motivación económica. Así, ACNUR define esta categoría como aquellos migrantes que:

“(…) eligen trasladarse no a causa de una amenaza directa de persecución o muerte, sino principalmente para mejorar sus vidas al encontrar trabajo o educación, por reunificación familiar, o por otras razones. A diferencia de los refugiados, quienes no pueden volver a su país, los migrantes continúan recibiendo la protección de su gobierno”.³¹¹

Claramente, el objetivo que persigue la definición es negar la posibilidad de que una persona que huye por razones económicas se encuentre resguardada por la protección particular de la que gozan las personas refugiadas, debido a la inexistencia de amenazas directas de persecución.

A estas otras categorías se aplica un *corpus* de legislación internacional que reconoce los derechos de los seres humanos como individuos y se aplican a todos por igual,³¹² obligando a los Estados a proteger un conjunto de derechos humanos básicos para “todos los individuos dentro de su territorio y sujetos a su jurisdicción”. No obstante, como ya se ha reiterado, en la práctica hay una denuncia generalizada sobre la escasa protección a los

³¹⁰ POSADA, Paola. *Refugiados y desplazados forzados. Categorías de la migración forzada creadas como medidas de contención a las migraciones no deseadas*. Estudios Políticos ISSN 0121-5167 No 35, Medellín, julio-diciembre de 2009: pp. 131-152.

³¹¹ Definición de ACNUR en Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (2015). *Directrices sobre protección internacional N. 11. Reconocimiento prima facie de la condición de refugiado*. HCR/GIP/15/11. 2015

³¹² La DUDH, el PIDCP y el PIDESC, específicamente en lo referente a los derechos relacionados con el movimiento que incluyen la no discriminación, libertad de movimiento, asilo, no devolución, unidad familiar, garantías procesales en casos de detención y expulsión.



derechos de los migrantes como consecuencia de una ley internacional desarticulada en conjunto con políticas migratorias que ignoran las preocupaciones relacionadas con los derechos humanos. Es reconocido que la garantía de los derechos humanos a través de los instrumentos internacionales es poco efectiva porque el migrante, entre el momento de cruzar la frontera y arribar al país de destino, se encuentra en una situación de vulnerabilidad inherente derivada de su condición irregular.³¹³ Ortega ilustra esta condición de vulnerabilidad a continuación:

“Su condición migratoria los hace un blanco fácil de explotación laboral; porque no tienen acceso a los servicios de salud y educación; y porque sus hijos son privados de los mismos servicios y muchas veces son convertidos en apátridas. Otros motivos que los hacen un grupo vulnerable son la falta de una vivienda adecuada, forzándolos a la indigencia forzosa; el desconocimiento -la mayoría de las veces- del idioma del Estado de recepción; así como la criminalización de su condición migratoria, lo cual hace que vivan en la ‘invisibilidad’ y no hagan valer sus derechos humanos más básicos por el constante miedo de ser deportados (...). en su mayoría están empleados en el sector informal o la economía sumergida. Sin condición ni protección jurídicas, corren el riesgo de sufrir explotación o abusos por parte de empleadores sin escrúpulos”.³¹⁴

La CIDH, consciente del vacío jurídico en la protección de los migrantes que no son considerados en la protección normativa específica, en un intento por compaginar las dualidades del sistema establece que:

“Dentro del DI, la protección de los derechos de las personas en el contexto de la migración se divide en dos grandes regímenes normativos: por un lado, el DI de los derechos humanos y, por otro, los regímenes específicos de protección para

³¹³ Esta condición de vulnerabilidad ha sido explicada en términos de una dialéctica por Bustamante. BUSTAMANTE, Jorge. Retomando a Max Weber. Comprender la migración a través de la investigación cualitativa. Migraciones Internacionales. Vol. 9, num. 32, 2017.

³¹⁴ ORTEGA, Elisa. *Op. cit.*, p. 23.



refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas, y desplazados internos. La CIDH considera importante que los dos regímenes antes mencionados sean interpretados de manera complementaria y teniendo el principio pro persona como criterio rector de interpretación. (...)”³¹⁵

Más allá de la anterior recomendación, lo que si sería deseable es que se pactaran e introdujeran de manera formal, cambios en la definición de refugiado contenida en los instrumentos específicos, con el fin de actualizarla acorde con los cambios históricos que es fenómeno migratorio ha sufrido. Con ello se estaría dotando al sistema de normas más específicas para no tener que recurrir a las generales o al derecho consuetudinario para suplir su ausencia. Este tema se explora a profundidad a continuación.

3.2.3. El sistema binario que estructura el marco jurídico del DIM

Se ha identificado como el DIM materializa un sistema binario en el cual se acentúa el contraste entre, por un lado, refugiados, como aquellos que merecen protección, y por otro, los migrantes económicos, como aquellos que deben ser regresados a sus lugares de origen. Esta polaridad se confirma con el número de ratificaciones de ambos tratados, mientras que 145 países han ratificado la Convención sobre refugiados, solo 39 países se han adherido la Convención Internacional de los Trabajadores Migratorios y de sus familiares, entre los cuales no se encuentra ningún país desarrollado que sea receptor de migrantes.

El problema que surge es que este sistema binario no captura de manera adecuada el amplio rango de razones para migrar. Por su estrecha definición, el reconocido poder que otorgan los beneficios de la ley internacional de refugiados se hace extensivo a un grupo selecto de migrantes. Así, solo incluye a aquellos que temen ser el objetivo serio de maltratos por su raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo social y cuyo gobierno es negligente o incapaz de brindarle protección contra esa amenaza de daño. El principio de no devolución se extendió por la Convención contra la tortura para aquellos en riesgo severo de sufrir tortura a manos de o, con la aquiescencia de un oficial de gobierno.

³¹⁵ CIDH, 2015, párr. 82.



Mientras que hay un sin número de detonantes de la migración, la definición internacional de refugiado se antoja restringida, y no tiene en cuenta situaciones de migración de supervivencia o de “crisis”, para describir las situaciones en que se huye de las crisis humanitarias, por ejemplo.

La sugerencia consistiría en considerar también como refugiados a “las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”.³¹⁶

De manera similar, en los últimos años, como consecuencia de las transformaciones económicas mundiales, se han agudizado las condiciones que obligan a los seres humanos, guiados por su sentido de supervivencia, a huir de sus países en busca de nuevas y mejores esperanzas de vida para sí mismos y sus descendencias. El pretexto que hace que muchos países no protejan a estos migrantes consiste en confundir las migraciones económicas, que eternamente han acompañado a la humanidad, con el fenómeno que detona las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales de determinados individuos Esta sola consideración invita a hacer una lectura de las normas del DIM que tenga en cuenta las circunstancias presentes en los nuevos tiempos.

Rememorando a Vattel, se encuentra un concepto que bien vale la pena revalidar en nuestros días, cuando apunta que “la emigración constituye un derecho fundamental cuando el Estado de origen es incapaz de proveer la subsistencia a sus propios ciudadanos o no los protege”.³¹⁷

La contribución clave de Vattel se encuentra en el derecho de necesidad como una forma de

³¹⁶ Asamblea General de la OEA: Situación jurídica de los asilados, refugiados y personas desplazadas en el continente americano, Resolución AG/RES. 774(XV-O/85), aprobada en la tercera sesión plenaria, celebrada el 9 de diciembre de 1985, punto resolutivo tercero.

³¹⁷VATTEL, E. de. *Derecho de Gentes o Principios de la Ley Natural, aplicados a la conducta y a los negocios de las naciones y de los soberanos*. París, Casa de Massson e hijos, 1824, p. 103.



conciliar la emigración libre con el control de inmigración. En lugar de reconocer una discrecionalidad de los Estados, Vattel respalda el derecho a la entrada ilegal cuando no hay otros medios para huir de un peligro inminente o procurar los propios medios de subsistencia. No obstante, la necesidad prevalece sobre la soberanía en la medida en que la entrada irregular es la única manera de salvaguardar un interés esencial del extranjero. En sus propias palabras:

“Cuando una necesidad real obliga a entrar en el territorio de otros, por ejemplo, si no se puede escapar del peligro inminente, o si no tiene otro pasaje *para obtener los medios de subsistencia, o aquellos para satisfacer alguna otra obligación indispensable*, -puedes forzar un pasaje cuando se rechaza injustamente”. Pero si una necesidad igual obliga al propietario a rechazar su entrada, lo rechaza con justicia; y su derecho es primordial al tuyo”³¹⁸

Se introduce el concepto de necesidad amparado por la imposibilidad de un Estado de procurar los medios de subsistencia a sus ciudadanos, lo que abre la puerta a una categoría de migrantes que ha sido ignorada y excluida de la protección del DIM, ya que la legislación solo ha privilegiado el concepto de “escapar de peligro inminente o por razones políticas” situaciones protegidas por la figura del refugio y el asilo. Por el contrario, el derecho de necesidad de Vattel prefiguró un deber posmoderno de no devolución donde exista el riesgo de violaciones graves de los derechos humanos, ya sean civiles, políticos, económicos o sociales.

En este mismo sentido, Gezsh ha propuesto adoptar una definición ampliada de la migración forzada para incluir a los llamados “migrantes económicos”, donde una evaluación de las causas de la migración económica como violaciones de los derechos humanos podría

³¹⁸VATTEL, E. de, *The Law Of Nations* 322,1797. “When a real necessity obliges you to enter into the territory of others, -for instance, if you cannot otherwise escape from imminent danger, or if you have no other passage for procuring the means of subsistence, or those of satisfying some other indispensable obligation, -you may force a passage when it is unjustly refused”. But if an equal necessity obliges the proprietor to refuse you entrance, he refuses it justly; and his right is paramount to yours.” Traducción de la autora.



ser la base de la nueva definición.³¹⁹ Esta propuesta surge de ubicar migrantes y refugiados dentro del contexto de los derechos humanos donde el concepto de “migración forzada” puede llevar al entendimiento de que existe una obligación moral y legal en los Estados emisores y receptores, de ayudar a las personas desplazadas por factores más allá de su control.

En este punto es necesario discutir los términos de la definición jurídica que se ofrece para garantizar el derecho a solicitar refugio. La Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados define que se protege de la “persecución” con base en cinco motivos enumerados: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social particular u opinión política.³²⁰

Claramente, las reclamaciones de estatuto de refugiado fundadas en formas económicas de persecución, y persecución por razones de estatus económico, no han sido reconocidas como parte de la definición de la Convención del Estatuto sobre Refugiados. Aunque los jueces encargados de las solicitudes de reconocimiento del estatuto de refugiados evalúan habitualmente tales reclamos, el consenso sigue siendo difícil para determinar en qué medida dicha Convención abarca adecuadamente las violaciones de los derechos económicos, sociales o culturales.³²¹

En efecto, la lista de grupos protegidos de persecución por la Convención sobre los Refugiados solo incluyen los cinco motivos referidos arriba, lista que no ha sufrido cambios en los casi 70 años desde su creación, aunque el contexto político y social que le dio origen si ha cambiado. Rikhop *et al* realizó un estudio detallado comparando la “membresía en un grupo social particular” de las categorías previstas en la Convención de Refugiados con referencia a aquellas contenidas en las leyes internacionales de derechos humanos, el Derecho penal transnacional, el DI humanitario y los instrumentos de Derecho penal

³¹⁹ GZEST, Susan. *Redifining forced migration*. Revista Migración y Desarrollo. Primer semestre 2008.

³²⁰ Naciones Unidas, 1951, art. 1 (A) (2).

³²¹ Vid. FOSTER, Michelle. *Economic Migrant or Person in Need of Protection? Socio-Economic Rights and Persecution in International Refugee Law*. Human Rights and the Refugee Definition Comparative Legal Practice and Theory, Chapter 10, 2016.



internacional. Concluye que los motivos enumerados son en gran medida consistentes con otros instrumentos y protege, o al menos tiene el potencial de proteger, muchas de las otras categorías a través de la “membresía en un grupo social particular”. El problema que detecta consiste en que la motivación está sujeta a la interpretación judicial interna y a varios enfoques analíticos adoptados en diferentes países, razón por la cual la protección podría mejorarse modificando la Convención sobre los Refugiados para incluir explícitamente grupos protegidos adicionales.³²²

Una de estas propuestas consiste en la incorporación de la categoría de persecución por la condición de género, la cuál no está incluida de manera explícita por la Convención de 1951. Derivado del estudio de la concesión del estatuto de refugiada desde una perspectiva de género, el trabajo de investigación de Zamora sobre la violencia contra las mujeres y el refugio, ha identificado una laguna de género en la definición de refugiado. La autora demuestra la necesidad de una reforma, y la justifica de manera precisa al comprobar que la definición actual es evidentemente androcéntrica.³²³ En el mismo tenor, hay un vacío cuando tampoco se contempla específicamente la persecución por orientación sexual.

Por tanto, además de los cinco motivos de persecución contenidos en la ley, existen otra serie de razones adicionales que pueden llevar a una persona a enfrentar la necesidad de dejar su país de origen, bien sean generadas artificialmente por acciones humanas o por desastres naturales. Dentro de los factores de expulsión se incluyen las hambrunas, los conflictos civiles, el cambio climático, la inseguridad alimentaria, la discriminación, la violencia, los disturbios políticos y la fragilidad del Estado y mala gobernanza, como causas de la migración. Cabe reconocer que el DIM, en últimas ni siquiera ofrece una respuesta adecuada para proteger a todas las personas que requieren refugio. Esto puede obedecer al afán por mantener una definición restringida que permita a aquellos que aplicarán la norma un margen de discrecionalidad amplio, obviando el objetivo implícito que persigue la norma.

³²² RIKHOF, Joseph and Geerts, Ashley. *Protected Groups in Refugee Law and International Law*. *Laws*, 8, 25; doi:10.3390/laws8040025, 2019.

³²³ Vid. ZAMORA, Cristina. *Violencia contra las mujeres y refugio*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.



Lo preocupante es que esto, en últimas promueve un sistema deficiente que falla en atender a quienes lo requieren, trasgrediendo el objetivo de la norma. Es necesario, sin duda, una revisión y actualización de la definición de persona refugiada en la propia Convención, reconociendo que actualmente representa una solución obsoleta a problemas modernos.

Hasta el momento, la respuesta institucional a esta debilidad ha consistido en defender y sostener este sistema binario. Para mantenerse dentro de este marco jurídico, ACNUR habla de la existencia del llamado “nexo de migración de asilo”, que hace que se confundan los refugiados y otros migrantes irregulares porque a menudo usan las mismas rutas. Aún cuando reconoce que las personas que migran “tienen motivos de movimiento superpuestos”, diagnostica el problema más bien en que los afectados son los que sí solicitan la calidad de refugiado de manera legítima, porque genera una confusión en las motivaciones y se dan respuestas iguales a casos distintos por parte de los Estados receptores, afectando finalmente a los refugiados que se quedan sin protección.³²⁴

Es importante anotar que últimamente estos organismos que se encargan de proteger a las personas migrantes, se han volcado a destacar las necesidades de protección específicas de grupos como los seres humanos víctimas de tráfico, o de abuso y explotación. Sostienen ahora que su tarea es protegerlos de los peligros inherentes a la migración en el proceso de regreso a casa. No obstante, esto está ocurriendo como un pretexto para admitir la regulación mediante la gobernanza. Simulando que su intención es la de proteger a los migrantes en ruta de retorno a sus hogares de origen, de forma sistemática se les obstaculiza para presentar sus solicitudes de reconocimiento del estatuto de refugiado.

Esta misma preocupación internacional por la “seguridad de los migrantes” ha sido utilizada por los Estados como moneda de cambio en las negociaciones en torno a la migración.³²⁵

³²⁴ Véase CASTLES, S and Van Hear, N (2005), *The Migration-Asylum Nexus: Definition and Significance*, Lecture presented at COMPAS, Oxford University, 27 January.

³²⁵ Actualmente México se encuentra promoviendo el “retorno asistido” de inmigrantes centroamericanos de manera sistemática. <https://cnnespanol.cnn.com/2020/01/21/mexico-retorna-a-110-hondurenos-de-la-caravana-migrante/>.



El discurso sobre la protección internacional en el contexto de la movilidad humana ahora va mucho más allá de un enfoque centrado solo en los refugiados. Éstos representan uno de los grupos de “personas en movimiento” que tienen necesidades de protección y para quienes los Estados tienen obligaciones en virtud del DI de los derechos humanos. Por ello se siguen presentando importantes lagunas en la protección de los migrantes irregulares vulnerables.

La despreocupación sobre corregir esta debilidad material del DIM, se justifica cuando el sostener la idea de que los migrantes son “personas que huyen de la pobreza” y que están excluidos del sistema de protección de refugiados *de facto*, en últimas se torna conveniente ante la opinión pública de los países desarrollados. De acuerdo con Dominguez, “asegura la persistencia de estructuras de discriminación y racismo institucional en los países de destino, incluyendo el espacio degradado del mercado de trabajo dual reservado a los migrantes irregulares y el trabajo forzado en la prostitución femenina y de menores”.³²⁶

3.2.4. El problema estructural de la ley de refugiados

De la mano de la necesidad de actualización de las categorías, está la urgencia de reformar otros aspectos del marco jurídico actual que han sido identificados por ser detonadores las crisis migratorias en los términos en que está formulado. Consideradas como desplazamientos o flujos migratorios a gran escala, la crisis que estos movimientos generan son síntoma de la extensa cantidad de personas que se encuentran en contextos de movilidad, y el descontrol que generan en el contexto internacional, desbordando la regulación normativa. No es exagerado afirmar que el DIM constituye un factor importante del problema de raíz.

Para Ramji-Nogales el conflicto se centra en que el DIM enmarca un campo dominado por el principio de no devolución, que al no contar con una estructura adicional

Retraído de: <https://www.elperiodico.com/es/internacional/20200122/mexico-retorna-219-integrantes-caravana-migrante-7816298>.

³²⁶ DOMINGUEZ, Migraciones internacionales, *op. cit.*, p. 80.



crea la fórmula que detona las crisis. Este principio requiere que los migrantes accedan al territorio del país para poder reclamar el derecho de asilo. Ello alienta los arriesgados viajes que emprenden personas que se movilizan por un complejo conjunto de motivaciones, pero que encuentran como requisito el articular una justificación válida para obtener el estatus legal de refugiado.

De todos los migrantes que logren ingresar al país de acogida, solo algunos podrán demostrar que no están seguros en ningún lugar de su país de origen. Aún cuando la mayoría presenten sus solicitudes de reconocimiento del estatuto de refugiado dentro de año subsiguiente a su ingreso, la sobresaturación del sistema que tramita la solicitud hará que se restrinja el acceso a los pocos que logren demostrar que realizan una reclamación válida en los estrechos términos del sistema. La validez en todo caso será discrecionalidad del operador del derecho correspondiente, quien, como ya se ha discutido desde la postura de los CLS, responderá de acuerdo con una amplia gama de criterios.³²⁷

Esta situación es descrita de manera cruda por Robinson cuando sentencia, “si un refugiado ha logrado eludir a los guardias fronterizos, está a salvo; si no lo logra, es cuestión de mala suerte”.³²⁸ Aprovechando esta situación bajo la cual la Convención de 1951 no se aplica extraterritorialmente, los Estados anfitriones han recurrido a argumentos de extraterritorialidad para ejercer sus controles migratorios e impedir a los migrantes que accedan a su territorio. La discusión se entabla en torno al artículo 33 cuando establece a la letra:

Artículo 33. -- Prohibición de expulsión y de devolución (refoulement)

1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad

³²⁷ RAMJI-NOGALES, *op. cit.*, p. 644-647.

³²⁸ Traducción de la autora. “If a refugee has succeeded in eluding the frontier guards, he is safe; if he has not, it is his hard luck”. ROBINSON, Nehemiah, *Convention Relating to the Status of Refugees: Its history, contents and interpretation- A commentary*, New York, Institute for Jewish Affairs, 1953, p. 163.



peligro por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

Este artículo, a falta de estipulación expresa, parece que se aplica a todas las instancias en la frontera, dado que no determina si se hace extensivo a todas las situaciones donde los Estados ejercen su jurisdicción. El dilema entonces es si los controles de migración extraterritoriales son legales o no ante la ley internacional.

De acuerdo con el espíritu de la ley se puede argumentar que los Estados no se liberan de las obligaciones bajo el DI de refugiados simplemente con trasladar el control de la migración en alta mar, o inclusive a territorio extranjero. Contrariamente a las afirmaciones de que el control de la migración extraterritorial se lleva a cabo en un vacío de derechos humanos o en un agujero negro legal, el análisis de Gammeltoft-Hansen demuestra que las normas básicas del DI de refugiados y derechos humanos, en particular el principio de no devolución, siguen siendo obligatorios para un Estado aún fuera de su territorio.

Las obligaciones extraterritoriales que emanan de los tratados de derechos humanos deben ser extensivas a los casos que litigan abogados de inmigración y refugiados. El autor advierte que aún no ha habido oportunidad de reclamar su aplicación porque hasta ahora, solo unos pocos casos específicamente relacionados con el control de la migración extraterritorial, han llegado a las cortes nacionales e internacionales y ante organismos de derechos humanos.

En su escaso desarrollo, la jurisprudencia actual cuestiona seriamente la legalidad de muchos casos recientes de control de migración extraterritorial. Para Gammeltoft-Hansen, en la medida en que esta área del derecho se espera que continuará desarrollándose, se puede



exigir a los Estados que abandonen estas prácticas o, quizás de manera más realista sin esperar un cambio estructural, que a lo sumo introduzcan mecanismos de protección adecuados para garantizar el acceso al asilo de los refugiados en medio de los flujos migratorios generales.

Esta postura no desafía lo que representa el *statu quo* del sistema actual. Desde otra óptica, no se trata solo de que el DIM no responda adecuadamente al problema que intenta resolver, como lo han estimado varios autores referidos en el Capítulo II. El problema es más profundo: lo que genera el sistema actual en las condiciones en que está formulado, es una especie de señuelo, o engaño para los migrantes con la promesa de un estatus legal que se puede obtener si se logra ingresar a un territorio, aportar pruebas suficientes de persecución. El sistema crea una falsa expectativa.

Predomina un enfoque único que se ha convertido en un problema para la migración contemporánea que gira en torno de determinar si los migrantes en flujos masivos encuadran dentro de la definición legal de refugiado. Como ya quedó establecido arriba, los debates se centran en quien es un refugiado y quien un migrante económico, sin reflexionar si estas categorías son apropiadas para los problemas migratorios actuales que distan mucho de aquellos que enfrentó el mundo en 1950. La distracción del dilema real, se produce cuando la discusión se centra en los alcances de la definición legal y no en una reflexión más amplia sobre quien debería poder migrar globalmente y porqué.

Lo más lamentable es la ausencia de cálculo sobre las implicaciones de sostener este esquema binario, que se manifiesta en el peligro que corren las personas que migran en los recorridos en extremo riesgosos que son forzados a emprender; todo con el fin de lograr colocarse frente de un juez que deberá decidir si su caso se ajusta o no, dentro de los límites de la definición.

Este sistema genera varios efectos: ignora completamente la perspectiva que detentan las personas que migran, irrelevantes dentro del marco legal internacional; distrae el debate sobre la manera como las leyes internacionales no están ofreciendo otras bases legales para



la migración; desvía el cuestionamiento acerca de la pertinencia y razón de ser de los poderosos controles fronterizos que impiden que los migrantes lleguen a su destino de manera segura; y finalmente, elude la discusión sobre las cuestiones materiales que detonan la migración, como es la inequidad estructural global.³²⁹

Aunado a esto, en la actualidad las prácticas de los Estados en materia de refugio presentan tendencias regresivas de protección que son atribuibles a varios factores, entre otros, a políticas restrictivas que responden a las crecientes preocupaciones de seguridad nacional. Ello se presenta en un contexto en que se privilegian las medidas de control migratorio y que presiona sobre las instituciones para moldearlas a los intereses de los Estados de recepción. En última instancia, como se señaló, también responde al deterioro de la respuesta institucional requerida para enfrentar el recrudecimiento de la realidad migratoria actual.

Estas explicaciones dejan por fuera, como origen del problema, las limitantes que contiene la legislación internacional que obliga a comprender dicha realidad desde la estrecha visión de dos categorías únicas de migrantes, con lo que se pierden de vista los mecanismos estructurales que dinamizan la movilidad de personas más allá de las fronteras. Además, una definición muy ajustada para que se reconozca el estatus de refugiado, y segundo, limitaciones tanto sustantivas como de procedimiento, consolidan la combinación de incongruencias que presenta el DIM. La ley no provee acceso al territorio o derecho de asilo para estas nuevas categorías de migrantes. En vez de crear las condiciones para contar con procesos que garanticen movimientos en los que de manera primordial se proteja a las personas en proceso de migración, el régimen internacional requiere que estas personas se abran su propio camino hacia el territorio del Estado del cual buscan protección, con todos los problemas logísticos para los países de tránsito que estos recorridos involucran. En efecto, este sistema binario que compone el Estatuto de Refugiados no contempla la cuestión de cómo procesar situaciones de flujo masivo de refugiados, por el contrario, la evade.

³²⁹ RAMJI-NOGALES, Jaya. *Op. cit.*, p. 654.



Es necesario proponer marcos conceptuales que permitan el análisis desde otras perspectivas. Esposito ha adquirido gran relevancia dentro de la academia por su presentación sobre las tecnologías y dispositivos para la regulación de la amenaza cultural que representa la migración para algunos países. Introduce una analogía con la inmunización, en este caso jurídica, en la cual el sistema de refugio equivale a una vacuna en la que introduciendo un poco del virus se controla la totalidad de la amenaza. En otros términos, los pocos refugiados a los que se les reconoce su derecho generan en el país de acogida una especie de autoinmunidad, y se vuelve tan fuerte que ya la enfermedad no penetra en el cuerpo del país que se busca proteger.

De esta manera se niegan nuevas formas de migración. La categoría de inmunización se introduce como clave analítica de la biopolítica, denominándola como “el paradigma inmunitario”, donde la inmunización obstaculiza los problemas políticos actuales, hace posible una impensabilidad de las categorías políticas. Se posiciona dentro del marco de orientación de Foucault acerca de que el poder “no es una cosa” o “sustancia” que se adquiere o retiene, sino que insta a comprender mejor los acontecimientos en donde la política y la vida se entrecruzan en las relaciones de poder, y en donde se sitúa y coloca el pensar y actuar de la subjetividad humana.³³⁰

La producción de la subjetividad, precisamente, como bien lo expone Hernández, define al inmigrante o al “delincuente potencial” de manera tal que hace posible justificar la construcción de un cierre de los flujos. Se construyen muros simbólicos y materiales para evitar un “contagio” entre el mundo oriental y el occidental, entre ricos y pobres. Según el autor, todas estas subjetividades biopolíticas han de ser trabajadas sobre un piso teórico sólido abordando estos acontecimientos, con el fin de abolir todo espacio de exclusión donde la vida es atravesada por la tecnificación. Parafraseando a Esposito, el cuestionamiento redundante en torno a cómo la gubernamentalidad o la técnica producen la subjetividad humana para decidir lo que es “adentro” y “afuera”, lo que se “incluye” o “excluye”, lo que “merece

³³⁰ También se relaciona con la tesis de autoinmunidad de Derrida en su obra *Canallas-*, DERRIDA, J Canallas: Dos ensayos sobre la razón. Editorial Trotta, 2005.



vivir” y lo que no, la vida que “merece ser vivida” y aquella que no.³³¹ Esto está íntimamente relacionado a lo que expresaba Derrida en torno a la migración y la alteridad porque todo este cuestionamiento inicia cuando los Estados determinan la hospitalidad en el definir “quién debe entrar en un país”, es el concepto de “ellos” y “nosotros”, lo que genera unas estructuras de las que se deriva todo un proceso de exclusión que termina por provocar un efecto sobre el valor mismo de la vida.

La referida teoría de Esposito puede llegar a fundamentar una explicación del porqué los países receptores por excelencia son escépticos a reevaluar o reformar las leyes internacionales vigentes. La razón que una vez más se hace evidente después del análisis que se ha formulado: el paradigma actual fue construido y consolidado para adaptarse y resolver de manera idónea en favor de sus necesidades e intereses, permitiéndoles cumplir con su parte moral humanitaria de brindar refugio, pero excluyendo de manera general a los “migrantes no deseados”.

Ambas, la Convención de los Refugiados y la Convención contra la Tortura se quedan cortas en ofrecer requerimientos vinculantes que gobiernen el proceso mediante el cual se determinan las solicitudes de asilo. Dejan brechas irresolubles sobre los estándares que determinan el proceso para reconocer el estatus de refugiado, sostienen un vacío de orientación legal que fue reconocido desde los trabajos preparatorios a su creación, y evaden flagrantemente el caso de inlujos de migrantes de manera masiva. Como resultado, el marco normativo internacional no solo es incapaz de responder a estas crisis migratorias, sino que es un factor determinante que las detona.

Es así como en la actualidad, muchos Estados reciben refugiados, no bajo la definición de una Convención que data de 1951, y que no ha sido actualizada, sino en un sentido más amplio, respondiendo al criterio de *non refoulement* como norma consuetudinaria, bajo el cual responden a su obligación de admitirlos en su territorio y

³³¹ HERNÁNDEZ Martínez, Efrén La biopolítica-impolítica de Roberto Esposito. *Revista Andamios* vol.15 no.37 México may./ago. 2018.



respetar escrupulosamente este principio fundamental de no devolución en las fronteras. De ahí se explican las estrictas restricciones que imponen en sus procedimientos internos para cumplir con su obligación internacional.

De acuerdo con Ortega, doctrinas recientes han buscado contrarrestar esa situación mediante la presunción de que “cualquier miembro de un grupo de personas que han huido de su país al resultar afectadas por conflictos armados o acontecimientos que perturban el orden público en todo el territorio de su país de origen, de nacionalidad o de residencia habitual, o en parte de él, deben considerarse *prima facie* como refugiados salvo prueba en contrario”.³³² En este orden de ideas, se ha escrito que los Estados tienen “una obligación de carácter consuetudinario” de no devolver a las víctimas de conflictos armados o de situaciones de violencia generalizada.

El discurso legal del asilo tiene supuestas pretensiones humanitarias que se traicionan sistemáticamente a sí mismas. Es la representación de la justicia traducida en la legislación, que legitima, pero no resuelve, y que se sostiene con el fin de no alterar el *statu quo*. El sistema de asilo avala la acción hospitalaria de recibir las solicitudes de asilo que provienen de manera masiva de grupos de población en tránsito, pero en la práctica no se provee la infraestructura necesaria para tramitar de manera eficaz estas solicitudes, dejando a grupos completos de personas atoradas o varadas por largos periodos de tiempo a la expectativa de una respuesta favorable. Es un juego dialéctico entre la hospitalidad incondicional y condicionada.

Esta situación se ha identificado con el concepto del *homo sacer*, descrito por Agamben: un ser humano que no está considerado y por tanto no está definido por ningún conjunto de leyes positivas y, tampoco es portador de derechos humanos que preceden a las normas legales.³³³ Solo tiene una expectativa de ser poseedor de un derecho de asilo. Esta expectativa se genera a partir del marco normativo actual que contiene el sistema de asilo, animando los flujos masivos de migrantes a presentarse en las fronteras de Australia, Europa

³³² ORTEGA, Elisa. *Op cit.*, p. 223.

³³³ ESTÉVEZ, Adriadna. *Op. cit.*, p. 43.



y Estados Unidos; y dejando en manos de los sistemas jurídicos internos de estos países, a su efectiva operatividad y a la discrecionalidad de los jueces, que en últimas responden a una determinada política estatal, el conceder o no la protección al derecho de asilo.

Ramji-Nogales subraya que este esquema, sin el objetivo de insinuar si es o no de manera intencionada, evade el debate sobre si las leyes migratorias ofrecen o deben ofrecer otros ámbitos legales alternativos para la migración, o el hecho de que, en paralelo a esta legislación, y para contener sus efectos, coexisten controles poderosos en las fronteras que hacen muy difícil llegar a su destino de forma segura. Por estas consideraciones, las emergencias migratorias actuales son predecibles y son de manera directa consecuencia de la infraestructura del DIM actual, que básicamente se sustenta en un régimen de refugiados anticuado, facilitador de los intereses de los países receptores.³³⁴

En muchos sentidos, la situación de los migrantes irregulares vulnerables ha llegado al extremo donde la comunidad internacional ha manifestado consenso en que la protección internacional de las personas en movimiento ha evolucionado desde que fue recogida en la ley de refugiados, sin ser ya simplemente una cuestión de refugiados. Sin embargo, persiste este principio consuetudinario inalterable y la legislación en materia de refugiados sin modificaciones frente a una franca descontextualización histórica, y falta de actualización para que la norma responda a las necesidades del momento y cumpla efectivamente con su objetivo.

Este contrasentido ha sido interpretado por las posturas críticas en la migración como una clara estrategia voluntaria por parte de los Estados receptores, en la forma de un dispositivo que les permite cumplir con los principios del DIM, pero al mismo tiempo controlar de manera estricta, la entrada de migrantes a su territorio.

Se ve claro cómo estas deficiencias en el plano jurídico brindan un pretexto a los Estados para aliviar la carga de sus responsabilidades internacionales que se materializan en iniciativas tendientes a restringir el espacio destinado a la protección internacional. Para

³³⁴ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) y principio de *non-refoulement*.



muchos, estas iniciativas construyen una paradoja en un ordenamiento jurídico internacional dominado por el énfasis en el desarrollo progresivo del derecho relativo a la protección de la persona humana, donde la tendencia se esperaría que fuera hacia fortalecer la protección de los refugiados. Según Goodwin-Gill, no hay que perder de vista la responsabilidad que tienen los Estados en su condición de miembros de la comunidad internacional y, sujetos como están por tal virtud, a las obligaciones que pueden desprenderse de tal condición. En este contexto, existen limitaciones a la discrecionalidad estatal en este ámbito vinculadas con el principio de solidaridad internacional, y a un cosmopolitismo que debería ser incondicional.³³⁵

Como ya se anticipó en el marco teórico con la tensión entre el nacionalismo y el cosmopolitismo, la cosmopolítica promueve la promesa kantiana de la paz perpetua y proyecta la cara humana de la globalización. Este discurso contiene la estrategia para enfrentar dicha tensión, o como se le identificó arriba, la paradoja de un ordenamiento jurídico internacional que a la vez que promueve la protección de los derechos humanos sostiene en la legislación estas incongruencias: defensa retórica de principios cosmopolitas, pero consolidación de normas que les contradicen. Lejos de conformar un límite al imaginario nacional y contrarrestar la supremacía de la soberanía nacional y favorecer la protección de los derechos humanos, este discurso cosmopolitista tiene un objetivo diferente. A la larga termina favoreciendo prácticas políticas ancladas en los intereses individuales de los Estados.

En el caso particular de la inmigración, el ideal de la sociedad internacional de avanzar hacia una paulatina articulación de mecanismos e instrumentos que respondan a la voluntad cosmopolita, cuyas prioridades se centren en los individuos, en la mayoría de los casos se ve obstaculizado. En un claro contrasentido, el aumento de la heterogeneidad racial y étnica asociada a la inmigración en las sociedades receptoras, termina a largo plazo por socavar la idea idílica del cosmopolitismo, mermando los sentimientos de solidaridad e

³³⁵ GOODWIN-GILL, Guy S., *The Refugee in International Law*, second edition, Oxford, Clarendon, 1996, p. 203.



identificación mutua que ayudan a apoyar la justicia social, y consecuente desarrollo de una justicia social global.³³⁶

3.2.5. El derecho de asilo y la metáfora de Kafka en “Ante la Ley”

La metodología del análisis narrativo se retoma en este punto para generar una conexión con la realidad que enfrentan los migrantes como sujetos jurídicos del derecho que hasta aquí se ha estudiado. Con el objetivo de darle un rostro que humanice el sistema de refugiados como pilar de DIM, se retoma en este apartado, como una expresión que reitera metafóricamente la teoría de Espósito arriba referida, un cuento corto de Kafka que presenta una narración que construye un símil entre la luz y el derecho. En él la relación entre el derecho a refugio y la justicia cobra su claro sentido. Referido al iluminismo jurídico de los derechos, los derechos naturales se retoman por Kafka en su obra “Ante la ley”.³³⁷ En este caso la ley se equipara a los derechos de los migrantes.

El argumento se construye en la narración de Kafka en los siguientes términos:

“Ante la Ley hay un guardián. Hasta ese guardián llega un campesino y le ruega que le permita entrar a la Ley. Pero el guardián responde que en ese momento no le puede permitir el acceso. El hombre reflexiona y luego pregunta si es que podrá entrar más tarde.

—Es posible —dice el guardián—, pero ahora, no.

Las puertas de la Ley están abiertas, como siempre, y el guardián se ha hecho a un lado, de modo que el hombre se inclina para atisbar el interior. Cuando el guardián lo advierte, ríe y dice:

³³⁶PUTNAM, Robert. “E Pluribus Unum: Diversity and Community in the Twenty-First Century: The 2006 Johan Skytte Prize Lecture,” *Scandinavian Political Studies*, Vol. 30.2 (June 2007), 137–174, p. 13.

³³⁷KAFKA, Franz. *Ante la Ley*. Luarna Ediciones, 2014.



—Si tanto te atrae, intenta entrar a pesar de mi prohibición. Pero recuerda esto: yo soy poderoso. Y yo soy solo el último de los guardianes. De sala en sala irás encontrando guardianes cada vez más poderosos. Ni siquiera yo puedo soportar la sola vista del tercero.

El campesino no había previsto semejantes dificultades. Después de todo, la Ley debería ser accesible a todos y en todo momento, piensa. Pero cuando mira con más detenimiento al guardián, con su largo abrigo de pieles, su gran nariz puntiaguda, la larga y negra barba de tártaro, se decide a esperar hasta que él le conceda el permiso para entrar. El guardián le da un banquillo y le permite sentarse al lado de la puerta. Allí permanece el hombre días y años. Muchas veces intenta entrar e importuna al guardián con sus ruegos. El guardián le formula, con frecuencia, pequeños interrogatorios. Le pregunta acerca de su terruño y de muchas otras cosas; pero son preguntas indiferentes, como las de los grandes señores, y al final le repite siempre que aún no lo puede dejar entrar. El hombre, que estaba bien provisto para el viaje, invierte todo —hasta lo más valioso— en sobornar al guardián. Este acepta todo, pero siempre repite lo mismo:

—Lo acepto para que no creas que has omitido algún esfuerzo”.³³⁸

La interpretación de esta metáfora en la que la ley equivale a los derechos, y en particular al derecho de refugio, demuestra cómo el portón de la ley está abierto, lo que equivale al reconocimiento internacional al derecho a solicitar refugio y a ser protegido mediante el principio de no devolución. Cuando se describe cómo el guardia deja ver un poco hacia dentro, para lo cual el campesino se inclina, se ilustra cómo hay una falta de instrumentos útiles para permitirle entrar, el guardián es el juez quién seguramente sostendrá una interpretación muy estrecha del material probatorio, prestándose a un juego interpretativo que responde a la mercantilización de los derechos.

Cuando el campesino busca entrar, y el guardia le dice: yo soy poderoso, poderoso en la jerarquía judicial, un fulgor lo ciega, la luz de la justicia irradia por todos lados y aunque

³³⁸ *Ibidem.*



el campesino ha esperado con ansiedad ser irradiado, finalmente termina ciego por la oscuridad, y no puede levantarse por tener el cuerpo entumecido.³³⁹

Para que la justicia lo cubra, el hombre ha tenido que hacerse pequeño. Antes tenía una presencia que poco a poco se fue reduciendo. La solicitud de justicia no llega aún cuando es pretendida y constantemente interpelada. El garantismo llega muy tarde, y, una vez concedido, el Estado se jacta alardeándolo, aún cuando en realidad lo ha reconocido de manera tardía.

Como resultado del actual proceso de mercantilización de valores y principios, aunque los Estados reconozcan por razones humanitarias el derecho al refugio, sus intereses están por encima de estas consideraciones morales y el sistema de asilo se convierte en una herramienta de su política de inmigración. Por ello sostiene la expectativa de que cumple con su obligación moral de ofrecer refugio, pero solo se presenta como una “luz en el horizonte” que nunca iluminará a una masa de los destituidos, de sujetos al margen de los derechos. Por el contrario, habrá unos tantos que sí serán sujetos con hipotutela, pocos serán los destinatarios de una tutela de sus derechos fundamentales.

Algunas de las diversas aproximaciones filosóficas sobre los derechos, los valores y el sentido de justicia de la ley son la justa medida del caso de los inmigrantes irregulares que aspiran lograr que se les reconozca su condición de refugiados. Este cuento de Kafka reitera la problemática en la cual solo se reconoce su derecho a un porcentaje muy reducido de ellos, y con eso se legitima el Estado que los acoge, dejando atrás a un número superior de personas desprotegidas. Como lo dice la obra de Kafka: “La puerta era solo para ti y ahora voy a cerrarla”. Esto es justamente lo que sucede con el derecho de asilo. Los guardianes de cada sala que son cada vez más poderosos, alude a las fronteras que tienen que ir atravesando los migrantes.

“Para que la justicia lo cubra el hombre ha tenido que hacerse pequeño,” es lo que sucede también con los migrantes que llegan a reclamar sus derechos dentro de un sistema

³³⁹ *Ibidem.*



que desconocen, con idioma desconocido además de un lenguaje jurídico encriptado y sin posibilidades de defensa. Solo pocos lograrán el asilo, una vez que se acerquen tímidamente a reclamarlo y estén dispuestos a soportar las condiciones que les impone el país de acogida. Los medios para hacer valer un derecho tienen un costo que no todos pueden cubrir. Resultan así, unos sujetos que están hipertutelados mientras que otros no acceden a la justicia y solo miran el resplandor de la luz. Es el caso claramente del derecho al asilo.

Desde la teoría crítica se cuestionaría, ante los planteamientos anteriores, si el objetivo primordial no es tutelar los derechos de aquellos que buscan asilo y refugio, entonces ¿cuál es el verdadero papel que desempeña la ley de asilo dentro del DI? Una respuesta es planteada en este sentido por Estévez cuando afirma que lo que denomina el “discurso legal del asilo”, se utiliza por los países receptores como estrategia *ad hoc* para engrasar el dispositivo de la regulación migratoria que el biopoder ha utilizado en las últimas décadas para contener la amenaza que representa la migración de países expulsores, cuyos migrantes son vistos como racial y culturalmente como inferiores.³⁴⁰ El asilo se convierte en un dispositivo, en un instrumento para lograr una política migratoria acorde a los principios internacionales pero que a la vez preserve el interés de los países poderosos.

Como comentario final, esta metáfora refleja aquello que ha sido claramente avisado por la teoría crítica cuando denuncia la manera en la que la ley parece garantizar igualdad de acceso al poder al permitir a todos los individuos y los grupos organizarse para defender sus intereses y utilizar los instrumentos jurídicos disponibles para su defensa, pero simultáneamente, establece mecanismos que obstaculizan o impiden dicho acceso a determinados individuos o grupos.

En el caso del individuo migrante como sujeto del DIM, ello significa la legitimación activa directa de las personas para exigir de manera directa sus derechos fundamentales ante las instancias internacionales. La obstaculización de este probable reclamo de derechos se produce de manera inherente al propio instrumento jurídico. Es muy poco probable que las personas en movimientos migratorios puedan hacer un reclamo frente a una instancia

³⁴⁰ ESTÉVEZ, Adriadna. *Op. cit.*, p. 28-34 y 139-142.



internacional, por lo que los derechos de lo que gozan no son claramente exigibles en las instancias que podrían reconocérselos por encima de los propios Estados.

El derecho aparece como el reflejo de valores universales compartidos que son asumidos por todos los ciudadanos. Empero, la imposición del respeto de tales valores perpetúa un sistema social discriminatorio y excluyente por su carácter racista o xenófobo. Como bien lo destacan los CLS, el derecho se presenta como un acopio de creencias y prejuicios que tiene por fin esconder, ocultar las injusticias sociales con un antifaz de legitimidad.

La migración es una cuestión de reconocimiento de derechos que deben tener unas obligaciones correspondientes ancladas en la hospitalidad incondicional y bajo consideraciones humanitarias. El problema fundamental es que no puede haber derecho a ser un refugiado a menos y hasta que haya un deber correspondiente en algún país, de acoger a un refugiado y hacerlo parte de su Estado. El régimen actual de refugiados que estaba inicialmente inspirado y destinado a volver a poner de pie a las personas, muy por el contrario, las mantiene de rodillas.

3.3. Relación entre el contenido formal y material en el DIM

Plenitud, integridad y coherencia (vs) efectividad, eficacia, y legitimidad. Entre estos dos conjuntos de criterios para evaluar la ley, debe prevalecer su función, cuál es la razón de ser de la ley, como ya se ha expresado: la *ratio juris*. Esta supone consistir en la protección de las personas migrantes y la defensa de su dignidad como sujetos del DIM.

Con el fin de hacer una evaluación de todos estos elementos que se han discutido se retoma la pregunta que se formula inicialmente: ¿Los problemas formales en realidad obstruyen la efectividad de las normas? A continuación, se pondrán en escena todos los elementos ya discutidos bajo la premisa que sustenta la investigación: la legislación internacional en materia de migración enfrenta problemas jurídicos que amenazan gravemente la protección de los migrantes. Como ya se argumentó, el problema es que en la actualidad con respecto al DIM, la realidad fáctica que se refleja en la práctica y la realidad



normativa que se basa en la teoría no convergen, por lo que la normatividad requiere ser objeto de revisión.

Teniendo en cuenta que el pilar del DIM se ha construido en torno a un principio y el sistema de asilo, fundado y desarrollado con base en la obligación humanitaria de brindar refugio, hay que evaluar su validez y legitimidad durante el transcurso del tiempo. Estas consideraciones se discutirán a través de un estudio de caso.

En Latinoamérica ha venido observando un cambio progresivo hacia la flexibilización en el manejo de las obligaciones internacional en materia de asilo y refugio, favoreciendo el decremento de los estándares de protección. Ello motivó un estudio de las distintas legislaciones de la región para evaluar si este cambio respondía a la dicotomía con respecto al derecho de asilo y el refugio, teniendo como resultado una confusión en los conceptos, y si esto se traducía en una disminución de la protección de las personas solicitantes de refugio. En el 2004 se emprendió esta investigación interinstitucional cuyo objeto de estudio era evaluar si en la evolución de la figura del asilo o en el estatuto de refugiado en los países del cono sur se encontraba la justificación del cambio en los estándares de protección.³⁴¹

Con el fin de aplicar los criterios vertidos en el análisis sobre la fragmentación, primero hay que establecer que este caso coincide con la primera característica del DIM de pertenecer a numerosas ramas del derecho que contienen las normas relativas al caso específico de la jurisdicción del DIM: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional Humanitario, así como el Derecho Penal Internacional.

También contiene la característica fragmentaria de responder a sistemas de protección tanto globales como regionales, con lo cual convergen dos sistemas normativos aplicables al ámbito internacional: el sistema regional latinoamericano sobre asilo diplomático y territorial y, por el otro lado, el sistema universal de protección de los refugiados.

³⁴¹ FRANCO, Leonardo (coord). *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: Análisis crítico del dualismo "asilo-refugio" a la luz del DI de los derechos humanos*. Universidad Lanus, ACNUR e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.



Una vez analizadas las distintas legislaciones de los países de la región, el estudio expone como patrón predominante en las legislaciones nacionales el neologismo “refugio” para referirse al régimen internacional de protección de refugiados. Sin embargo, se denota cómo dichas normas se mantienen independientes de aquellas otras por las que se regula el asilo. A esta figura jurídica del asilo, por separado, se le identifica, exclusivamente, con la modalidad positivizada en los tratados y convenciones del sistema latinoamericano sobre asilo diplomático y territorial, y en las que no existe referencia al asilo contemplado en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En términos de las hipótesis del estudio: “esto indica que se ha consagrado en la región un marcado dualismo, que denota una separación clara y tajante entre el “asilo” y el “refugio” como figuras independientes sin relación alguna entre ellas”.³⁴² Por tanto, la problematización del estudio consistió en detectar si estas fallas en la interpretación tuvieron como consecuencia una disminución de los estándares de protección y por ende se tradujeron en una falta de efectividad de la norma.

Como punto de partida del análisis, para evaluar la puesta en práctica de los instrumentos regionales en América Latina, se tomó la crisis que tuvo lugar en América Central en la década de 1980, donde se presentó una afluencia masiva de refugiados provenientes de El Salvador, Guatemala y Nicaragua. Aún cuando no todos los países receptores en cuestión habían ratificado los instrumentos relativos al derecho de refugio, destacó el hecho de que, en la mayoría de los casos, la respuesta ante la crisis consistió en el reconocimiento *prima facie* del estatuto de refugiado, y estas personas que migraban recibieron *de facto* el trato acordado en la Convención de 1951 y en el Protocolo de 1967. Esto implica que no se verificó formalmente el reconocimiento de la condición de refugiado, en armonía con lo que ha sido la tradición de la región.

El ejemplo fue muy ilustrativo porque a pesar de las graves dificultades logísticas que desencadenaron estos desplazamientos masivos, hubo un respeto generalizado al principio de no devolución. En vez de recurrir a figuras subsidiarias con parámetros inferiores de protección al que se reconoce a los refugiados en el DI, los Estados cumplieron con su

³⁴² *Ibid.*, p. 24.



obligación internacional, aún sin contar un marco normativo común, pues no todos los Estados habían asumido su obligación internacional mediante la ratificación del tratado correspondiente.

Esta protección se ofreció, a pesar de que se identificaron antinomias entre ambos sistemas, que pudieron haber sido expuestas como pretextos para el cumplimiento de las obligaciones internacionales en torno a la protección de los refugiados. Las discrepancias entre el sistema de asilo latinoamericano y el sistema universal de protección de los refugiados que pudieron ser aducidas como pretexto para no cumplir de manera cabal con la protección, incluían:

- . el hecho de que entre el sistema interamericano y el sistema global se enfatizan desproporcionadamente los derechos y la discrecionalidad de los Estados en detrimento de los derechos de las personas que necesitan protección internacional;
- . antecedentes de aplicación del derecho de asilo de forma elitista, favoreciendo a personalidades conocidas en el ámbito político y, consecuentemente, perjudicando a personas anónimas que también necesitan justificadamente protección internacional;
- . que el sistema interamericano de asilo no había elaborado normas de tratamiento que delimitaran el contenido de los derechos de los que se consideran asilados.³⁴³

Es de resaltarse entonces, cómo dentro del contexto de esta crisis de América Central se reconoció el método sistemático sobre el que se edificó el sistema de asilo en la región, y se respondió fortaleciendo esta postura a través de la doctrina, mediante coloquios y conferencias.

Aún contando con este antecedente favorable a la protección del refugiado, posterior a la crisis se fue dando un cambio progresivo en el enfoque cuando se empezó a desatar una tendencia decreciente en los años subsecuentes en el nivel de los estándares de protección internacional de los refugiados en las legislaciones internas de algunos países de la región.

³⁴³ *Idem.*, p. 30.



Esto ya no correspondía a los instrumentos regionales, y por el contrario parecía responder mas bien a otros modelos normativos de tendencia regresiva, tales como los europeos. Se percibió una preferencia por un abordaje exegético en virtud del cual, y en el afán por resaltar las diferencias que existen entre las diversas expresiones jurídicas, se concluyera por desarticular los lazos comunicantes que se habían tendido con éxito en la etapa anterior.

En consecuencia, el fenómeno que tuvo lugar se identifica con un cambio en:

“(…) la unidad armónica y sistemática construida a partir del cuadro de heterogeneidad normativa que existe en la región como fruto de la coexistencia de regímenes diversos, se dio paso a la fragmentación y desarticulación que nos ofrece el panorama actual, cuya incidencia en la región se deduce a partir de las distintas acepciones que se da a los términos ‘asilo’ y ‘refugio’, así como el estado de la legislación interna de los Estados de la región”.³⁴⁴

Esto dio lugar a una práctica que desentona con la realidad que predominaba en materia de migración, las políticas restrictivas en materia de protección son cada vez más comunes, respondiendo a las crecientes preocupaciones de seguridad nacional donde se privilegian las medidas de control migratorio. En el inicio del siglo XXI, reconoce el estudio que, bajo los intereses de los Estados de recepción, se presiona sobre las instituciones internacionales y hasta nacionales, para que apoyen este tipo de medidas restrictivas de la migración.

Resulta relevante transcribir la conclusión meramente formalista del estudio en su parte fundamental:

“El estudio demuestra que en el mundo jurídico pueden existir importantes abismos entre la doctrina y la idea general acerca del significado de los términos, y que en esta situación la concepción general, sin asidero jurídico de ningún tipo, puede llegar a hacerse tan popular que incluso eminentes juristas se fían de ella y olvidan el estudio de las fuentes. De esta manera se popularizan conceptos que no corresponden a la realidad, pero que para muchos terminan siendo verdad indiscutible. Posteriormente,

³⁴⁴ *Idem.*, p. 32.



los significados atribuidos a estos conceptos se ven plasmados en la normativa interna de los Estados, e incluso terminan siendo enseñados en el mundo académico. Como se demuestra a través de estudio, el pretendido dualismo “asilo-refugio” no solo resta fuerza jurídica a los conceptos empleados, sino que tiene consecuencias graves, potenciales y actuales, para la protección de los refugiados en América Latina”.³⁴⁵

Es así como se resuelve el caso del pretendido dualismo formal entre “asilo-refugio” en el contexto latinoamericano, donde a causa de malas interpretaciones se confundieron ambos términos, restándole fuerza jurídica al concepto, afectando finalmente la protección de los refugiados.

Finalmente, se solventa la mala interpretación, o concepción errónea cuando Gross Espiell salomónicamente sentencia: “en América Latina, según estas Convenciones, asilo territorial y refugio son absolutamente sinónimos”.³⁴⁶ Se concluyó de esta manera que: “El uso indiscriminado y erróneo de términos tales como “refugio”, que sugieren figuras alternativas e inferiores de protección respecto del “asilo”, que pueden introducir las bases para legitimar una disminución de la protección”.³⁴⁷

A tono con esta conclusión, para el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, es importante solventar la confusión de términos que estaba obstaculizando su debida aplicación, por lo cuál sus esfuerzos se orientan a que:

“(…) se aclare la confusión terminológica y práctica que se ha venido dando entre “asilo-refugio” en la región, por medio de la investigación, capacitación, promoción y difusión del derecho de asilo y del DI de refugiados, en el marco del desarrollo progresivo del DI de los derechos humanos”.³⁴⁸

Se concluye entonces, que la fragmentación se usa como pretexto para flexibilizar los estándares de protección. El reduccionismo del estudio se produce cuando peca al atribuirle a la confusión de términos y no a la influencia de modelos normativos de tendencia regresiva

³⁴⁵ *Idem.*, p. 13.

³⁴⁶ *Idem.*, p. 40.

³⁴⁷ *Ibidem.*

³⁴⁸ *Idem.*, p. 12.



de otras regiones, el claro retroceso en la protección de refugiados en el sistema latinoamericano.

3.3.1. El paradigma instrumental en el DIM

¿Qué hay detrás del paradigma instrumental de la fragmentación que se constituye en el DIM? Armonizar los sistemas regionales con el sistema universal de protección de los refugiados, y a su vez con los principios y normas consuetudinarias, no solamente involucra la interpretación de todo el conjunto normativo de conformidad con los contenidos y criterios de interpretación, principios, y la *Lex Specialis* del DI. Más que esto, las problemáticas que asoman en la forma de lagunas que dejan desprotegidos a los individuos dentro del DI, pueden responder a las premisas subyacentes de la ideología liberal. Éstas en ocasiones, impiden el buen funcionamiento del ordenamiento jurídico, más allá de una simple malinterpretación de un término jurídico, una contradicción, o una laguna normativa.

Claramente, en el estudio se identificaron las tendencias que imperaron en las interpretaciones que se vertieron sobre los términos jurídicos, pero cabría preguntarse a qué factor ideológico respondían estas interpretaciones. La respuesta se aleja mucho de la realidad de la región en sí misma y tiende más hacia explicarse a partir de la posición que ocupa la región dentro del entorno migratorio internacional.

Como se ha venido planteando, hay que evaluar si el procurar fundar la validez normativa en la formalidad jurídica consiste en una estrategia discursiva que busca evadir una discusión en términos sustantivos. De esta manera, recurrir a la norma más general de la legislación universal, que responde a una forma de derecho consuetudinario internacional, por encima de los regímenes regionales, pone fuera de contexto los intereses de un grupo particular de Estados con intereses similares. Por esto, se confirma lo manifestado por Koskeniemi cuando concluye que la doctrina de las fuentes parece estar más íntimamente conectada con la estructura del aparato de poder sistémico, que a las doctrinas específicas cuya autoridad validan.³⁴⁹ Termina constituyéndose en una práctica argumentativa bastante bien trabajada sobre la autoridad o “naturaleza obligatoria” de varios instrumentos jurídicos.

³⁴⁹ KOSKENIEMI, *From Apology to Utopia, op. cit.*, p. 307-387.



Lo que se estaba reflejando en términos generales con el retroceso del espectro de protección al migrante y en especial al refugiado, era la hegemonía discursiva en la legislación migratoria internacional. Esto explica el porqué introducir modificaciones a la legislación actual implicaría alterar el *statu quo*. También explica porqué han surgido mecanismos alternos que responden a las debilidades del sistema, en un intento por impedir la alteración del *statu quo* del sistema normativo, y mantener los mismos resultados.

Es de resaltar que la identidad del sistema de asilo latinoamericano tradicionalmente se ha distanciado de aquel de otras regiones, o aún del sistema global.³⁵⁰ Como lo sostiene Gil, aunque el tratamiento político de la cuestión migratoria en los países sudamericanos ha experimentado cambios importantes reconfigurado por dinámicas de alcance global, ha sido la integración regional la que ha equilibrado la tendencia. Este ejemplo favorece las consideraciones propias del pluralismo, en las cuales las normas se aproximan más a la realidad en su carácter regional, y con ello logran tener una mayor legitimidad.

3.3.2. Visiones instrumentales de la migración: la gestión migratoria

La controversia al interior de la doctrina iusinternacionalista en torno a las consecuencias de la fragmentación del DIM, encuentra una nueva válvula de escape cuando el énfasis deja de instalarse en la positivización de normas, firma de tratados y otros instrumentos convencionales, e inicia una nueva tendencia conocida como la “gestión migratoria”. Bajo este paradigma el objetivo principal es incorporar en el manejo de la migración otros nuevos actores adicionales a los Estados, a decir, la empresa privada y la sociedad civil organizada.

Este giro en el punto de interés demanda un análisis detallado para determinar sus verdaderas implicaciones. La primera característica consiste en que el régimen basado en los

³⁵⁰ GIL Araujo, Sandra y Silvana Santi. El gobierno de la migración en América del Sur: regímenes, controles y fronteras. *Periplos Revista de Investigación sobre Migraciones* Volumen 03, Número 01, 2019



derechos contenidos en el sistema de asilo, está siendo suplantado por uno de asistencia. Junto con este énfasis en el apoyo a las personas migrantes, surge este modelo de operación sustentado en la gobernabilidad y la gestión en la migración.

Ya se mencionó cómo, según Gammeltoft-Hansen, el paradigma que se ha ido consolidando en las últimas décadas, se ha complementado con una serie de marcos de política alternativos. En esa dirección, se siguen fortaleciendo las medidas de control de la inmigración y las fronteras, y las políticas de asilo se ven seriamente afectadas cuando se limita el acceso a los procedimientos, se restringen los criterios para garantizar el asilo, y se amplían las cláusulas de exclusión por consideraciones de seguridad. Este autor ya vislumbra que se encuentra en juego la sostenibilidad del paradigma debido a la evidencia de su ineffectividad al sopesar los costos directos e indirectos de mantener el régimen de refugio en constante aumento.³⁵¹

Casualmente, coincide este premonitorio ocaso del paradigma, con el progresivo avance de lo que la socióloga chilena Estupiñán ha denominado como la etapa de la gobernanza concretada en la “gestión migratoria”. Su origen se ubica en el fin de la Guerra Fría, a partir de cuando la migración internacional se convirtió en un objeto político de primer orden junto con el terrorismo y la seguridad. Su teoría consiste en afirmar que la migración se transformó en un problema que fue siendo construido y visibilizado de manera discursiva, en aras de dirigir su manejo bajo los criterios e intereses de los países receptores. De esta nueva propuesta sobre cómo “gobernar” el problema migratorio emerge el concepto de gobernanza que desde entonces ha sido la propuesta para dirigir el manejo internacional de la migración.³⁵²

³⁵¹ GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas, *op cit. loc. cit.*

³⁵² ESTUPIÑÁN Serrano, Mary Luz. *Gestión internacional de las migraciones como una racionalidad política*. Migraciones Internacionales vol.7 no.3 Tijuana ene./jun. 2014.



Así, la gobernanza constituye un instrumento que surge a partir de la globalización, entendida como forma de gobierno, que impone una nueva corriente teórica en la administración pública y en las relaciones internacionales.

Ante las múltiples definiciones de gobernanza y de gobernabilidad,³⁵³ con más de tres décadas de distintas aplicaciones, vale la pena destacar que en sus variadas definiciones se percibe una mezcla entre mecanismos formales e informales para incluir “cualquier sistema de gobierno en todos los niveles de actividad humana, de la familia a la organización internacional, en el cual la búsqueda de fines a través del ejercicio del control tenga repercusiones transnacionales”.³⁵⁴ Con esta amplitud se busca establecer la neutralidad política de este concepto de gobernanza global, que lo haga tomar una distancia aparente del concepto tradicional con el que se ha apoyado una expresión de la gobernanza global que favorece la reducción al mínimo de los obstáculos regulatorios a la globalización neoliberal.

Dentro de este ámbito, se identifica la “gestión migratoria” que se ubica dentro de un marco tecnocrático, desde donde el objetivo central consiste en manejar en el sentido de “ordenar” los movimientos de personas basándose en el acuerdo de todos los actores involucrados. Gosh, académico experto en los temas migratorios, expone que a través de este enfoque integral de la migración se busca incorporar todas las formas de flujo migratorio: migración laboral, reunificación familiar, solicitantes de asilo y otros flujos humanitarios, cosa que afirma, no se había logrado dada la fragmentación de la normatividad. El principio inspirador y pilar de esta tendencia es la cooperación entre los Estados.³⁵⁵

³⁵³ La Comisión de Gobernanza Global define la Gobernanza como “la suma de las muchas maneras en que los individuos y las instituciones, públicas y privadas, manejan sus asuntos comunes, no sólo usando la relaciones intergubernamentales, sino involucrando también a las organizaciones no gubernamentales, los movimientos ciudadanos, las corporaciones multinacionales y el mercado global de capitales”. COMMISSION ON GLOBAL GOVERNANCE (1995), *Our Global Neighborhood*. Nueva York: United Nations.

³⁵⁴ Vr. PUREZA, José Manuel, Usos contrahegemónicos defensivos y de oposición del DI en SANTOS, Gobernanza, *op.cit.*, p. 243.

³⁵⁵ GHOSH, Bimal, "A Snapshot of Reflections on Migration Management. Is Migration Management a Dirty Word?", en Martin Geiger y Antoine Pécoud, edits., *The New Politics of International Mobility. Migration Management and its Discontents* Osnabrück, Alemania, Universität Osnabrück, 2012, pp. 25-30.



Teniendo en cuenta que se trata de una nueva formulación teórica a través de la cuál se busca una nueva expresión y comprensión del fenómeno migratorio, las observaciones que se realizan a continuación buscan ser orientadas por el análisis narrativo en un esfuerzo por hacer explícito cómo esta teoría restringe, se hace parecer necesaria y cómo impone límites en la visión del fenómeno migratorio. Atendiendo el proceso en que se ha ido formulando, a través de una narrativa descriptiva se pueden señalar los eslabones que fueron construyendo esta nueva percepción de la migración que se busca imponer.

El primer eslabón lo constituye el programa de Gestión Internacional de las Migraciones (GIM), inspirado en el concepto de la gobernanza, que es lanzado como proyecto global en comisiones, foros y diálogos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y en procesos consultivos regionales, y es adoptado por organismos mundiales como la Comisión en Gobernanza Global (CGG, 1992), y supranacionales como la Unión Europea (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001).

El enfoque de gobernanza que hace parte del programa GIM hace uso de tres estrategias de implementación: los organismos internacionales como actores que movilizan la noción para “justificar sus crecientes intervenciones en el campo de la migración;”³⁵⁶ las prácticas promovidas por los mismos actores que sirven como vehículo para reproducir la noción; y finalmente los discursos o narrativas que buscan definir la migración para luego sugerir cómo debería ser direccionada. Políticas, prácticas y discurso, son tres elementos que están interconectados, aunque parcialmente y de manera compleja; es decir, mientras los actores crean discursos para “justificar su existencia y legitimar sus prácticas”, las intervenciones y actividades que ponen en escena se distancian sustantivamente de lo que proponen, con lo cual se busca beneficiar otros intereses específicos.

Paradójicamente, lo que se encuentra detrás de esta incorporación, involucra la introducción de un arte de gobierno diferente denominado gobernanza que se traduce en reducir la facultad de los Estados en la formulación de las políticas migratorias mediante su

³⁵⁶ GEIGER, Martin, Antoine Pécoud, (Eds.) *The Politics of International Migration Management*. Palgrave, Macmillon, 2010, p. 1.



relevo por parte de estos nuevos actores en la forma de agencias y organismos internacionales, tal como lo denuncia claramente Estupiñán.³⁵⁷

De ahí la vinculación de los programas de la ONU de manera transversal al tema de la migración, y la ampliación de servicios de la OIM a 150 países.

Quienes formularon la justificación en el diseño de estas políticas, como es el caso de Gosh, experto en legislación migratoria dedicado a la academia y al trabajo en organizaciones internacionales, en su papel de experto en el tema, tuvo esa función que describe Gramsci de crear un consenso en la sociedad receptora, con el fin de lograr una coordinación y aceptación del pensamiento.³⁵⁸ Gosh, se constituyó como agente encargado de la conformación del pensamiento colectivo. Su labor consistió en reconstruir el discurso en torno a la migración, mediante la cual se generara una nueva percepción del problema. Esta problematización adaptó el discurso a las situaciones de la realidad por medio de la unificación del pensamiento, con el fin de garantizar la difusión y la aceptación de la postura dominante. Para Gramsci, estos agentes adquieren una influencia en el desarrollo y modificación de la superestructura, porque realizan alteraciones en las conciencias sociales, formando las prácticas de dominación, basadas en la dualidad comprender y hacer, y así reforzar la ideología subyacente.³⁵⁹

La labor de Gosh hizo parte de la construcción lenta del nuevo campo de problemas que implicó el cambio de paradigma en migración. La estrategia que se concentró en suprimir el referente normativo tuvo como primera instancia el hacer aparecer a la normatividad internacional en migración como una estructura fallida, lo cual fue parte fundamental del proceso de construcción del problema. El sentido de hacer aparecer al DIM como problemático en diferentes formas, lugares y agentes, se logró cuando la doctrina se volcó a

³⁵⁷ ESTUPIÑÁN, Mary Luz. *Op. cit.*, 249.259.

³⁵⁸ DI PASQUALE, Mariano. *Notas sobre el concepto de ideología. Entre el poder, la verdad y la violencia simbólica*. Tabula Rasa. Bogotá, Colombia, No.17: 95-112, julio-diciembre, 2012, p. 100. Retraído de: <http://www.scielo.org.co/pdf/tara/n17/n17a05.pdf>

³⁵⁹ *Ibidem*



denunciar reiteradamente sus limitantes. Aquí aparece el trabajo de varios académicos que conforman la problematización del presente trabajo de investigación, que han resaltado las debilidades del sistema jurídico internacional en el campo de migración. El énfasis evidente en las fallas de forma, sintetizadas en la descripción del Alto Comisionado para los Refugiados de las Naciones Unidas (ACNUR) Alexander Aleinikoff, como “sustancia sin arquitectura”, conforman las opiniones doctrinales que pueden agruparse dentro de la problematización de la fragmentación normativa.³⁶⁰ A partir de estos artículos académicos es que Gosh justifica la necesidad de un enfoque integral de la migración que argumenta, había sido imposible de lograr dada la fragmentación de la normatividad.

La segunda parte de la estrategia como otro eslabón en la cadena, consistió en el señalamiento reiterado de estas debilidades por los expertos especializados, y lograr su difusión por parte de grupos de presión, políticos, líderes corporativos, medios, etcétera. El consenso en torno a la migración como un problema global se logró con facilidad, confirmado con la realidad migratoria de flujos descontrolados hacia los países del Norte global, e hizo inminente la urgente necesidad de su corrección mediante un mecanismo alternativo diferente a su regulación a través de la legislación internacional.

La siguiente etapa consistió en la formalización del problema mediante la construcción de un lenguaje común con lo cual se realiza la denominada “estabilización del problema”. Como parte de la estrategia en esta etapa en noviembre de 2010, se organizó una conferencia sobre “La nueva política de la movilidad internacional” en el Instituto de Investigación Migratoria y Estudios Interculturales (IMIS) de la Universidad de Osnabrück, seguido de un taller sobre “Disciplina de los movimientos globales - Gestión de la migración y sus descontentos”. Con el apoyo de la Fundación alemana Robert Bosch y el IMIS, estos eventos reunieron más de 200 expertos, académicos, investigadores y profesionales líderes en debates académicos, orientados en la práctica sobre tendencias emergentes en política migratoria. Se consultó y se pidió su opinión a expertos en el tema para evaluar la gestión de la migración iniciada desde mediados de la década de 1990 plasmada en una gama de nuevas

³⁶⁰ ALEINIKOFF, Alexander, *op cit. loc. cit*



iniciativas relacionadas con la migración internacional y la movilidad humana.³⁶¹

A partir de ese evento, ya Gosh estaba representando la postura, a través de una ponencia magistral que contenía la propuesta del nuevo paradigma desde la perspectiva gubernamental, la cual consistía en el despliegue de una serie de tecnologías para corregirlo: el problema se tradujo en técnica.³⁶²

Este proceso es analizado por Estupiñán desde la perspectiva de Foucault de la racionalidad política como parte del modelo de la gubernamentalidad neoliberal. Siguiendo esta línea de investigación aplicada al estudio de la Gestión Internacional Migratoria, lo que se busca es modular la conducta de los sujetos migrantes para contener y desincentivar la migración del sur global, para lo cual se recurre a una multiplicidad de tecnologías, o se podrían considerar dispositivos".³⁶³ Estos dispositivos, de los cuales ya se identificó uno en el apartado anterior, constituido por el fenómeno de la ley blanda, y sumado a ello el desarrollo de la gestión migratoria como instrumento técnico-administrativo, se encargan de suplir la insuficiencia o la repetidamente sostenida ambigüedad manifiesta en la fragmentación jurídica internacional.³⁶⁴

En efecto, en esta etapa de gobernanza de la gestión migratoria se impone *de facto* la validez y legitimidad de los nuevos dispositivos alternativos a la positivización en el DI. Según la teoría de la encriptación del poder, precisamente este tipo de regulación que es el que el sistema demanda, es provisto a través de las Constituciones liberales y los dispositivos

³⁶¹ GIEGER, Martin y Antoine Pecoud, (eds), *The New Politics of International Mobility. Migration Management and its Discontents*, Osnabrück, Alemania, Universität Osnabrück, 2012.

³⁶² GHOSH, Bimal, "A Snapshot of Reflections on Migration Management. Is Migration Management a Dirty Word?", *op. cit.* pp. 25-30.

³⁶³ Siguiendo a Foucault, se hace uso de los términos dispositivos o tecnologías para referirse a todos los dispositivos, herramientas técnicas, instituciones, personas, materiales y aparatos que permiten a las autoridades imaginar y actuar sobre la conducta de los sujetos, sean individuales o colectivos, y conectar diversos sitios.

³⁶⁴ ESTUPIÑÁN, Mary Luz. *Op.cit.*, p. 249-259.



del DI y supranacional.³⁶⁵ La denominada “gobernanza global” tiene el objetivo último de suministrar la necesaria seguridad jurídica y administrativa para gestionar el día a día del “Imperio del capital”. Esto obedece a que el capital global depende del control de la incertidumbre para garantizar la estabilidad social, legal y administrativa, para reproducir y expandir sus estrictas “condiciones fundamentales” hacia nuevos mundos.³⁶⁶

Reconociendo la gobernabilidad migratoria como estrategia de intervención,³⁶⁷ y a la vez entendiendo que el objetivo principal de este nuevo paradigma es el de mantener los flujos migratorios insertos dentro de la lógica de mercado, se puede explicar la intención de la gobernanza. Consiste en tres aspectos: lograr salvaguardar las condiciones para que el capital global se beneficie del desarrollo desigual, mantener las asimetrías de las condiciones sociales entre las economías nacionales, y garantizar la explotación de los regímenes laborales de bajo costo y la sobreexplotación de la naturaleza. Precisamente todos estos factores han forjado la creciente brecha entre incluidos y excluidos, tan característica de la globalización.

Finalmente, se ha advertido cómo el énfasis en los procesos de integración global como medio para estrechar lazos globales, según Meiksins-Wood, tienen otro objetivo muy diferente: paradójicamente a la supuesta integración producto de la globalización, sirven para reforzar o levantar nuevos muros y divisiones, fin que se vislumbra con mayor claridad y de manera textual en el ámbito de la migración.³⁶⁸

3.3.3. El cambio de paradigma

Con la idea de un capitalismo global que une económicamente al mundo, se han desarrollado

³⁶⁵ Vid. SANIN, Ricardo. *La Constitución encriptada*, op. cit., p.97-117. Retraído de: <http://www.derecho.uaslp.mx/Documents/Revista%20REDHES/Número%208/Redhes8-05.pdf>

³⁶⁶ *Ibidem*.

³⁶⁷ Vr DOMENECH, op cit.

³⁶⁸ MEIKSINS-Wood, Ellen. *The Ellen Meiksins Wood Reader*. Historical Materialism Book. Brill Publisher 2012.



las estrategias políticas, jurídicas y económicas que construyen su marco simbólico, ideológico e institucional común. Parte de este marco que ha de favorecer la implementación del nuevo paradigma de la gobernanza en migración, consiste en desarrollar una estrategia que hace énfasis en las instituciones y el DI, en las organizaciones nacionales e internacionales no gubernamentales, de la mano de una sociedad civil global.³⁶⁹

Los encargados de promover este paradigma son precisamente los organismos internacionales. De manera específica, la corriente del Derecho Administrativo Global (GAL) se ha encargado de mapear el avance de competencia de diferentes instituciones internacionales en campos de acción relativamente bien definidos y contenidos, y definir la forma mediante la cuál la acción de las burocracias internacionales han contribuido a la formación de un orden legal internacional más allá del consentimiento de los Estados. Este orden jurídico internacional es irregular, compuesto por muchos grupos pequeños de normatividad internacional autónoma, cada uno de los cuales reside en su propio entorno institucional, como el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, el Banco Mundial entre otras.

Retomando de nuevo la narrativa propuesta por Lixinski que construye el símil con las corrientes de arte, el orden legal que retrata esta corriente se asemeja a una pintura puntillista, en la que muchos puntos pequeños y aparentemente desconectados forman una imagen coherente, si se ven desde lejos. Sin embargo, gran parte del proyecto GAL parece estar relacionado con las historias sobre cada uno de los puntos, no con el panorama general. Subyacentes a esta cantidad de historias más pequeñas hay hilos comunes que investigan la legitimidad y la rendición de cuentas de las organizaciones internacionales.³⁷⁰ La pintura puntillista requiere dar un paso atrás y volver a observar. Con ello se puede entender el panorama completo, y en el caso de la fragmentación destacarán aspectos desatendidos del análisis sobre la fragmentación: la fragmentación como concepto en su carácter de metáfora espacial. Esta perspectiva puede ayudar a sobreponerse a la discusión prolongada sobre ella como un simple “fenómeno institucional”.

³⁶⁹ DOUZINAS, Costas. Las Paradojas de los Derechos Humanos, *op. cit.*, p.1-15.

³⁷⁰ LIXINSKI, Lucas. *Op. cit.*, p. 3.



De manera clara, desde la crítica, Pureza identifica la tendencia en la política mundial contemporánea de vaciar de sus competencias materiales a los mecanismos institucionales internacionales y reducirlos a lugares de ratificación formal de decisiones previamente adoptadas por fuera de los mismos, panorama que se puede percibir si se observa, como lo sugiere Lixinski, desde lejos. La pintura puntillista completa es precisamente lo que impulsa los señalamientos desde las corrientes críticas que coinciden en que estos organismos e instituciones reflejan y facilitan intereses ideológicos.³⁷¹

Con estas consideraciones presentes, en el campo específico de la migración, a nivel mundial, las tres principales organizaciones internacionales que trabajan en migración han participado activamente en el desarrollo de estándares de leyes blandas y procesos de consulta dentro de sus respectivos mandatos. La OIM lanzó en 2001 el Diálogo Internacional sobre Migración y promovió la Agenda Internacional para la Gestión de la Migración que fue adoptada en 2004 como resultado de un proceso de consulta estatal. Como apoyo a estas iniciativas, la OIT adoptó en 2005 el Marco Multilateral sobre migración laboral: principios y directrices no vinculantes para un enfoque basado en los derechos de la migración laboral. En el contexto de la migración forzada, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) aprobó en 2001 la Agenda de Protección y adoptó en 2007 un Plan de Acción sobre protección de refugiados y migración mixta.³⁷²

Las principales instituciones donde se escenifica esta hipótesis son la Organización Internacional de las Migraciones (OIM), y la Comisión Mundial sobre Migraciones Internacionales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). En ellas, a pesar de que la base de su fundación es el reconocimiento de los derechos humanos de las personas migrantes y la necesidad de promover dichos derechos y protegerlos ante el ejercicio del Estado soberano, estos principios y valores que la fundamentan no siempre se acompañan de coherencia con las actuaciones institucionales en favor de la dignidad de las personas que

³⁷¹ PUREZA, J. *Op. cit.*, p. 243.

³⁷² Esta tendencia se ha hecho extensiva a organizaciones regionales, incluida la UE, el Consejo de Europa, la Organización de los Estados Americanos, y la Unión Africana. Todos han reflejado esfuerzo en la misma línea ideológica.



migran y que son el objeto de su competencia. En efecto, estos organismos internacionales, como lo denota Domínguez, han generado políticas que, desde una visión reduccionista y de poder y bajo el pretexto de la cooperación, procuran establecer un flujo migratorio regulado y controlado. No obstante en la práctica, sus iniciativas se alejan del espíritu genuino de la cooperación, la migración como derecho, y su comprensión como un fenómeno inherente al ser humano.³⁷³ Por ejemplo, se ha evidenciado la manera en que la OIM se involucra con prácticas discursivas en las luchas por la hegemonía en la política de migración internacional. En el ejercicio de sus funciones inclusive ha enfrentado denuncias por violaciones concretas de las leyes nacionales e internacionales, tal como lo denuncia Amnistía Internacional.³⁷⁴

De forma paralela, el debate se ha nutrido de discursos nacionalistas, desde la derecha y el populismo, orientados a la protección de la economía de los países, el empleo, la seguridad y el acceso a recursos estatales de sus habitantes. Tales discursos políticos y de opinión han propiciado la discriminación, xenofobia y aporofobia,³⁷⁵ llevando a que se entienda a las personas migrantes como una especie de “plaga”, que viene a competir por los recursos de una nación.

Precisamente, estas corrientes ideológicas dirigieron el giro discursivo hacia la securitización donde las personas migrantes, refugiados y solicitantes de asilo se constituyen

³⁷³ Domínguez considera que una política de cooperación debería basarse en una genuina aplicación del principio de asociación y reconocimiento de la agencia de los migrantes. DOMINGUEZ Martín, Rafael. “Migración y Desarrollo: Mitos tóxicos e incoherencia de políticas en la Unión Europea” En CABRERA García, Ana Celsa *et al* (coord.) *Migraciones Internacionales en el siglo XXI: un análisis desde una perspectiva crítica*. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Instituto de Ciencias Sociales, Humanidades “Alfonso Vález Pliego”, Red Iberoamericana Académica de Cooperación Internacional, y Universidad Autónoma del Caribe, 2019, p. 20.

³⁷⁴ Amnesty International statement to the 86 Session of the Council of the International Organization for Migration (IOM), 20 November 2003.

³⁷⁵ En la reflexión de Cortina sobre la aporofobia destaca el señalamiento de la incongruencia desde la perspectiva de un rechazo a las personas pobres o desamparadas, donde según la autora la conclusión es categórica: el rechazo que mostramos hacia las migraciones pobres es el mismo rechazo que reciben las familias desamparadas en nuestros países, el mismo que reciben los sin techo, incluso los discapacitados. Es la cara opuesta al recibimiento que damos a futbolistas, empresarios, inversionistas y todo ese largo etcétera de aportaciones extranjeras que aumentan el PIB. Por el contrario, lo cierto es que las puertas se cierran ante los refugiados políticos, ante los inmigrantes pobres (...) Las puertas de la conciencia se cierran ante los mendigos sin hogar, condenados mundialmente a la invisibilidad. El problema no es entonces de raza, de etnia ni tampoco de extranjería. El problema es de pobreza. Y lo más sensible en este caso es que hay muchos racistas xenófobos, pero aporófobos, casi todos. CORTINA Adela, *Aporofobia, el rechazo al pobre*. Editorial Paidós, 2017, p. 21.



como una seria amenaza para la seguridad. Como instrumento base para desarrollar este nuevo paradigma, se firmó la *Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes* de septiembre de 2016 y su propuesta de creación de un “Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular”.³⁷⁶

Paradójicamente, la retórica que sustenta el cambio de paradigma de la migración y el desarrollo, consiste en la adopción de una nueva visión que promueve la migración legal como una oportunidad para el desarrollo, tanto del país de origen como del país del destino, y no como una amenaza. Se sostiene la promesa de que la situación migratoria puede ser administrada de manera más eficiente, mientras que la identificación del fracaso de los programas políticos es un aspecto esencial para mantener tal promesa.

Una vez identificado y reconocido el fracaso de las políticas anteriores de control migratorio, el nuevo paradigma basado en la gobernanza se instala como la forma idónea para abordar la migración internacional. Como una propuesta para evitar la confrontación con las posturas que reclaman aperturas de fronteras y con aquellas que exigen control riguroso, la gestión busca plantarse en el medio como una vía alternativa. No obstante, ello no implica que el control se deje de lado, sino por el contrario, lo que persigue la gestión es el control de los flujos migratorios, pero de una manera que apela al consentimiento de los sujetos y de los gobiernos que son identificados como generadores de la problemática.³⁷⁷

Desde la academia, el debate acerca de la gobernanza en el ámbito del derecho se ha apartado de los debates de la “obsesión por la doctrina legal” y se ha movido hacia criterios más complejos para separar el derecho y la política. El problema que ello ha representado es que se ha ignorado lo político que encubre el tema de la migración internacional. Precisamente es en el ámbito político donde se ha creado un estigma hacia los países en desarrollo para sostener las jerarquías de poder entre países ricos (de destino) y pobres (de origen). Cuando se mantiene este estigma de que los migrantes son “personas que huyen de

³⁷⁶ ONU (2018). Pacto Mundial sobre Migración: ¿a qué obliga y qué beneficios tiene? Retraído de: <https://news.un.org/es/story/2018/12/1447231>

³⁷⁷ ESTUPIÑÁN, Mary Luz. Gestión internacional de las migraciones, *op. cit.*, pp.249-259



la pobreza”, lo que en últimas se persigue es asegurar la persistencia de estructuras de discriminación y racismo institucional en los países de destino, incluyendo el espacio degradado del mercado de trabajo dual reservado a los migrantes irregulares y el trabajo forzado en la prostitución femenina y de menores.³⁷⁸

Por otra parte, corrientes contra hegemónicas de la globalización han registrado que el llamado de la perspectiva de la gobernanza a diseñar instituciones participativas tiene una gran limitante, además de todo lo que ya se señaló. El diseño institucional se adelanta por parte de actores provenientes de las élites o por miembros de la clase media con un capital económico y cultural. Esto implica un proceso es jerárquico, desde arriba, y aquellos en la posición más baja de la escala social se incorporan al proceso únicamente cuando el diseño institucional se ha completado totalmente, o simplemente no se incorporan. Es por ello que se les critica porque la gobernanza carece de una teoría de la agencia política adecuada para la participación en las instituciones, dejando a los países y a las clases subalternas totalmente fuera del proceso, y tornándolo por ende, ilegítimo.³⁷⁹

3.4. Lo formal y lo material de los Derechos Humanos en el DIM

Las inquietudes doctrinales frente a la ineficacia del DIM se refieren a una falta de aplicación de las normas que protegen los derechos humanos. Las causas se identificaron en aspectos de falta de coherencia, fragmentación, falta de sistematicidad. De manera detallada se analizaron estas posibles causas indirectas en la desprotección de las personas migrantes para concluir que constituían poco más que un sofisma de distracción sobre el problema de fondo.

La realidad es que no es necesario recurrir a criterios de distinción entre sistema, orden, coherencia o jerarquía para desvirtuar o reivindicar los derechos humanos porque como lo afirma Alcaide “las normas imperativas son ‘normas generales codificadas’ cuya naturaleza y efectos superan el mero conflicto de normas (convencionales), constituyendo la

³⁷⁸ CABRERA García, Ana Celsa *et al* (coord). *Migraciones internacionales. op cit.* p. 33.

³⁷⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *El derecho y la globalización desde abajo, op. cit.*, p. 14.



salvaguardia mínima de la humanización, democratización del DI y excluyendo la objeción persistente como medio de evitar su oponibilidad”.³⁸⁰

Los intentos por no aceptar que las normas imperativas prevalecen en cualquier circunstancia frente a cualquier otra norma del DI han ido perdiendo terreno ante la preeminencia de principios y valores que tienen sustrato ético y jurídico universal o regionalmente. Ante las violaciones de normas imperativas se siguen presentando obstáculos procesales para su reconocimiento por lo cuál han aflorado nuevas conceptualizaciones para su defensa. El concepto del “interés público global” ha emergido para reconocer que existen intereses generales comunes de la comunidad internacional en su conjunto. Con él se establecen principios, norma, obligaciones y métodos destinados a servir y tutelar dichos intereses comunes.

En otros enfoques se habla de la gestación del Derecho global como resultado del proceso de constitucionalización, impulsado por el desarrollo de las normas imperativas en áreas relacionadas con la protección de las personas. Esto en pleno reconocimiento que las normas imperativas tienen naturaleza consuetudinaria. Es una manifestación de la tendencia hacia la protección de valores y bienes comunes a toda la humanidad entendidos como la paz y seguridad mundial, los derechos fundamentales de los individuos y de los pueblos, la gestión colectiva de los bienes comunes, etcétera.³⁸¹

Alcaide lo concibe como una nueva estructura basada en el principio de solidaridad. Desafortunadamente, visualiza un fracaso de este concepto en la praxis cuando sostiene que:

³⁸⁰ ALCAIDE, Joaquín, Orden Público y Derecho Internacional: Desarrollo normativo y Déficit Institucional. En BOUZA Nuria. La gobernanza del interés público global. Universitat Pompeu Fabra, Tecno, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 2015, p. 96. CIJ Recueil, 1970, p. 47, para. 94.

³⁸¹ El Derecho global estaría integrado, de una parte, por normas internacionales imperativas y, de otra, por los principios constitucionales y normas de trascendencia constitucional, que reflejan valores compartidos por la comunidad internacional en su conjunto. Vid. CEBADA Romero, Alicia. El Derecho internacional global: una retórica útil para una transformación necesaria, *Revista española de derecho internacional*, ISSN 0034-9380, Vol. 65, N° 1, 2013, págs. 15-42, p. 17.



“Tal vez sea más atinado hablar del ‘desorden’ público internacional, en proceso de deshumanización, desinstitucionalización y apegado a soluciones neo-liberales”³⁸²

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha sido contemplado como una norma imperativa por algunos, mientras que otras posturas no han querido reconocerle tal calidad jurídica. El dilema que representa la aplicación de los derechos humanos por parte de los Estados a sujetos individuales de derecho que no son nacionales, es un problema que tiene que ser analizado primero en términos del propio DI. Los tratados que protegen intereses colectivos ajenos a los intereses propiamente estatales (extra-estatales), siendo un caso claro de los derechos humanos, son consideradas por sectores de la doctrina obligaciones “integrales” o *erga omnes partes* cuyos beneficiarios no son los Estados.

Las posturas de la jurisprudencia internacional varían desde una consideración de la Corte Internacional de Justicia donde establece que “los instrumentos que regulan los derechos humanos no confieren a los Estados la capacidad de proteger a las víctimas de violación de tales derechos sin tener en cuenta su nacionalidad”. De acuerdo con esta afirmación, no está clara la obligación estatal ante el derecho consuetudinario de proteger a las personas migrantes dentro del territorio de un Estado.

En una interpretación más progresista, dentro del marco del sistema interamericano de protección de derechos humanos, la opinión Consultiva de la Corte Interamericana (No. 18/2003) establece que el principio de igualdad y no discriminación es una norma de *ius cogens* y que aún cuando el Estado haga distinciones entre las personas migrantes en situación regular o irregular, nacionales o extranjeros, las políticas migratorias deben respetar los derechos humanos tanto en sus objetivos como en su ejecución.

La praxis contraviene dicho argumento. Los Estados desconocen sus obligaciones internacionales de protección de derechos humanos, omitiendo que cuando determina que una persona migrante ingresó ilegalmente al país, este hecho no anula su deber como Estado

³⁸² *Ibidem.*



ante el DI de proteger sus derechos básicos sin discriminación, por ejemplo contra la tortura, el trato degradante o el trabajo forzado.

En un intento por proporcionar una explicación para esta problemática, Gosh se concentra en el nexo entre la migración y los derechos humanos, argumentando que el exceso de literatura al respecto ha obviado demostrar este vínculo de manera clara, siendo que ahí es donde se encuentra “el meollo de una comunidad de intereses, entre quienes están ansiosos por defender los derechos humanos y quienes se preocupan por un mejor manejo del movimiento de personas”.³⁸³ De esta manera, los dos intereses que se confrontan son la protección de los derechos humanos de los migrantes y la administración efectiva de la migración. Si se les reconoce la manera en que, no solo se confrontan sino que están estrechamente interrelacionados, se puede encontrar lo que Gosh denomina “el eslabón perdido”.

Cuando Gosh habla del “manejo del movimiento de personas”, o la “administración efectiva de la migración” hace directa alusión a la gestión y la gobernanza, como se planteó arriba, en el sentido de asegurar que los traslados se hagan de manera ordenada y predecible y, por lo tanto se hagan más manejables. El problema es que hay que considerar que este manejo responde a las formas que requiere la economía liberal, donde lo social y lo político deben ser parte del engrane necesario para lograr sus fines económicos. Si no se reconoce que la migración debe cumplir con el objetivo del paradigma económico que se impone a nivel internacional, no se comprende porqué se privilegia una legislación flexible, y unos dispositivos complementarios que se encuentren acordes con el poder hegemónico de los países cuyos intereses determinan el manejo migratorio. Éstos en su calidad de soberanos que priorizan su propia seguridad, mantienen el cumplimiento mínimo posible de los estándares internacionales de protección al migrante. Rehúsan leyes positivas no acordes con sus intereses, y niegan derechos para las personas migrantes.

Por tanto, los derechos humanos en el contexto de la gestión migratoria, más que ser el eslabón perdido, no pueden sumarse a la cadena porque en realidad poco tienen en común

³⁸³ GOSH, Bimal. Derechos humanos y migración. El eslabón perdido., *op.cit. loc. cit*



entre si. De ahí que la constante denuncia sea su incumplimiento por parte de los países de tránsito y receptores de migrantes. No obstante, de manera recurrente se les alude como el único instrumento internacional válido para proteger a las personas migrantes. Esta reflexión explica porqué no se aplica de manera eficiente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a las personas que migran, lo cuál hace referencia a una limitante material. El objetivo de la norma no se cumple.

Por otra parte, frente a su contenido formal, algunas corrientes en la literatura académica han advertido que el objetivo que cumplen los derechos humanos, es el de ser un elemento legitimador del discurso de la migración. Los Estados firman los instrumentos internacionales sin una intención seria de obligarse sino más bien como una forma de manifestarse comprometidos hacia los principios rectores de una sociedad justa. Ya Habermas, rechazaba las tendencias de fundar la legitimidad de la ley en los derechos humanos, más aún cuando los derechos humanos se mantienen como conceptos abstractos si no son implementados en un sistema legal que les de tanto la forma como el contenido.

Cabe aquí hacer una reflexión apegada a la premisa del filósofo en el sentido de que la ratificación de los tratados debe ir acompañada de una verdadera voluntad de parte del Estado firmante de hacer efectivo su contenido, ya que para que un derecho sea respetado no basta que se encuentre incluido en una Constitución, legislación o declaración de derechos, sino que es necesario un marco legal de protección a esos derechos y libertades que incluya los instrumentos para hacerlos efectivos y lograr con ello su concretización.

Habermas encuentra que “existe una peculiar tensión entre el sentido universal de los derechos humanos y las condiciones locales de su realización”³⁸⁴ por lo cual, acompañando la adhesión a los instrumentos internacionales como elemento legitimador, el Estado debe sentirse obligado a desarrollar todas aquellas condiciones para asegurar una adecuada defensa de los ciudadanos, pero también de los no ciudadanos, mediante la adopción de disposiciones de orden interno a fin de hacer respetar los derechos humanos. De nuevo, una cosa es

³⁸⁴HABERMAS, Jürgen, *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, Barcelona: Paidós, 2000, p. 153.



conceder los derechos en una carta de derechos, o a través de un instrumento internacional y otra es reconocerlos y garantizarlos.

Como ya se anticipó, los derechos humanos solo pueden garantizarse adecuadamente si se presentan los derechos junto con los deberes correspondientes. A nivel de los Estados que han ratificado tratados de derechos humanos, más que la rama judicial, es la rama legislativa la que se encuentra al centro de la práctica de esos derechos. Las legislaturas están ubicadas dentro del sistema de derecho positivo en el lugar indicado para hacer realidad los derechos humanos a través de modos de protección más eficientes que la revisión judicial de los tribunales. Es a través de la armonización de la legislación interna que se puede cumplir con las obligaciones internacionales. Por ello, son las encargadas de realizar los derechos, darles un efecto en la ley doméstica; las legislaturas son también las garantes de los derechos humanos. He ahí una virtuosa interconexión entre los derechos humanos y la ley positiva.³⁸⁵

Otro ámbito de crítica al discurso de los derechos humanos se conforma en torno al tema de su instrumentalización, donde se presenta un señalamiento a la forma como los Estados apelan al discurso positivista para imponer un lenguaje particularista sobre otros como si se tratara de un discurso legal universalmente aceptado.³⁸⁶

En este sentido, Marín destaca la paradoja en la cual los derechos humanos se constituyen en un discurso referencial dominante en su calidad de principios rectores de una sociedad justa, en términos valorativos y normativos, pero al mismo tiempo, son, en sus propias palabras, objeto de:

³⁸⁵ Este planteamiento se sostiene en WEBBER, Grégoire and Paul Yowell, Introduction: Securing Human Rights through Legislation LSE Law, *Society and Economy Working Papers* 17/2018 London School of Economics and Political Science, Law Department.

³⁸⁶ El fundamento de éste se identifica con el paradigma liberal al considerarla una ideología que excluye concepciones alternativas con las que pueda chocar y con la finalidad de imponerse, determina la universalidad y el consenso como sus directrices. Ver CARTY, Antony. Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law. *European Journal of International Law*, Volume 2, Issue 1, 1991, Pages 66–96, p. 1.



“(…) instrumentalizaciones políticas, manipulaciones legitimadoras, así como de un uso banal y un abuso vulgarizador del lenguaje de los Derechos Humanos, por un lado y, por otro lado, en su dimensión interior propiamente discursiva, en cuanto a la radical inadecuación de su composición conceptual y sus proposiciones teóricas respecto de las efectivas condiciones sociales, políticas y culturales del momento histórico contemporáneo”.³⁸⁷

La consecuencia indeseada que se despliega es que a la vez que se torna en objetivo perverso, pierde toda su potencialidad emancipatoria.

En una tesis aún más crítica, desde la perspectiva de la ideología como instrumento de análisis, vale la pena invocar la tesis de Douzinas, que ya fue expuesta en el marco teórico y que ha sido el axioma pilar de la crítica al discurso de los derechos humanos, en el cual se argumenta cómo éstos pierden su objetivo de resistir la opresión y dominación pública y privada, porque se convierten en la ideología o idolatría política del capitalismo neoliberal.³⁸⁸ Wolkmer complementa esta postura cuando se basa en la teoría de Herrera para expresar que la racionalidad jurídico-formal de prácticas supuestamente universalistas, trae implícita una racionalidad moderna de práctica que universaliza un escenario particularista. En palabras de Herrera: “El modo de producción y las relaciones sociales capitalistas, como si fuese el único modo de relación humana (...) un prejuicio al cual debe adaptarse toda realidad”, donde se ignora la influencia de la cultura del individuo que determina la formación de sus valores, creencias, y objetivos.³⁸⁹

Esta argumentación concluye que el universalismo constituye una estrategia para homogeneizar, exportar una cultura y los modelos políticos, todo ello como una nueva forma de dominación. Para explorar este axioma que denuncian tanto Douzinas, como Wolkmer y Herrera, es importante no perder de vista la forma en que se hacen compatibles el derecho

³⁸⁷ MARÍN, A. Tesis sobre una teoría crítica de los Derechos Humanos. *Open Insight*, VI (9), 11-33, enero-junio, 2015.

³⁸⁸ DOUZINAS, Costas. *Op. cit.*, p.3.

³⁸⁹ HERRERA Flores, J. ., “Direitos Humanos, Interculturalidade e Interracionalidade de Resistencia”, en Wolkmer, A.C. (coord) *Direitos Humanos e Filosofia Juridica na America Latina*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 371.



interno de los Estados y el DI dentro del proceso actual de cambio al paradigma de la gobernanza. El DI se está transformando de un cuerpo de leyes minimalista que aborda los aspectos seleccionados de las relaciones interestatales hacia una red de leyes mucho más densa que afecta a todos los aspectos y niveles de gobernanza, y bajo creciente presión para abordar cuestiones de jerarquía institucional. Algunos campos del DI, en particular el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no trata de regular la conducta externa de los Estados, sino que establece normas para su funcionamiento interno. De esta forma el DI está impregnando los sistemas jurídicos internos. Así, las iniciativas legislativas nacionales más restrictivas de las normas de protección prosperan aún en un ordenamiento jurídico internacional dominado por el desarrollo progresivo del derecho relativo a la protección de la persona humana. Sin embargo, la realidad es que no siempre encuentran un campo fértil para su incorporación a nivel de las legislaciones nacionales. El argumento que se utiliza cuando se analiza la tensión entre la ley internacional para proteger los derechos humanos y las leyes nacionales, estriba en afirmar que la principal preocupación de los Estados es proteger los derechos e intereses de los ciudadanos, por encima de aquellos de los migrantes.

El tema de la fragmentación también se predica de la legislación en derechos humanos. Es así como Gosh considera que prevalece la ausencia de un cuerpo saludable de legislación sobre derechos humanos aplicable a los migrantes y es precisamente la existencia de lagunas lo que los deja desprotegidos. Ante estas lagunas, se confrontan las dos posturas propias de la fragmentación. O bien se procura completar el vacío con normas blandas, o bien se adoptan nuevos estándares, junto con estándares complementarios dentro de un proceso más complejo y algunos vacíos en la normativa de protección podrían cubrirse al extender el alcance de los actuales instrumentos por medio de enmiendas o adiciones a los protocolos.

Lo que sucede específicamente en el caso de la migración, es que con el transcurso del tiempo los instrumentos pierden validez y se tornan obsoletos cuando surgen nuevas situaciones de abuso hacia los migrantes y situaciones no previstas por los instrumentos vigentes. Ante ello tendrían que ser enmendados, revisados o reemplazados por instrumentos nuevos. Inclusive esta es una situación de circunstancias cambiantes o imprevistas, que ya



está contemplada por la Convención de Viena ³⁹⁰ dentro de la cláusula *rebus sic stantibus*, indica que cuando las circunstancias cambian radicalmente y surge una nueva situación, el cumplimiento del tratado puede ya no ser automático.

Además de la necesidad de una actualización normativa, otros diagnósticos se han basado en la relación entre los derechos humanos y la migración dentro del contexto de la globalización. Ésta ha promovido, facilitado o favorecido la aplicación de la ley transnacional en formas diseñadas para evadir los controles de derechos humanos y la responsabilidad del Estado.³⁹¹

La globalización ha abierto oportunidades para la acción extraterritorial, que ha producido un nuevo y crítico déficit en la regulación normativa de los Estados. Es así como sus acciones extraterritoriales ya no ocurren como excepciones, sino que se están convirtiendo en un *modus operandi* regular, y en gran medida no regulado, para los Estados contemporáneos. Es decir que el nuevo paradigma de la regulación migratoria internacional se ha constituido auspiciado por estos espacios oscuros abiertos por la globalización.

Varios elementos se conjugan entonces en la configuración del marco normativo del DIM: Tratados faltos de actualización (Convención de los refugiados de 1951 y Protocolo), tratados con escasas ratificaciones (Convención sobre los trabajadores migrantes y sus familias), dispositivos fuera de la ley (extraterritoriales y de disuasión) y proliferación de la ley blanda, todo bajo la legitimación de los tratados que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esto junto con la característica fragmentación que favorece la “multiplicación de los regímenes jurídicos” en el ámbito internacional, ha creado un espacio considerable para las maniobras políticas de los Estados que ven cada vez más las normas de derechos humanos como barreras para su funcionamiento efectivo en un mundo globalizado, aun cuando puedan (o no) continuar expresando su apoyo retórico.

³⁹⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1960, artículo 63.

³⁹¹ GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas and Jens Vedsted-Hansen (eds), *Human Rights and the Dark Side of Globalisation: Transnational Law Enforcement and Migration Control*. Abingdon and New York: Routledge, 2017.



No es un secreto que a la par de la universalización del concepto de los derechos humanos, el alcance y la aplicación de las normas internacionales que las contienen siguen sin realizarse, arraigadas en la noción de soberanía estatal de Westfalia, bien se trate de democracias liberales o sociales.

Reconociendo que el discurso de derechos humanos tiene inmensas limitaciones prácticas, diferentes autores han explorado para encontrar un punto en el que se pueda convocar de manera efectiva al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en un ámbito alternativo a la idea más utópica de que el objetivo se logre a través de una transformación de las leyes y políticas de los Estados

La doctrina de los derechos humanos, como lo considera Aleinikoff, tiene un gran “poder discursivo”,³⁹² mientras que para Johnson contiene un reconocido “impacto simbólico”.³⁹³ Este impacto es llevado al extremo por Arendt cuando realiza el siguiente cuestionamiento:

El concepto de derechos humanos (...) se derrumbó en el mismo instante en el que los que decían creer en él se confrontaron por primera vez con seres que habían perdido realmente todas las cualidades y relaciones específicas, con excepción de que todavía eran humanos. El mundo no vio nada sagrado en la abstracta desnudez de ser únicamente humano.³⁹⁴

Zagrebelsky estima desde una postura conciliadora, que las normas jurídicas no pueden ser ya mera enumeración de principios universales e inmutables que alguien puede imponer y que los demás han de acatar, ni tampoco expresión de intereses particulares.³⁹⁵ Siguiendo una

³⁹² ALEINIKOFF, T. Alexander, *Between National and Post-National: Membership in the United States*, Michigan Journal of Race and Law, Vol. 4, 1999, p. 254. En ORTEGA, Elisa. *Op. cit.*, p. 257.

³⁹³ JOHNSON, Kevin R., *The moral high ground? The relevance of International Law to remedying racial discrimination in US immigration laws*, en HERNÁNDEZ Truyol, Berta E., *Moral Imperialism: A Critical Anthology*, New York: New York University Press, 2002, p. 285, 296. En ORTEGA, Elisa. *Op. cit.*, p. 257.

³⁹⁴ ARENDT, Hanna. *Orígenes do totalitarismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 1990, p. 333.

³⁹⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 5a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2003.



postura crítica, los derechos humanos solo se convierten en una herramienta útil en el tema de la migración, en la medida en que se armonice su pretensión universalista con el objetivo que aspira cumplir de mejorar la vida de los migrantes en condiciones de vulnerabilidad.³⁹⁶

Autores críticos han procurado superar estos señalamientos al discurso universalista como Herrera, cuando, situándose en medio del universalismo y el relativismo, propone una universalidad de garantías, sin perder de vista el respeto por lo diferente, con el mismo derecho a expresarse, denunciar, exigir y luchar para hacer al conflicto de ideas “la piedra fundamental para una teoría intercultural de los derechos humanos”.³⁹⁷

También dentro de una postura optimista, Ortega aspira que las formulaciones progresivas e incluyentes de los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos puedan constituirse como una fuente útil para los abogados que buscan asegurar un cambio social y una reforma legal en los Estados de tránsito y de acogida para los migrantes.³⁹⁸ Estas perspectivas pueden considerarse acordes con lo que Santos reivindica con la legalidad cosmopolita subalterna, donde un no ciudadano en cualquier país del mundo, necesita una concepción alternativa de ciudadanía nacional y global, en su calidad de excluido del proyecto cosmopolita. Esto coincide con la crítica de Derrida sobre las aporías del sistema internacional de derechos humanos cuando denota una grieta fundamental en la división entre derechos humanos y ciudadanía. En este sentido concluye como necesario relajar el afán de sistematicidad que guía las decisiones políticas acerca de la inmigración, colocando siempre el acento en consideraciones éticas.

Una postura idealista fundada en una combinación de consideraciones éticas y legales, es aquella que contempla que con base en los instrumentos y las obligaciones colectivas de los Estados incorporadas en el marco cooperativo establecido por las Naciones Unidas, los Estados tienen una obligación colectiva de proteger a las personas que

³⁹⁶ ORTEGA, Elisa. *Op. cit.*, p. 257.

³⁹⁷ WOLKMER, Antonio. *Op. cit.*, p 163.

³⁹⁸ ORTEGA, Elisa. *Op. cit.*, p. 257.



cruzan las fronteras.³⁹⁹ Algunos autores sostienen que la combinación del auge de los derechos humanos junto con el rápido incremento en la importancia de la migración internacional en un mundo globalizado, podría constituirse en el fundamento para que los migrantes puedan adquirir un estatus legal que trasciende la ciudadanía del Estado y podría ser objeto de reconocimiento en un nivel global o “post-nacional”, en la forma de una nueva ciudadanía transnacional con derechos asociados. Sustentado en el concepto de ciudadanía de la Unión Europea con sus derechos y obligaciones podría ilustrarse el ejemplo, pero a nivel regional. De manera realista hay que enfrentar el hecho de que los obstáculos geopolíticos, los intereses económicos encontrados y los actuales aires de nacionalismo que predominan, tiñen esta propuesta de idealismo.

En tanto, admitiendo que el lenguaje del Derecho Internacional de los Derechos Humanos puede constituirse en un instrumento para movilizarse en su defensa, no hay que perder de vista la manera en que puede ser utilizado simultáneamente para legitimar el *statu quo* y para simular integrar a estos grupos vulnerables de manera favorable en la estructura del capitalismo global. Tal como lo especifica Santos, cuando el migrante es constituido como objeto en vez de sujeto del DIM, la legislación lejos de protegerlo, lo deja en una posición desfavorable que perpetúa su rol como un instrumento más de esa función del Estado colonizador desde la metrópoli hacia una periferia en la que busca ejercer control. Claramente observa que tanto el DI, como sus doctrinas tradicionales de derechos humanos se han utilizado como garantes de esa continuidad colonizadora que es necesario superar. Valdría la pena explorar entonces el argumento de García cuando visualiza que los derechos humanos son “un tazón donde lavar algunas culpas coloniales”.⁴⁰⁰

Desde esta perspectiva, para Santos es fundamental que la iniciativa de su defensa provenga desde abajo, enmarcado en un carácter contestatario; juntando las experiencias de resistencia de grupos sociales como los migrantes, se puede afirmar su potencial para

³⁹⁹ BAUBOCK, R. *Transnational Citizenship: Membership Rights in International Migration*, Edward Elgar, London, 1994, y GOODWIN-GILL, Guy, *op cit. loc. cit.*

⁴⁰⁰ *Vid.* GARCIA, Lila. *Migraciones, Estado y una política del derecho humano a migrar ¿hacia una nueva era en América Latina?* Revista Colombia Internacional. No. 88. Sept-Dic 2016, pp. 107-133.



subvertir las instituciones e ideologías hegemónicas, y aprender de su capacidad para ofrecer alternativas y abogar por una transformación de acuerdo con sus propias aspiraciones.⁴⁰¹

Para concluir, es necesario reconocer la necesidad de romper con esta funcionalidad legitimadora de los derechos humanos que se colude con la ideología de la política migratoria, y esto se logrará al reconocer y comprender la manera en que el DIM se ha convertido en un claro reflejo de la manera en que el tema de las migraciones se ha consituido en objeto de frecuente instrumentalización ideológica.

3.5. Reflexiones finales

En el tema de la fragmentación prevalecen dos posturas encontradas: en un extremo del espectro, para la corriente que defiende el constitucionalismo, la diversidad y dispersión normativa fracciona el sistema, representa una amenaza a su coherencia, y pone en peligro la certeza jurídica. Desde una postura opuesta, la diversificación del DI en una tendencia hacia la pluralidad normativa, resulta favorable porque aumenta su sensibilidad al contexto que se busca regular y por tanto beneficia su efectividad.

La narrativa explica la tensión entre estas dos corrientes: ante un escenario de desorden y dispersión legal producto de la fragmentación, la coherencia y el orden son los valores que se requieren para remediar el fortuito escenario jurídico actual. Desde el lado opuesto, la incapacidad para determinar lo que es ley de lo que no lo es, o por lo menos establecer un criterio, parece todavía una mayor expresión de desorden que la fragmentación misma; la habilidad de distinguir de manera rigurosa en un mundo complejo se está volviendo imposible

Del análisis se puede hacer una serie variada de aseveraciones:

⁴⁰¹ SANTOS, B. El derecho y la globalización desde abajo, *op. cit.*, p. 19.



- . El fenómeno de la desformalización tiene una clara influencia de la fragmentación, de manera que los nuevos tipos de leyes especializadas no surgen accidentalmente, sino que buscan responder a los nuevos requisitos técnicos y funcionales.
- . La fragmentación puede favorecer el avance hacia la efectividad normativa en cuanto se le reconoce la virtud de acercar la norma al contexto regulado.
- . Este avance al margen del derecho formal, es un reflejo claro de las expresiones de voluntad de los Estados orientadas por las “preferencias de los actores en una sociedad pluralista”. Son expresiones políticas en la forma de Derecho hegemónico.
- . Insistir en la positivización de las normas o “re-formalización” en un movimiento hacia su constitucionalización (en oposición al desarrollo del derecho blando), constituye una garantía para contrarrestar o solventar el manejo instrumental del derecho.
- . El actual estado de fragmentación del DIM favorece su instrumentalización, porque las lagunas, contradicciones o vacíos existentes en un sistema jurídico sirven para favorecer intereses particulares en detrimento de los miembros de la sociedad más desfavorecidos de las clases inferiores.
- . La gobernanza a través de instituciones, es el complemento que se ofrece a este DIM fragmentado, combinación que posibilita el desarrollo de las estrategias del derecho hegemónico.
- . La globalización requiere de la desregulación, que junto con la gobernanza, implican la paulatina desaparición de la *rule of law*, y su substitución por la *rule of power*.
- . Un análisis de la normatividad internacional migratoria desde la óptica política explica el interés de algunos países de mantener la inflexibilidad y los vacíos normativos.



- . La gobernanza de la gestión migratoria impone *de facto* la validez y legitimidad de los nuevos dispositivos alternativos a la positivización en el DI.
- . La descalificación del DIM, la insistencia de la doctrina con los problemas de forma, hace parte de una estrategia para favorecer la tendencia actual de privilegiar el paradigma de la gobernanza de la migración a nivel global, como una alternativa más eficiente que la codificación sustantiva.

Haciendo extensivas todas estas reflexiones al DIM, defender la coherencia del marco normativo internacional migratorio existente, tendría el fin de corregir las limitantes que se han detectado en el análisis sustantivo: el DIM se queda corto para responder a los flujos masivos de migrantes. Constituye un sistema binario en el que las categorías de migrante y refugiado son imperfectas a la luz de la complejidad de los movimientos de población globales, y presenta una falta de mecanismos de respuesta a flujos masivos de migrantes en busca de asilo. Peor aún, estos flujos masivos son predecibles como un efecto directo de la errada formulación del sistema de refugio actual.

Un análisis de la normatividad internacional desde la óptica política explica el interés de algunos países de mantener la inflexibilidad de las normas favoreciendo sus posibilidades de instrumentación, situación que en últimas deja fuera de los marcos normativos a los migrantes, quienes quedan excluidos del derecho más elemental de poder acceder a la legitimidad para la sobrevivencia. Es éste el tema capital para comprender las tensiones y los pulsos entre Estados nacionales en su afán por deshacerse o desentenderse de los migrantes, no sin detrimento de sus derechos humanos.

Finalmente, el problema, visto a la luz de la tensión cosmopolitismo-nacionalismo, es que en la actualidad, no puede haber derecho a ser un refugiado a menos, y hasta que haya un deber correspondiente en algún país, o algún tipo de asociación política, de acogerlo e invitarlo a incorporarse a su sociedad. Al fin y al cabo vivimos en un mundo arendtiano donde se entiende que los derechos son proporcionados por el Estado. Reclamarlos debe de convertirse, por el contrario, en una empresa colectiva que trascienda las fronteras.



CAPÍTULO IV

CORROBORACIÓN MEDIANTE EL ESTUDIO DEL CASO DE LA FRONTERA SUR DE ESTADOS UNIDOS

El presente capítulo sostiene un proceso de corroboración mediante el cual se verificarán las hipótesis formuladas. En el capítulo anterior, quedaron identificadas funciones o efectos latentes e indeseables del DIM, que se han logrado identificar y presentar de una manera reflexiva. En este capítulo, se intentará confrontar el DIM de manera empírica con las pretensiones de legitimidad que le son inherentes. Teniendo claro que en ocasiones el derecho se suele plegar a los deseos e intereses del poder con la retórica de la justicia, se intentará desvelar a través del estudio de caso, esta falsa apariencia de las normas señalada, y su fracasada pretensión de legitimidad.

En primera instancia, se procederá a confirmar si el DIM solapa una instrumentalización del derecho en favor de los Estados receptores de migrantes. Segundo, se intentará comprobar si la descalificación del DIM es parte de una estrategia para favorecer la tendencia actual de privilegiar el paradigma de la gobernanza de la migración a nivel global, por encima del insistir en el avance del sistema normativo.

Habiendo explorado variables formales y materiales que vistas en su conjunto, denotan la profunda dimensión política del fenómeno migratorio, este capítulo intentará presentar evidencia sobre el manejo unilateral de las migraciones al servicio exclusivo del interés del país receptor objeto de estudio. Esta estrategia se instrumenta a través de la errada formulación del sistema de refugio actual como factor que detona los flujos masivos de migrantes. Precisamente reside en su desactualización la imposibilidad de sobreponerse a las limitaciones de un sistema binario compuesto por categorías de migrante y refugiado imperfectas, que tiene como consecuencia la falta de mecanismos de respuesta ante los flujos de migrantes que debe regular. Quedó establecido hasta ahora, cómo la formulación actual del DIM facilita la concreción de una instrumentalización de la legislación internacional en beneficio de los intereses de los Estados receptores de migrantes, haciendo que la legislación resulte ineficaz y objeto de intenciones políticas ambiguas -una combinación que deja como



alternativa idónea la gestión migratoria- con su paradigma que considera la gobernanza una fórmula para hacer más eficiente el manejo de los flujos migratorios.

Con el fin de corroborar de manera empírica estas hipótesis, se ha seleccionado el caso del flujo migratorio de mayor antigüedad en el ámbito mundial contemporáneo, que se configura a partir de la frontera común de 3,169 kilómetros entre México y Estados Unidos.⁴⁰² Éste simboliza una frontera en un sentido más amplio que un simple límite geográfico: es la puerta que divide al Norte y al Sur del continente con todo lo que ello implica. Es muy ilustrativo porque representa la masividad en la movilidad humana en una frontera de vecindad altamente conflictiva, enmarcada por la asimetría entre ambos países, lo que permite poner en acción las consideraciones sobre el DI hegemónico.

En la configuración de este flujo migratorio, Estados Unidos representa la parte fuerte de la relación fronteriza por sus altos niveles de desarrollo y el predominio de un control unilateral de los movimientos de población hacia su territorio, bajo el amparo riguroso del principio de soberanía. De manera contradictoria, mientras despliega un control férreo de la política migratoria en aras de la seguridad y de la soberanía, a la vez la liberación de la economía internacional y fomenta el libre intercambio de mercancías a través de la misma frontera, para cumplir con los objetivos de la globalización. Es, adicionalmente, un país que es visto como destino laboral por miles de trabajadores del Estado vecino, México.

Reconociendo en el DIM su rasgo político constituyente, y no solo su carácter de instrumento para la mera aplicación técnica de las leyes, se adelantará un estudio de caso. Se mantendrán presentes consideraciones sociopolíticas del fenómeno jurídico de la migración, elementos del poder, ideológicos, así como prácticas sociales. De esta manera, políticas, prácticas y discurso, serán los tres elementos que ocuparán este análisis por estar interconectados de manera compleja como efectos directos de la legislación migratoria

⁴⁰² Estados Unidos es el país que concentra la mayor población migrante internacional a nivel mundias, de la cual el 26.2% de su población total migrante se encuentra en situación irregular. Las dimensiones del flujo migratorio desde México se dimensiona cuando el 30% de su propia población 11,7 millones de personas nacidas en México viven en Estados Unidos. De este total, cerca de 6 millones carecen de autorización legal.

Retraído de: <https://www.pewresearch.org/hispanic/2015/11/19/chapter-1-migration-flows-between-the-u-s-and-mexico-have-slowed-and-turned-toward-mexico/> Consultado abril de 2020.



internacional.

En consecuencia, primero se buscará exponer el marco jurídico migratorio de Estados Unidos, compuesto por tratados relacionados con la migración y normas internas que se han adoptado para cumplir con sus obligaciones internacionales. Con este fin, se contrastarán las normas y las prácticas que lleva a cabo como desarrollo de estas políticas identificadas, en términos del DI hegemónico, para evaluar la autonomía de estas normas jurídicas internacionales y nacionales con respecto al poder.

Posteriormente, para confirmar la voluntad que se expresa tras dicha legislación y política migratoria desplegada, se hará un análisis del discurso y la retórica que extiende hacia sus connacionales y hacia el exterior.

Para finalizar, se vincularán estos hallazgos al discurso contrahegemónico y a las formas de colonialismo subalterno, con el fin de establecer la legitimidad de la legislación migratoria que se implementa en Estados Unidos, en términos de sus procedimientos jurídicos, y su política de poder sostenida por argumentos morales propios.

4.1. Estados Unidos como poder hegemónico en el Derecho Internacional

En el presente siglo, el escenario político internacional ha enfrentado un nuevo contexto que se caracteriza, entre otros rasgos, por el desequilibrio de poder entre los Estados. Esto responde a la globalización económica y la conformación de una comunidad internacional operada bajo nuevas reglas, tras el desmoronamiento del bloque comunista a finales de los años ochenta. Su principal rasgo es la indiscutible hegemonía de los Estados Unidos, que se despliega en materia militar, económica, política e ideológica, y que se ejerce de forma unilateral, o bien por medio de instituciones internacionales multilaterales. El tema migratorio no es la excepción.

Los cuestionamientos al paradigma migratorio vigente a nivel internacional adoptan un nuevo sentido cuando se analizan a la luz de la política migratoria y al desempeño



hegemónico de Estados Unidos dentro de la comunidad internacional. Parafraseando a Habermas, el papel del DI es seriamente cuestionado cuando una potencia intervencionista como Estados Unidos prescinde de las decisiones de la comunidad internacional que van en contra de sus deseos, y que son el resultado de los debidos procedimientos jurídicos para privilegiar una política de poder apoyada en argumentos morales propios.⁴⁰³

Es innegable que la realidad mundial presenta un DI que le reconoce a Estados Unidos un papel preponderante, y que aún favorece, en gran medida, una visión estatocéntrica. Esta condición le permite tener injerencia en el orden internacional, hasta el punto de poder modificarlo. De esta manera convierte al DI en un instrumento más al servicio del poder para la satisfacción de sus intereses nacionales, y así fortalece aún más su consolidación como Estado hegemónico.

Este objetivo se cumple de manera progresiva a través de un proceso de legalización de la hegemonía que se va configurando a través del ejercicio de diversas estrategias que tienen el fin de incorporar en el ordenamiento internacional ventajas jurídicas específicas para si. Usualmente, esta reconceptualización del ordenamiento jurídico internacional se despliega a través del rechazo a las normas imperativas de DI general, cuando se imponen sus propias interpretaciones, o bien se favorece la creación de normas jurídicas más permeables al poder, y que protejan sus intereses.

La denominada “paradoja de la hegemonía” se configura por la tensión entre la carga moral de representar al líder del orden internacional y sus intereses estatales particulares. Ante estas expectativas morales, en ocasiones debe aceptar reglas generales de conducta que no siempre le resultan beneficiosas a corto plazo, pero que son vistas por la comunidad internacional como necesarias para sostener un orden internacional estable.⁴⁰⁴

⁴⁰³ HABERMAS, Jürgen. *El Derecho Internacional en la transición hacia un escenario posnacional*, Katz Editores, Madrid, España, 2008.

⁴⁰⁴ RODRIGO Hernández, Angel. El Derecho Internacional hegemónico y sus límites. Anuario de Derecho 07 XXIII *A.E.D.I.*, vol XXIII, 2007, p. 150.



Específicamente en materia migratoria, Estados Unidos se debate entre su condición de líder moral y sus intereses nacionales. Su historia está marcada por los flujos constantes de inmigrantes, lo que ha sido su regla y rasgo distintivo, su misión y destino. En su calidad de principal país receptor de migrantes, cumple una función moral expresada en la corriente hoy llamada del multiculturalismo, para la cuál la diversidad es una fortaleza, sobre todo en la era actual de creciente globalización. No obstante, esto entra en conflicto con la corriente “nativista” para la cual una inmigración irrestricta puede diluir la identidad del país e ir en detrimento de los propios nacionales.

De manera específica este dilema se manifiesta en su participación en el régimen jurídico internacional de refugiados. Resulta innegable que este país ha ejercido durante mucho tiempo el papel de un líder mundial en el reasentamiento de refugiados. En expresión de ese liderazgo, Estados Unidos ofrecía refugio cada año a más personas que todas las demás naciones combinadas.⁴⁰⁵

La carga moral de dicho rol de liderazgo mundial se sostiene activamente en la actualidad dado el significativo incremento en el número de refugiados a nivel mundial que huyen de la violencia o la persecución en sus países de origen en busca de seguridad en el extranjero. No obstante, bajo el argumento de una presión abrumadora en su sistema de refugio, la actual administración de Donald Trump ha reducido drásticamente la cantidad máxima de refugiados que pueden ingresar a los Estados Unidos.⁴⁰⁶ Recientemente, como se explicará a mayor detalle, el gobierno de los Estados Unidos en intento del presidente Donald Trump para detener el flujo de migrantes que cruzan la frontera sur, redujo los recursos que destina al sistema administrativo para los trámites de refugio. Además impuso nuevos requerimientos a los migrantes como el haber iniciado trámites y haber sido rechazados en

⁴⁰⁵ En 2017, por primera vez en la historia moderna, según el Consejo Americano de Inmigración, Estados Unidos aceptó menos refugiados comparado con el resto del mundo. CONNOR, Phillip & Jens Manuel Krogstad, *For the first time, U.S. resettles fewer refugees than the rest of the world*, Pew Research, July 5, 2018. Retraído de: <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2018/07/05/for-the-first-time-u-s-resettles-fewer-refugees-than-the-rest-of-the-world/>.

⁴⁰⁶ De 110 mil en el 2017 a 18 mil en el 2020. Retraído de: <https://www.eluniversal.com.mx/mundo/eu-reducira-18-mil-cifra-de-refugiados-para-2020>



otro país antes de poder optar al refugio en el país. Así mismo exigió nuevos procedimientos de investigación en materia de seguridad a los refugiados antes de que puedan ser admitidos en el país, y posteriormente a razón de la pandemia del Covid-19 los suspendió en su totalidad. Al suspender también los términos legales, deja a muchos refugiados atrapados en estaciones migratorias, en situaciones de alto riesgo durante periodos prolongados de espera en los trámites migratorios.

Estas medidas se introdujeron a pesar de que pudieran ser impugnadas por contravenir las normas internacionales. En efecto, posteriormente un juez federal ordenó al gobierno estadounidense que continuara aceptando solicitudes de asilo de todos los migrantes que llegan a los Estados Unidos y cumplieran con los requisitos para solicitar esa medida de protección.⁴⁰⁷

Para explicar estas actitudes contradictorias, Rodrigo advierte cómo el Estado hegemónico:

“...en unas ocasiones ayuda a crear y configurar, desarrollar y funcionar y, en otras en cambio, ignora, ningunea e incluso socava mediante su conducta unilateral. El Estado hegemónico intenta, con distintos argumentos y estrategias, reconfigurar el Derecho Internacional para hacerlo más dúctil y permeable a sus intereses, para convertirlo en un instrumento más de su poder”.⁴⁰⁸

El hegemón suele invocar diferentes justificaciones para explicar su proyecto de instrumentalización del DI. Así, unas veces argumenta que necesita reglas especiales o excepciones a las reglas generales para poder actuar frente a las responsabilidades internacionales especiales que tiene como líder sistémico, que son proporcionar orden y seguridad.

⁴⁰⁷ JORDAN, Miriam, Zolan Kanno-Youngs Una corte bloquea la regla de Trump que impide casi todas las solicitudes de asilo, *The New York Times*, julio 2019. Retraído de: <https://www.nytimes.com/es/2019/07/24/espanol/asilo-trump.html>

⁴⁰⁸ RODRIGO Hernández, Angel. *Op. cit.*, p. 150.



A partir de estas prácticas se ha configurado el denominado excepcionalismo americano, fenómeno para el cuál Luck ha identificado cuatro características principales en el comportamiento estatal del hegemón: la voluntad de ir solo en una variedad de temas; la asunción de que sus prácticas y valores nacionales son universalmente válidos y sus posiciones políticas son auténticas y morales, no sólo adecuadas; una fuerte tendencia a tener en cuenta sólo consideraciones internas cuando actúa en los foros internacionales, incluida la adopción de normas internas contrarias a sus obligaciones internacionales; y la creencia de sus dirigentes y legisladores de que tienen varias opciones para alcanzar sus intereses nacionales, y que actuar a través de instituciones multilaterales es una opción y no una obligación.⁴⁰⁹

Frente a su posición respecto a las instituciones, en ciertas ocasiones Estados Unidos ha seguido la estrategia de apartarse de ellas, y retirarse del DI para convertir su derecho interno en un instrumento para regular y dominar distintos aspectos de las relaciones internacionales. Esto lo hace por medio del ejercicio extraterritorial de la jurisdicción, de los mecanismos de certificación, de las sanciones unilaterales, de los tribunales internos que han actuado como tribunales internacionales, o de la utilización de la Constitución estadounidense como parámetro del DI.⁴¹⁰ Esta estrategia de poder se utiliza con la salvedad de aquellas ocasiones en las cuales el *statu quo* le es favorable como Estado dominante, y entonces su tendencia se dirige hacia favorecer las instituciones como una forma de estabilización del poder.

Cuando la estrategia consiste en la reformulación de las normas jurídicas internacionales, los motivos que se invocan para justificarla incluyen la aparición de nuevas amenazas, desafíos y tipo de conflictos, siendo claramente el caso de la migración cuando se

⁴⁰⁹ LUCK, E. C., “American Exceptionalism and International Organization: Lesson from 1990s”, en FOOT, R., M AC FARLANE, S.N. y MASTANDUNO, M., U.S. Hegemony and International Organizations. The United States and Multilateral Institutions, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 25-48, en especial pp. 27-29.

⁴¹⁰ KRISCH, N., “International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of International Legal Order”, *EJIL*, vol. 16, n. 3, 2005, pp. 376-380.



le ha otorgado la connotación de amenaza directa contra la seguridad nacional, o en los últimos tiempos por motivos de una emergencia sanitaria con la pandemia del Covid-19.

Todos estos comportamientos descritos han sido recogidos por el DI hegemónico,⁴¹¹ en el cual la estrategia implícita consiste en modificar los fundamentos del sistema internacional a través de un proceso en el que, acciones y pretensiones, cuestionen los límites jurídicos internacionales ya establecidos, con propuestas que confluyan en nuevos patrones que se hacen pasar por nuevos fenómenos para, primero, posicionar el proceso, y posteriormente, avanzarlo. Precisamente, esta estrategia podría identificarse con la narrativa que se construyó en el capítulo anterior en la cual se problematizó la migración con el fin de generar un cambio de paradigma hacia la gobernabilidad migratoria.

A lo largo del capítulo se establecerá en qué medida los intereses norteamericanos están comprometidos en la transición hacia la gobernanza migratoria, identificándose con estas estrategias hegemónicas que tienen como objetivo la alteración de la legislación internacional. Esto reafirma la hipótesis de Rodrigo que asevera que el DI hegemónico tiene un alto contenido propio del positivismo porque:

“(....) no es más que una reactualización del viejo positivismo voluntarista que, aunque su rendimiento explicativo y su elaboración conceptual no son muy elevados, si se consolida, puede poner en peligro la autonomía de las normas jurídicas internacionales respecto al poder y, por tanto, la propia normatividad del DI”.⁴¹²

Este análisis desde la perspectiva del DI hegemónico se concentra especialmente en el Estado hegemón como su objeto de estudio. Los teóricos de la hegemonía han advertido cómo las luchas por el poder y las alianzas entre élites jurídicas reproducen en el Norte y en el Sur la

⁴¹¹ Esta doctrina aboga por una nueva concepción del DI para que éste sea un instrumento del poder que permita alcanzar los intereses Norteamericanos a corto plazo. Se fundamenta en destacar los límites del Derecho Internacional para incorporar la nueva distribución de poder que permita garantizar la seguridad de Estados Unidos y satisfacer los intereses nacionales.

⁴¹² RODRIGO Hernández, Ángel. *Op. cit.*, p. 150.



hegemonía del capital transnacional y de los Estados del Norte. Se concentran en los fundamentos estructurales que explican el fracaso de los diseños jurídicos globales (por ejemplo, la exportación del Estado de derecho y de los derechos humanos) y también estudian la reproducción de las élites jurídicas que los promueven.⁴¹³ Muchos académicos de la hegemonía, aún cuando se apoyan en una rica tradición de teoría social crítica del derecho, sostienen una perspectiva que proviene desde países occidentales, con su correspondiente plano de observación.

Es por ello que otros académicos que han defendido la contrahegemonía, han planteado que a pesar de que las corrientes de la hegemonía se han encargado de resaltar el derecho a la resistencia y la persistencia de la dominación al interior y más allá de las fronteras nacionales, estos señalamientos, al provenir de occidente mismo, tienen una perspectiva limitada, que puede resultar tanto inefectiva como terminar reproduciendo con mayor fuerza la hegemonía.

Desde la perspectiva del Sur, hay que evaluar hasta qué punto el análisis hegemónico tiende a reproducir con mayor fuerza la propia hegemonía que se encarga de resaltar. Específicamente, para efectos del estudio del DIM, por tratarse de los migrantes como sujeto de la legislación internacional y pertenecer ellos principalmente a los países expulsores, es relevante rescatar las perspectivas de corrientes como los TWAIL y las Epistemologías del Sur como parte del análisis de la legislación internacional.

4.2. Legislación Migratoria Internacional vigente en Estados Unidos

4.2.1. Sistema de Refugio

El instrumento medular del DIM es la figura del refugio. Como se sugirió en el capítulo anterior, la legislación internacional sobre el derecho de asilo es el dispositivo migratorio que se utiliza para contener la migración no deseada. Precisamente, la instrumentalización del

⁴¹³ SANTOS, Boaventura de Sousa, Rodríguez Garavito (eds). El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita. Anthropos ; México : UAM- Cuajimalpa, 2007, p.11.



derecho se ejerce a través de él. El análisis del caso norteamericano tendrá el objetivo de poner a prueba la veracidad de esta hipótesis.

La interpretación y la implementación de la Ley de Asilo tiene connotaciones muy específicas en Estados Unidos. Aunque no forma parte de la Convención sobre los Refugiados de 1951, este país ha ratificado tres tratados pertinentes que son vinculantes respecto a este instrumento y al principio de no devolución, cuya interpretación y efectos de la implementación se revisarán a continuación:

Primero, Estados Unidos se adhirió al Protocolo de 1967 relativo al Estatuto de los Refugiados el 1 de noviembre de 1968.⁴¹⁴ En dos de sus artículos,⁴¹⁵ los Estados se comprometen a aplicar sin reservas los artículos 2 al 34 inclusive, de la Convención de los Refugiados. Al respecto, la Corte Suprema señaló en la sentencia Aguirre-Aguirre,⁴¹⁶ que el Protocolo de Refugiados “incorpora por referencia” los artículos 2 a 34 de la Convención sobre los Refugiados. Incluida, dentro de estos artículos enumerados, se encuentra la disposición de no devolución del artículo 33.

El Congreso implementó los principios del Protocolo de Refugiados de 1967 a su legislación interna cuando promulgó la Ley de Refugiados de 1980. Reconociendo la intención de la legislatura, el Supremo Tribunal ha establecido que resulta claro que con su promulgación, “uno de los propósitos principales del Congreso era incorporar a Estados Unidos la legislación sobre refugiados de conformidad con el Protocolo de las Naciones Unidas de 1967 relativo al Estatuto de Refugiados”.⁴¹⁷ Por su parte, atendiendo a la obligación internacional asumida por Estados Unidos frente al principio de no devolución, la Ley de Refugiados de 1980 contiene una disposición expresa: el Fiscal General no puede

⁴¹⁴ Protocolo Relativo al Estatus de los Refugiados, Junio 31, 1967, 19 U.S.T. 6223, 606 U.N.T.S. 267. Retraído de:

<http://www.unhcr.org/3b66c2aa10.html>, Visitado en enero 2020. Este tratado entró en vigor el 4 de Octubre del 1967, con 146 Estados parte, entre los cuales está Estados Unidos, donde entró en vigor a partir del 1 de Noviembre del 1968. http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-5&chapter=5&lang=en. Visitado en enero 2020.

⁴¹⁵ Artículo 1, apartado 1, y artículo 7, apartado 1.

⁴¹⁶ Sentencia Aguirre-Aguirre, 526 U.S. 415, 427 (1999)

⁴¹⁷ INS c. Cardoza-Fonseca, 480 U.S. 421, 436-37 (1987)



remover a un extranjero de regreso a su país de origen si percibe que la vida o la libertad del extranjero se vería amenazada en aquel país debido a su raza, religión, nacionalidad, grupo social en particular, u opinión política.

Secundando lo anterior, el Artículo 3 de la Convención de 1984 contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes Tratamiento o Castigo⁴¹⁸ establece: “Ningún Estado Parte expulsará, devolverá (“*refouler*”) o extraditará a una persona a otro Estado donde hay motivos sustanciales para creer que estaría en peligro de ser sometido a tortura”. A efectos de determinar si existen tales motivos, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, incluidas, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate, de un patrón coherente de violaciones graves, flagrantes o masivas de los derechos humanos.

Por su parte, la Convención contra la Tortura fue implementada en los Estados Unidos por la Ley de Reforma y Reestructuración de Asuntos de 1998. Esta legislación, conocida como la Ley FARRA, hace explícita la prohibición de devolución en los siguientes términos:

“Será la política de los Estados Unidos no expulsar, extraditar, o de otra manera imponer el retorno involuntario de cualquier persona a un país en el que haya motivos sustanciales para creer que la persona estaría en peligro de ser torturada, independientemente de si la persona está físicamente presente en Estados Unidos”.⁴¹⁹

En tercer lugar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966, trata la expulsión en un lenguaje diferente al de los tratados sobre refugiados y contra la tortura, dado que su origen se encuentra dentro del contexto de los procedimientos regulares de inmigración. El

⁴¹⁸ Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Dic. 12, 1984, 1465 U.N.T.S. 85, <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>. Este tratado entró en vigor en Junio 26 de 1987, y cuenta 154 Estados parte. Retraído de: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-9&chapter=4&lang=en Estados Unidos ratificó el 21 de octubre de 1994, sujeto a las declaraciones y reservas expuestas. Ninguna de estas declaraciones se refiere al principio de no devolución.

⁴¹⁹ Pub. L. No. 105-277, Div. G, Subdiv. B, Título XXII, Ch. 3, Subch. B, n.o 2242, 112 Estadísticas 2681, 822-823 (codificado como 8 U.S.C.), 2012.



artículo 13 establece:

“Un extranjero legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto puede ser expulsado del mismo sólo en cumplimiento de una decisión adoptada de conformidad con la ley y, salvo razones imperiosas de seguridad nacional, de otro modo se le permite presentar las razones contra su expulsión y tener su caso revisado por, y estar representado para el propósito anterior, de persona o personas especialmente designadas por la autoridad competente”.⁴²⁰

Estados Unidos firmó este tratado en 1977 y lo ratificó en 1992. Adjunto al instrumento de ratificación, sin embargo, estableció esta salvedad: “Que Estados Unidos declara que las disposiciones de los artículos 1 a 27 del Pacto no se ejecutan por sí mismos”.⁴²¹ Hasta la fecha no se ha aprobado ninguna legislación para aplicar el citado Artículo 13.

Por su relevancia simbólica, esta reserva va claramente en contra del principio básico del DI de establece que el derecho interno no puede prevalecer sobre las obligaciones jurídicas internacionales. Mediante su aplicación, se están legitimando determinadas prácticas norteamericanas que ponen en riesgo la integridad del tratado.

4.2.2. Tratados en Derechos Humanos

Estados Unidos en muchos de estos campos regulados por convenios o tratados, tiene una doble moral. Se comporta moralmente como defensor y los abandera, pero sin someterse internacionalmente a las obligaciones que emanan de sus tratados y convenios. Cuando se discuten instrumentos internacionales que afectan los intereses o políticas internas de Estados Unidos, actúa en los organismos internacionales obstaculizando hasta donde pueda su

⁴²⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, diciembre 16, 1966, 999 U.N.T.S. 171. <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>. Este tratado, que entró en vigencia el 23 de marzo de 1967, tiene 167 estados parte. Colección de Tratados de la ONU. Retraído de: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en. Estados Unidos ratificó el 8 de junio de 1992, sujeto a las declaraciones y reservas expuestas.

⁴²¹ 138 Cong. S4781-01 (ed.diario, 2 de abril de 1992).



elaboración, la firma y ratificación de países, con el objetivo de quedar al margen de esta normativa internacional o de debilitarlos en la fuerza internacional que tienen, afectando su integridad. De los 18 instrumentos de Naciones Unidas relativos a los derechos humanos, Estados Unidos sólo ha ratificado cinco.

En 1977 firmó el “Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos”. Aunque, no fue inmediatamente ratificado por no contar con la aprobación del Senado, fue hasta el año de 1992, que se dio su aprobación y finalmente adquirió obligatoriedad.⁴²² Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue firmado en 1997, pero aún no sigue a la espera de ratificación.

Estados Unidos firmó en 1995 la Convención de los Derechos del Niño, pero nunca la ha enviado al Senado para que sea ratificada. Esto quiere decir que si bien respalda los derechos descritos en el documento, no está comprometido legalmente a acatarlos.

La conducta de EEUU se encuadra en todas las características referidas al líder hegemónico dentro del DI, y también refleja la tensión propia de la paradoja hegemónica consistente en la carga moral de representar al líder del orden internacional. Éste debe en ocasiones favorecer reglas generales de conducta aunque contravengan sus intereses con miras a sostener un orden internacional legítimo y estable.

Específicamente en el tema de la protección de los derechos humanos como tema especialmente sensible por ser Estados Unidos la superpotencia que por excelencia debiera abanderar de derechos humanos, se despliega la estrategia para mitigar los efectos de dichos tratados a través de la formulación de reservas que limitan o excluyen los efectos de determinadas disposiciones con la justificación de hacerlos compatibles con las constitución y las leyes americanas.

La desconfianza norteamericana en los tratados internacionales multilaterales se manifiesta de manera particular en la fase de conclusión, donde utiliza su enorme capacidad

⁴²² CHOMSKY, Noam. Failed State “*The abuse of power and the Assault of Democracy*” New York Metropolitan Books, 2002, p. 9.



de influir en los demás Estados negociadores para que el contenido del tratado regule y proteja los intereses americanos. Si a pesar de todo su poder de negociación no consigue que el texto refleje sus intereses, Estados Unidos, después de firmar la adopción del texto para poder continuar en el subsiguiente proceso de negociación para el desarrollo normativo del tratado y para poder ejercer su influencia en él, como ya se demostró, opta por no ratificar los tratados internacionales multilaterales. Con estas actitudes se infiere que pretende la reconfiguración del DI actual para convertirlo en un instrumento del poder. Esto lo logra a través del rechazo a las normas imperativas de DI general, cuyo cumplimiento hace imperativo para otros. De acuerdo con sus intereses nacionales, exige de otros Estados firmantes el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, por ejemplo.

Con respecto al DI consuetudinario en materia migratoria, se puede argumentar que de manera aparente para Estados Unidos es vinculante el principio de no devolución. Aunque es poco frecuente, un litigante podría solicitar la aplicación de la no devolución como DI.⁴²³ Como cuestión general, tal alegación requerirá que se examine el debate con respecto al uso de DI consuetudinario en los tribunales de los Estados Unidos.

Específicamente, cabe advertir que la cuestión de si la norma de no devolución ha alcanzado la condición de DI consuetudinario es sí mismo, ha sido objeto de impugnación, por lo que un juez que desee presentar tal reclamación tendría que hacer una fundamentación jurídica válida. Precisamente, esta calidad de mecanismo permeable, hace que el tema de la costumbre internacional tenga un significado particular visto desde la perspectiva del Estado hegemón, porque permite a los Estados más poderosos crear, mantener o cambiar tales normas con mayor discrecionalidad que otras fuentes del ordenamiento jurídico internacional, a pesar de que goza de la participación de la comunidad internacional.⁴²⁴

⁴²³ *Vid.* Yuen Jin vs. Mukasey, 538 F.3d 143, 159 (2d Cir. 2008).

⁴²⁴ Rodrigo explica que manera más fácil para que las normas consuetudinarias incorporen las preferencias de los poderosos, en que tales Estados poseen un cuerpo diplomático más amplio que genera más práctica, porque tienen capacidad de objetar el nacimiento de nuevas normas y porque disponen de la capacidad militar, económica y política necesaria para discrepar de los demás, para presentar reclamaciones, para aplicar las decisiones judiciales y para imponer sanciones llegado el caso. RODRIGO Hernández, Angel, *op cit*, p. 174.



Aún cuando una de las características del DI hegemónico consiste en el rechazo de las normas de *ius cogens* y de las normas universales de DI general, la costumbre es para el hegemón un instrumento útil para incorporar al contenido de la regla sus preferencias o intereses. También sirve para el reconocimiento de excepciones que le eximan de la regla general. Posturas críticas que han estudiado el tema de las fuentes del DI, como Koskeniemi y Kennedy coinciden en que la costumbre internacional es una fachada para la imposición de preferencias políticas subjetivas argumentadas bien a partir de la práctica o bien desde la *opinio iuris*.⁴²⁵

Un claro ejemplo de esto en la actual política migratoria americana, lo constituye la reciente decisión en septiembre del 2019 de la Corte Suprema cuando avaló la política que exige a los migrantes solicitar y ser negado el asilo en otro país, como requisito previo a gestionar su aplicación ante la autoridad norteamericana correspondiente. En tanto un litigio que desafía su legalidad se encuentra en curso, la Corte permitió que esta regla entre en vigor aún con la resolución del procedimiento pendiente.⁴²⁶ De acuerdo con el ANCUR, esta medida restringe significativamente el derecho a solicitar asilo, obstaculiza el derecho a la protección ante la devolución y eleva sustancialmente la carga de la prueba sobre los solicitantes de asilo más allá de los estándares legales internacionales. También atenta contra los derechos básicos y libertades para quienes los reúnen y no está en línea con las obligaciones internacionales.

Finalmente, cabe señalar que aunque Estados Unidos sostiene una postura ambigua frente a los derechos humanos, es con base en ellos que interpretan la persecución y la motivación de la legislación internacional de asilo por el vínculo entre ella y los derechos humanos: su definición de refugio se sustenta en la convención sobre el Estatuto de Refugiados, como ya se estableció arriba. En este sentido, la instrumentalización de los derechos humanos en el tema migratorio es evidente. Como bien lo advierte Estévez, “los derechos humanos como discurso experto del dispositivo migratorio construye la política de

⁴²⁵ KOSKENIEMI, Martti. From Apology to Utopia, *op. cit.* p. 385-387.

⁴²⁶ Esta decisión está siendo aún objeto de impugnación, aún no hay una resolución definitiva de la Suprema Corte.



verdad que establece quién merece asilo y quién no”,⁴²⁷ y por tanto quién está protegido por su categoría de refugiado privilegiada ante el DI y quien no.

4.2.3. Problema estructural de la ley de refugiados

Estados Unidos, bajo el amparo del principio de soberanía, defiende siempre el mantener una regulación unilateral autónoma de los regímenes de entrada, permanencia y salida de los no nacionales para preservar intacta la facultad de controlar los movimientos de población en su territorio. Como se verá, en el plano interno esto se traduce en sostener sistemas normativos que permitan una alta carga de discrecionalidad mediante la utilización de numerosos conceptos jurídicos indeterminados, y generosos márgenes de apreciación para las autoridades administrativas y judiciales a las que corresponde su aplicación.

Precisamente, mantener la legislación con lagunas tiene como consecuencia que al no contar con un significado claro a partir del texto normativo, la norma de derecho se convierte en una norma que se puede interpretar en beneficio del sistema de poder. El sostener un ordenamiento con vacíos, lagunas, e incoherencias entre diversas normas jurídicas en su ordenamiento que afectan sustancialmente su coherencia interna, siempre permite un mayor margen de discrecionalidad en las decisiones emanadas de los jueces.

Siguiendo esta línea argumentativa, para los CLS esta indeterminación conlleva, en el caso de los jueces como agentes jurídicos, a fundamentar sus decisiones en razones eminentemente subjetivas, amparadas en estrictos criterios de justificación basados en la validez formal del ordenamiento jurídico en cuestión. Esta subjetividad obedece a que el Derecho no incorpora una jerarquía de valores o principios generales inspiradores del ordenamiento que le permitan al operador jurídico elegir el más importante o el más adecuado a la hora de aplicar la ley a un caso particular. Por lo tanto, lo que guía a los jueces que deciden si otorgar el asilo es, por encima de la moral y la ética, una consideración ideológica y, sobre todo, política.

⁴²⁷ ESTÉVEZ, Adriadna. *Op. cit.*, p 63.



Desde otra línea de análisis, los jueces “son técnicos nómicos clave en las ideologías que dan forma a los escenarios y situaciones nómicas a través de su presunta interpretación racional y eficiente de los signos, aunque esta racionalidad sea más imaginada que real por su falta de discrecionalidad”.⁴²⁸

En última instancia, es el juez es quien define los parámetros de lo que es un contexto de persecución y los motivos de ésta con base en una idea muy rígida del distante escenario que debe considerar para su desición.

Con estas consieraciones presentes, se puede explicar la conveniencia de la falta de actualización de las causas distintas a las contenidas bajo la categoría jurídico internacional de refugiado en la Convención del Estatuto de los Refugiados que permite a la legislación de asilo estadounidense sostener una interpretación tan estrecha que impone innumerables obstáculos para la acogida de migrantes irregulares. El sistema de asilo refleja un estadocentrismo metodológico en términos de la definición de refugiado, y se sigue ciñendo a la definición contenida en la Convención del 1951. Esto quiere decir que no permite su ampliación por otros instrumentos no vinculantes.⁴²⁹

En pleno reconocimiento de esta limitación de la legislación internacional, con el fin de atender situaciones específicas que no se incluyen en la definición, Estados Unidos adoptó en 1990 la figura del Estatuto de Protección Temporal que el gobierno concede a ciudadanos de países en conflicto o en situación de desastre natural. El gobierno decide a discrecionalidad si la situación del país de origen es lo suficientemente grave como para conceder dicho estatus y lo puede otorgar solo por dieciocho meses. Este estatus le da derecho de buscar y obtener empleo durante el tiempo que dure el instrumento.⁴³⁰

Sin embargo, la realidad es que la mayor parte de las solicitudes de asilo,

⁴²⁸ ESTÉVEZ, Adriadna. *Op. cit.*, p. 62.

⁴²⁹ En el caso de las *Guidelines on Women Refugee Claimants Fearing Gender-related persecution*, a pesar de que el documento sugiere la inclusión de consideraciones de género, la definición se no ha sido aún objeto de modificación alguna y sigue restringiendo a contenida en la Convención de 1951.

⁴³⁰ US Immigration Support, 2011. Retraído de:
<https://www.ncsl.org/research/immigration/immigration-laws-and-bills-spring-2011.aspx>



especialmente de mexicanos o de centroamericanos, se rechazan. Ante la imposibilidad de cumplir favorablemente el proceso de encuadrar narrativas con lo legalmente esperado, a través de la evidencia tradicional, la mayoría de ellas se consideran falsas o vinculadas a violencias que, bajo la interpretación estrecha, pero legal de los jueces, la legislación de asilo no ampara.

Adicionalmente, presenta limitantes procedimentales: en el actual sistema los casos de remoción de migrantes son procesados en Cortes de migración conducidas por cerca de 440 jueces que no pertenecen al Poder Judicial, sino al Ejecutivo, y están bajo la autoridad del Procurador General.⁴³¹ Dado que la deportación es una sanción civil, los acusados no tienen protecciones constitucionales como el derecho a un abogado pagado por el gobierno. Aunque los acusados pueden contratar a un abogado que los represente ante estas Cortes, es una realidad que con frecuencia no tienen los medios, ni los contactos necesarios para hacerlo. La carencia de un abogado puede afectar significativamente la posibilidad de que un inmigrante tenga un juicio justo.⁴³²

Solo cerca del veinte por ciento de los solicitantes de asilo logran obtener el derecho a vivir y trabajar en Estados Unidos, una vez que logran demostrar que se enfrentarían al hostigamiento en sus países de origen. Para ello deben presentar pruebas de persecución en el pasado o testimonios convincentes que establezcan el temor “bien fundamentado” de que enfrentarían un gran peligro si regresan a casa.⁴³³

⁴³¹ Hasta septiembre del 2019, un 1,023,767 expedientes estaban acumulados en las cortes donde ejercen 440 jueces a través de la nación. La espera de los extranjeros con casos pendientes en un tribunal de inmigración puede llegar hasta 1,450 días, es decir más de cuatro años, debido al atasco que viven las cortes, Fuente [EFE](#) | 27 de Octubre 2019.

⁴³² Un estudio realizado entre 2007 y 2012 determinó que solo el 37% de todos los inmigrantes cuyo caso fue decidido por una corte migratoria tuvo abogado; entre los inmigrantes que estaban en detención antes de la audiencia solo el 14% tuvo abogado. Los inmigrantes en detención que tenían abogado eran cuatro veces más propensos a ser liberados después de la audiencia (44%, por 11%) que los que no lo tenían. Mientras tanto, los inmigrantes mexicanos tuvieron la tasa de detención previa a la audiencia más alta (78%), así como la tasa más baja de apoyo de un abogado (21%). El Diario, EFE , 27 de Octubre 2019. Retraído de: <https://eldiariomx.com/2019/10/27/cuantos-anos-tiene-que-esperar-un-inmigrante-para-que-su-caso-sea-atendido-en-cortes/>

⁴³³ SHEAR Michael D., Miriam Jordan y Manny Fernandez. *El sistema migratorio de Estados Unidos está cerca del colapso ¿Cómo llegó hasta ahí?* New York Times, Abril 2019. Retraído de: <https://www.nytimes.com/es/2019/04/14/espanol/estados-unidos-migracion.html> julio 2019.



Como complemento, las leyes internas en Estados Unidos que se orientan hacia el control de la migración, no solo han resultado ineficaces sino que, según Ortega, han estado lejos de prevenir o reducir la migración irregular, y la han perpetuado al no preveer otros canales legales para la migración, es decir, ofrecer alternativas a todos aquellos migrantes que caen en la irregularidad encontrándose dentro del territorio.

4.3. Políticas migratorias que complementan el paradigma

Estados Unidos no ha desarrollado una política de refugio como tal, considerada en si misma por motivaciones humanitarias, sino más bien como lo aduce Estévez se maneja basado en: “una política de inmigración disfrazada de política de refugiados”.⁴³⁴

Respondiendo a este régimen de refugiados distorsionado por su función instrumental que ya se ha descrito en el capítulo anterior, y que configura el paradigma dominante, la legislación vigente en Estados Unidos opera en conjunto con políticas cada vez más restrictivas en materia de migración. Éstas son adicionadas con todas las figuras referidas basadas en la disuasión, que han sido utilizadas para evitar que los migrantes y refugiados accedan al sistema de asilo.

Se analizarán las tecnologías utilizadas que se identifican con la gobernabilidad de la movilidad humana. Los dispositivos utilizados incluyen medidas legales para excluir retroactivamente a los refugiados que ya llegaron al territorio de la “puerta procesal”, la introducción de límites de tiempo para presentar asilo, el uso de varios procedimientos acelerados basados en los conceptos de “primer país de llegada”, “país de origen seguro”, “tercer país seguro” y “manifiestamente infundado”.

Otro tipo de medidas que adicionan algunas ya referidas como la intercepción de migrantes en el mar, se dirigen también a evitar físicamente que los refugiados accedan al territorio del Estado de asilo, por ejemplo, a través de la introducción de sanciones a los

⁴³⁴ ESTEVEZ, Adriadna. *Op. cit.*, p.149.



transportistas. Las compañías aéreas privadas a nivel mundial también se han visto obligadas a rechazar el embarque de miles de solicitantes de asilo cuando es poco probable que obtengan una visa en el Estado al cual esperan arribar. Adicionalmente se han ideado otros mecanismos de disuasión que han consistido en separar a las familias a su ingreso.⁴³⁵

4.3.2. Sobre la disuasión y otras tácticas

Se han realizado intentos por lograr un ejercicio migratorio tendiente más que al control, a la criminalización de la inmigración. Esto se pudo evidenciar cuando la ley SB1070 del estado de Arizona facultó a la policía del mismo, a preguntar por la situación migratoria de cualquier persona sobre la cual tenga “*sospecha razonable*” de que no está autorizada a estar legalmente en Estados Unidos. En la práctica, la policía podría detener a cualquier persona por sus rasgos físicos sin estar cometiendo necesariamente ninguna contravención o delito; es decir, esencialmente por tener rasgos latinos, asiáticos, indios, árabes, entre otros. Ante esto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronunció con preocupación,⁴³⁶ y se le declaró a la práctica una clara violación del derecho a la no discriminación racial. Actualmente, la aplicación de los aspectos más controversiales de la ley se suspendió por una orden de una Corte del Distrito de Arizona a raíz de una demanda presentada por el Gobierno Federal, en la cual argumentaba que la Ley SB1070 violaba la autoridad exclusiva del Estado Federal sobre el tema de la inmigración. El argumento no se centró en la violación de derechos que la norma representaba.⁴³⁷

⁴³⁵ JORDAN Miriam y Caitlin Dickerson *Las separaciones familiares de migrantes continúan aunque la política fue terminada*, Marzo 2019. New York Times. Retraído de: <https://www.nytimes.com/es/2019/03/11/espanol/separacion-familias-trump.html>. Julio, 2019

⁴³⁶ Comisión IDH, *Comunicado de prensa No. 47/10, Preocupación por la nueva ley sobre Inmigración de Arizona, Estados Unidos*, 28 de abril de 2010. <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2010/47-10sp.htm>.

⁴³⁷ Texto completo de la ley SB1070: Retraído de: <http://www.azleg.gov/legtext/49leg/2r/bills/sb1070s.pdf>. Versión en español disponible en: <http://secretoscuba.cultureforum.net/t18367-ley-sb-1070-de-arizona-en-espanol-informacion-general>.



Este mismo tipo de iniciativas han constituido el denominado paradigma de disuasión⁴³⁸ que se compone de varias herramientas de selección migratoria, y sin constituirse en prácticas legales, son ampliamente desplegadas por Estados Unidos. Destaca una estrategia diseñada antes de la elección de Trump, establecida por la Patrulla Fronteriza a principios de la década pasada para desalentar tanto el primer intento de cruzar la frontera, al igual que al reingreso cuando una persona ya ha sido deportada. Una de las acciones que se realizan bajo este sistema es deportar a los migrantes a lugares muy lejanos del punto donde fueron aprehendidos. Además, con frecuencia los migrantes detenidos son juzgados en grupo, lo cual limita sus derechos legales según el concepto de debido proceso. El sistema también recurre a la “remoción expedita”, la cual se puede aplicar a migrantes aprehendidos a menos de 100 millas de la frontera y antes de dos semanas de haber entrado a Estados Unidos. El agente migratorio tiene autoridad y discreción absolutas para decidir la deportación del migrante, sin que este tenga recursos para cumplir con su derecho a abogado o audiencia.

En mayo de 2018, los funcionarios de Aduanas y Protección Fronteriza de los Estados Unidos comenzaron una práctica conocida como “mediación” en la frontera sur. Esto significa que los funcionarios están estacionados en los puertos de entrada oficiales a lo largo de la frontera para notificar a los solicitantes de asilo que llegan, que los cruces fronterizos de Estados Unidos están llenos debido a la “capacidad de procesamiento limitada” y tendrán que esperar en México hasta que haya espacio disponible. Anteriormente, los funcionarios procesaban a todos los solicitantes de asilo que aparecían en los cruces.

Así mismo, el paradigma de disuasión fue utilizado desproporcionadamente por el gobierno de Trump en el caso de los menores no acompañados. La incidencia de este fenómeno había iniciado en el 2014 bajo el gobierno del Presidente Barack Obama en Estados Unidos, cuando se presenciaron flujos masivos de menores de edad que ingresaron al país por la frontera Sur de país, y que fueron regresados de manera sistemática a sus países de origen. Ante un fenómeno que el mismo mandatario denominó como una “situación humanitaria de urgencia” que requería una respuesta federal coordinada, la Patrulla fronteriza

⁴³⁸ GAMMELTOFT-HANSEN. *Op. cit., loc. cit.*



aprendió a mas de 68.000 menores no acompañados provenientes de centroamérica y de México. Aún cuando estos niños huían de la violencia y factores como las pandillas, en sus países se puede argumentar que prevalece una guerra no declarada, y bajo ese pretexto, para Estados Unidos es una guerra que no es reconocida y por tanto no cuenta con refugiados sino con simples migrantes económicos.⁴³⁹

El Presidente Donald Trump fue más allá para disuadir y desalentar futuros ingresos de menores. Subsecuentemente ordenó que éstos fueran separados de sus padres al ingreso al país, y lleva cumpliendo con su implementación desde inicios de su mandato. De acuerdo con el Diario La Jornada de México, las autoridades de inmigración de Estados Unidos separaron a más de 1.500 menores de sus padres en la frontera con México al inicio del gobierno del presidente Donald Trump, y el total desde julio de 2017 rebasó los 5.400. Según información suministrada por la Unión Americana de Libertades Civiles (ACLU por sus siglas en inglés) el gobierno informó a sus abogados que 1.556 menores fueron separados de sus familias entre el 1 de julio de 2017 y el 26 de junio de 2018. Esta ha sido la medida violatoria de los derechos humanos más radical tomada con el fin de cumplir un objetivo de disuasión.⁴⁴⁰

Bajo la denominación de “Política de Tolerancia Cero”, de constituir una simple falta administrativa, la entrada irregular en el país bajo el Gobierno de Trump ha cambiado a requerir de una detención durante la cual los hijos de los migrantes detenidos pasan a ser “menores no acompañados” que han de ir a un centro de internamiento. Una estrategia legalmente factible para lograr el objetivo último: que la amenaza de quitarles a sus hijos disuada a otros de su intención de emigrar a dicho país. El objetivo se cumple cuando esos padres desesperados llegan ante el juez de inmigración y se les informa que si solicitan asilo en Estados Unidos comienzan un proceso judicial que pasarán separados de sus hijos, ante lo

⁴³⁹ En Honduras mueren asesinadas cada año 85 personas por cada 100.000 habitantes: más que en Irak.

⁴⁴⁰ La Jornada sin fronteras, 25 de octubre, 2019. Retraído de: <http://www.jornada.com.mx/sin-fronteras/2019/10/25/mas-de-5-400-ninos-migrantes-han-sido-separados-de-sus-padres-en-la-era-trump-6098.html>, Julio 2019.



cual los padres optan por declararse culpables y aceptar una deportación rápida que les permita reclamar a sus hijos y reunirse con ellos más rápido.

Además de esta situación, a fines de 2018 se presentó otro fenómeno migratorio de flujos masivos hacia Estados Unidos, que justificó la reiteración del argumento sobre la necesidad de reevaluar las categorías de migrantes. En la frontera México-Estados Unidos se presentaron caravanas de migrantes que partieron de Honduras a principios de octubre del 2018, cuya travesía se vio frustrada en Tijuana, donde se acondicionaron refugios para las más de 11,000 personas que se unieron a la caravana, todos con la expectativa de cruzar para solicitar asilo en Estados Unidos.⁴⁴¹

Resultó alarmante ver cómo gran parte de los migrantes carecían de papeles, o los perdieron en el camino, con lo cuál de esfuman sus posibilidades de poder demostrar los hechos que dan fundamento a su solicitud; “confiaban en el asilo pero en el camino les robaron el celular que es donde portaban todas las pruebas. Aún así lo intentarían”.⁴⁴² Quedan sometidos a la credibilidad que le den las autoridades a su palabra; y ante la expectativa de una realidad que les enfrenta a la sobresaturación de los sistemas de asilo, la prolongación de los procesos en condiciones de detención, la invalidez de los motivos económicos para presentar la solicitud, la exigencia ineludible de aportar pruebas y la inevitable realidad de la deportación.

Estados Unidos decidió negociar con Guatemala y México para hacer un acuerdo de tercer país seguro, con el fin de evitar cumplir con su obligación internacional de dar acogida a estas personas y determinar de manera individual si en efecto su vida o integridad personal está amenazada en su país de origen.

Este es un ejemplo claro de la nueva estrategia de deslocalización del control migratorio que ha adoptado Estados Unidos, que consiste en delegar el desempeño del papel en el control migratorio. Esto conlleva con frecuencia a la implementación de acciones muy

⁴⁴¹ VALENZUELA Arce, José Manuel (Coordinador). *Op. cit.*, p. 12.

⁴⁴² *Idem*, p. 74.



distantes de los estándares del Estado de derecho, a Estados ubicados en la periferia del mundo desarrollado, estratégicamente situadas en los contornos de los países receptores de los flujos. Habitualmente se trata de Estados de tránsito migratorio. Liberarse de ese control cumple la función económica de ahorrarse los costos del mismo y evitar la acusación de violación de Derechos Humanos, o de sus otras leyes, así como romper con los principios de eliminación de las fronteras tan grata al neoliberalismo. Rodrigo denota cómo para los países de tránsito que adquieren esta función, la presión llega a ser tan aguda que no la pueden resolver con sus propias leyes dentro de su territorio y se acaban viendo rebasados.⁴⁴³

Como se mencionó arriba, cuando se trata de grupos de personas que han huido de su país al resultar afectadas por conflictos armados o acontecimientos que perturban el orden público en todo el territorio de su país de origen, de nacionalidad o de residencia habitual, o en parte de él, las autoridades competentes en el Estado de acogida deberán tener en cuenta todas las consideraciones pertinentes, incluida la existencia en el Estado de origen de “un patrón coherente de violaciones graves, flagrantes o masivas de los derechos humanos”. En este caso, deberá determinar de manera individual si concede o no el derecho de asilo. Los Estados receptores tienen “una obligación de carácter consuetudinario” de no devolver a las víctimas de conflictos armados o de situaciones de violencia generalizada. Ello implica que deben considerarse *prima facie* como refugiados salvo prueba en contrario.⁴⁴⁴

Es de resaltar que este es un claro ejemplo de la falla estructural del DIM en su régimen del asilo que genera la expectativa para el migrante de lograr su reconocimiento como refugiado siempre y cuando logre ingresar su solicitud de asilo. Ante esta posibilidad, enfrenta riesgosos trayectos animado por un complejo conjunto de motivaciones, pero anticipando sin la información necesaria, que el éxito de su travesía depende de lograr articular un reclamo válido para tener un estatus legal de refugiado.

Existe una disparidad creciente y profunda entre los objetivos de las regulaciones y políticas de control de la migración irregular de Estados Unidos y sus resultados actuales; lo

⁴⁴³ RODRIGO Hernández, Angel, *Op. cit.*, 147-207. Retraído de:
<https://dadun.unav.edu/handle/10171/21430>

⁴⁴⁴ ORTEGA, Elisa. *Op. cit.*, p. 223.



que se atribuye principalmente a la creación de leyes y políticas defectuosas; la escasez de mano de obra, y a intenciones políticas ambiguas. El resultado es la constante detonación y perpetuación de la migración irregular, con el correspondiente costo en materia de derechos humanos para los migrantes irregulares y sus familias, dados los riesgos que conlleva este tipo de migración.

4.3.3. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha manifestado sobre la situación de la inmigración en Estados Unidos a través de informes y comunicados de prensa donde expresa su preocupación. En un informe del 2010 que contó con un estudio detallado sobre las prácticas migratorias en dicho país, se formulan una serie de recomendaciones al Estado para que pueda mejorar sus políticas y prácticas con respecto a la detención y el debido proceso en el marco de la migración. Las conclusiones se presentan en los siguientes términos:

“En virtud de lo anterior, insta al Departamento de Seguridad Interna (DHS por sus siglas en inglés) a proporcionar los recursos financieros y humanos necesarios para que los múltiples aspectos de las operaciones civiles de inmigración que implementa el Servicio de Inmigración y Control de Aduanas (ICE por sus siglas en inglés) estén sujetos a una vigorosa supervisión central, rendición de cuentas y control. Esto requerirá aumentos importantes en el personal del ICE para que pueda llevar a cabo una supervisión directa, personal y diaria de los distintos aspectos de las operaciones civiles de inmigración del ICE”.⁴⁴⁵

⁴⁴⁵ Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78/10 30 diciembre 2010, p. 164



De manera pormenorizada se va refiriendo a todos los aspectos que ha detectado con fallas y se formulan recomendaciones respecto a la aplicación de la ley en el interior del país en programas federales, recomendaciones respecto de la detención, determinaciones sobre la custodia y alternativas a la detención, sistema de detención civil, recomendaciones respecto del debido proceso, recomendaciones respecto de las familias y los menores no acompañados.

Estas recomendaciones también tuvieron fundamento en una decisión contra Estados Unidos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, hizo público en 2010, su decisión pionera en el caso Wayne Smith y Hugo Armendariz et al, v. Estados Unidos. La Comisión descubrió que la política de deportación de los Estados Unidos viola los derechos humanos fundamentales porque no tiene en cuenta la evidencia sobre el impacto adverso de la destrucción de familias, el interés superior de los hijos de deportados y otras preocupaciones humanitarias. Como resultado, esta requirió una reforma de sus leyes para tomar en consideración a la familia y los lazos comunitarios en los procesos de deportación.

Ante el innegable peso político de Estados Unidos dentro de la Organización de Estados Americanos, es difícil que manifieste su voluntad en atender las recomendaciones que le fueron propuestas. Los miembros de la Comisión y de la Corte son elegidos por los países de la Asamblea General, de la cual también depende su presupuesto anual, lo que puede generar un conflicto de intereses en el impulso de estas iniciativas. A pesar de que aquellos guardan total independencia en sus pronunciamientos, y su objetivo es velar por la protección y el respeto por los derechos humanos, se encuentran frente a un Estado hegemónico ante el cual su función se cumple con recomendar o con emitir pronunciamientos que de ninguna manera tienen un carácter vinculatorio.

Como era de esperarse las recomendaciones no fueron atendidas de manera tal que el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) apoyó a una coalición de abogados especializados en migración, ONGs, clínicas de derecho, sindicatos y miembros de comunidades inmigrantes afectadas directamente para pedir a los Estados Unidos que cumpla sus obligaciones internacionales a través de una reforma integral de inmigración en una audiencia pública ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). La CEJIL



solicitó que se realizara una visita *in situ* para monitorear las políticas de detención y deportación, y monitoree el impacto de los desarrollos legislativos y administrativos sobre los derechos de los migrantes con un enfoque transversal de derechos humanos.⁴⁴⁶

4.3.4. Actitud de Estados Unidos hacia las instituciones

En tanto Estados Unidos ignora las recomendaciones del Sistema Interamericano, de manera simultánea firma acuerdos con la OIM para prorrogar la admisión acuerdos de reasentamiento de refugiados y otros migrantes.⁴⁴⁷ Con base en estos acuerdos se entiende que tanto la OIM como las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), además de una variedad de agencias no gubernamentales ofrecen asistencia a los refugiados o servicios de reasentamiento.

A pesar de estos buenos oficios las prácticas del Estado son exhibidas y señaladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Precisamente esto reafirma la ambivalencia que caracteriza la hegemonía institucionalizada por medio de Organizaciones internacionales. Como advierte, Ikenberry, la actitud norteamericana hacia las Organizaciones internacionales refleja el dilema inherente en el cual, por un lado el Estado hegemón aprovecha el atractivo de estas instituciones para promover orientaciones políticas predecibles y estables, con lo que reduce la necesidad de usar la coerción para mantener la hegemonía. Pero, por otro lado, esta cooperación

⁴⁴⁶ Retraído de: <https://www.cejil.org/es/cejil-llama-estados-unidos-implementar-estandares-derechos-humanos-reforma-migratoria-una-audiencia>.

⁴⁴⁷ La OIM se complace en anunciar que su acuerdo de reasentamiento de 26 años con el Gobierno de EE.UU. ha sido prorrogado por cinco años más,” dijo el Director General de la OIM William Lacy Swing al momento de firmar el Memorando de Entendimiento con la Oficina de Población, Refugiados y Migración en la Sede del Organismo. “Este acuerdo reafirma el sólido papel para gestión del programa que le cabe a la OIM en esta respuesta clave para el reasentamiento de refugiados,” dijo el Director General Swing en el 2018. <https://www.iom.int/es/news/el-acuerdo-de-reasentamiento-entre-la-oim-y-los-eeuu-se-prorroga-por-cinco-anos-mas>.



institucionalizada le significa una reducción de su propia autonomía política y de la posibilidad de ejercer todo su poder.⁴⁴⁸

En el caso de la OIM, es necesario tener presente su carácter de institución que cumple un rol internacional que recuerda la metáfora de la pintura puntillista. A la vez que funge como promotora de los derechos de los migrantes, enfrenta las denuncias por violaciones concretas de las leyes nacionales e internacionales, tal como lo denuncia Amnistía Internacional en los siguientes términos:

“Se ha convertido (la OIM) efectivamente en el agente de detención en nombre de los gobiernos involucrados. La ausencia de salvaguardias básicas para evitar la detención arbitraria plantea dudas sobre la responsabilidad de la OIM de garantizar que sus actividades no violen los derechos humanos internacionales y el derecho de los refugiados”.⁴⁴⁹

Amnistía Internacional había alertado ya que la OIM llevaba a cabo proyectos, en nombre de los gobiernos, con un impacto negativo en los derechos humanos de los refugiados, solicitantes de asilo y otros migrantes. Esto podría explicarse porque a diferencia del ACNUR, la OIM no está obligada por un tratado de DI como la Convención de Ginebra para los Refugiados a proteger los derechos de las personas con las que trabaja. Esto tiene como consecuencia que los programas de asistencia de la OIM se definen por la falta de estándares legalmente fijos.

Por otra parte, los Estados más poderosos, a la vez que intentan instrumentalizar las instituciones internacionales para la satisfacción de sus propios intereses, utilizan medios

⁴⁴⁸ IKENBERRY, G. J., *Liberal Order and Imperial Ambition. Essays on American Power and World Politics*, Polity Press, Cambridge, 2006.

⁴⁴⁹ Amnesty International, *op. cit.*



multilaterales y no unilaterales para ello y obtienen legitimidad al recurrir a la cooperación institucionalizada.

Un ejemplo que puede ilustrar este argumento es la reciente política migratoria de México de apoyo al gobierno estadounidense, sin reconocerse como tercer país seguro, pero asumiendo la parte pasiva de la estrategia de deslocalización del control migratorio. La OIM, a través de su representante en México expresa que aplaude la decisión de este país de controlar la entrada de migrantes por su frontera sur, bajo el argumento de detener la trata de personas y el secuestro, y con ello cumplir con el fin último de proteger los derechos humanos de los migrantes que transitan por territorio mexicano⁴⁵⁰. Con este pretexto se ha tenido como resultado la baja del 74% de los cruces ilegales a Estados Unidos.⁴⁵¹

Resulta evidente que esta actitud que asumen los organismos internacionales y que corresponden a la globalización neoliberal hegemónica descrita por Santos, en el inicio del nuevo milenio están enfrentando embates a través de los cuales se propone su transformación o inclusive demandan su sustitución, contrariando abiertamente la “ideología fatalista de que no hay alternativa a las instituciones neoliberales”.⁴⁵²

4.3.5. Justificación moral de Estados Unidos en el tema migratorio

Es con la alta globalización que, a partir de los años noventa, cuando la cuestión migratoria se internacionaliza, sucediendo al tiempo que el neoliberalismo se profundiza y sus contradicciones se hacen patentes: proteccionismo *versus* libre mercado, procesos de desfronterización y fronterización paralelos y aumento de la riqueza y productividad con el

⁴⁵⁰Retraído de: <https://www.eluniversal.com.mx/nacion/politica/debe-detenerse-migracion-caotica-christopher-gascon>

⁴⁵¹Retraído de: <https://www.eluniversal.com.mx/nacion/una-verguenza-cifras-de-ebard-sobre-migracion-munoz-ledo>

⁴⁵² SANTOS, Boaventura de Sousa y Rodríguez Garavito, C. El derecho, la política y lo subalterno en la globalización contrahegemónica. En *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*. Boaventura de Sousa Santos y César Rodríguez (Eds.) México DF, México: Universidad Autónoma Metropolitana. Libros de la Revista Anthropos, 2007, p. 7.



crecimiento de la desigualdad, pauperización progresiva y pérdida de derechos adquiridos en largas luchas para gran parte de la población.⁴⁵³

Stiglitz interpreta certeramente esta faceta oculta de la globalización que describe como malestar, en la que en Estados Unidos se produjo un proceso de desindustrialización, tendencia que no se ha procurado detener. En este proceso la mano de obra se ha convertido en una mercancía más. No se ha prestado atención a las desigualdades, lo que ha tenido consecuencias que constituyen el mayor obstáculo para la sostenibilidad de la globalización. Los malestares que se empezaron a percibir fueron afrontados logrando que la economía creciera más deprisa, y el mejor modo de hacerlo era añadir otra dosis de desregulación y de rebaja fiscales para los más ricos. Si se conseguía que la economía creciera aceleradamente, los problemas de los trabajadores despedidos y descontentos de los viejos cinturones industriales se resolverían.⁴⁵⁴

La falta de crecimiento incluyente, es decir un mínimo reparto de la prosperidad, crea grupos de afectados por la globalización: está teniendo como efecto que cada día hay más personas pobres en los países ricos.

La fórmula de privatización de las ganancias y socialización de las pérdidas, profundizadas por el neoliberalismo, sobre todo a partir del siglo XXI, tuvo repercusiones directas en amplios sectores de las sociedades desarrolladas y aún en las de nivel intermedio de desarrollo. La frustración de estas políticas está siendo canalizada a través de la búsqueda de “chivos expiatorios” para desviar el problema de fondo: los migrantes, al ser portadores de vulnerabilidades en su carácter de foráneos y no nacionales, fueron la figura ideal para ello.

El problema estriba en que el sistema económico y social en Estados Unidos no está funcionando en beneficio de todos, especialmente de las personas norteamericanas que se ven afectadas por la pérdida del trabajo. Esto justifica el rechazo hacia los inmigrantes porque

⁴⁵³ CABRERA García, Ana Celsa *et al* (coord), *Op. cit.*, p. 24-29.

⁴⁵⁴ STIGLITZ, Joseph. *El malestar en la globalización*. Editorial Taurus, España, 2018, p. 26.



la migración internacional parece ejercer una influencia sobre el tamaño del estado de bienestar. Aunque ningún estado de bienestar se ha reducido ante la aceleración del movimiento internacional de personas, lo que sí resulta medible es que su tasa de crecimiento es menor cuanto más abierta es una sociedad a la inmigración.

Esta percepción genera una actitud anti-inmigrante hacia quienes se canaliza el sentimiento de frustración de grandes sectores de la población alcanzados o amenazados por el deterioro de sus condiciones de vida o pérdida de su horizonte de movilidad ascendente.

Es por ello que una vez que las utopías prometidas por el neoliberalismo se van deshaciendo, se desarrollan incertidumbres que desatan nuevas formas de violencia sobre ciertos sectores.

Aparece aquí la tensión entre la diversidad y la solidaridad: se sostiene que la solidaridad es importante para construir y sostener sociedades justas, y una solidaridad inclusiva es potencialmente frágil frente a la diversidad.⁴⁵⁵ No hay nada inevitable en el impacto negativo de la diversidad en la solidaridad y la provisión social: los efectos están mediados y moldeados por la cultura política, las élites políticas y de los medios de comunicación, y las estructuras políticas. Sin embargo, las concepciones de nacionalidad parecen importar. Un alto nivel de orgullo nacional se asocia con un menor apoyo a la redistribución que puede derivarse de una política migratoria menos restringida. Mediante esto, surge el cuestionamiento en torno a las obligaciones morales de los ciudadanos frente a las obligaciones comprendidas en la rúbrica de la justicia distributiva. La pregunta se formula en estos términos: ¿Tienen relevancia las fronteras nacionales con respecto a las obligaciones morales fundamentales fuera de ellas? Existen dos líneas de pensamiento opuestas. Una hace hincapié en la arbitrariedad moral de las fronteras y en la universalidad de las obligaciones con los menos afortunados. La otra posición sostiene que las fronteras son moralmente significativas, que existen obligaciones especiales con los conciudadanos más pobres y que las obligaciones de justicia distributiva en particular sólo se aplican entre los ciudadanos. La

⁴⁵⁵ Putnam y otros argumentaron así, que los aumentos inducidos por la inmigración en la diversidad étnica y racial pueden reducir la solidaridad social y socavar el apoyo a la provisión de bienes públicos, incluidos los programas destinados a ayudar a los pobres. PUTNAM, Robert, *op cit. loc. cit.*



primera posición se conoce a menudo como una forma de cosmopolitismo: la idea de que somos, en efecto, ciudadanos del mundo.

4.3.6. El uso instrumental de la inmigración en Estados Unidos

Estados Unidos es el ejemplo más llamativo del uso instrumental del problema migratorio para la obtención de ganancias políticas. Esta instrumentalización se materializa a través de múltiples herramientas: la manipulación de las cifras; el uso perverso de la contradicción nativos/foráneos que ha aumentado el clima de odio contra los migrantes; el uso del discurso de odio para encauzar la problemática, y el fortalecimiento de los partidos de derecha y grupos xenófobos.

Respecto a la manipulación de cifras, es un mito que el crecimiento de la migración está alcanzando cifras históricas: mientras que rebasó un máximo del 14.8% en 1980, en el año 2000 llegó al 11.1%, con un dato más actual alcanza el 13.7% en el año 2017.⁴⁵⁶ Las anteriores cifras despiertan la duda del por qué los números relativamente pequeños generan tanta preocupación. Como lo anota Domínguez, los sesgos en la estadística son el resultado de la tendencia a buscar evidencia confirmatoria en información relevante para una creencia, que en ocasiones se torna en el extremo de las profecías autocumplidas, mediante la disposición a interpretar datos ambiguos a luz de expectativas previas y creencias preestablecidas.⁴⁵⁷ Mediante estas interpretaciones de la estadística se logra generar una determinada percepción dentro de la sociedad contra la inmigración.

Concatenado a lo anterior, la cuestión migratoria es proclive a ser objeto de instrumentalización con altos beneficios para la élite que conforma los partidos de derecha. A nivel internacional se lleva a cabo un realineamiento con las directrices del gobierno Norteamericano en otros temas de importancia en la reconfiguración del poder mundial. Este

⁴⁵⁶ Migration Policy Institute, s.a. Retraído de:
<https://www.migrationpolicy.org/programs/data-hub/us-immigration-trends#history>

⁴⁵⁷ CABRERA García, Ana Celsa *et al* (coord). *Op. cit.*, p. 23.



relineamiento se da en torno a la reorganización del capitalismo mundial en su versión neoliberal en el siglo XXI, y la disputa por la nueva hegemonía de los grupos de poder con un fuerte ascenso de la extrema derecha en un intento de recomponer los mecanismos de la gobernabilidad del mundo. Con esta realineación, se favorece el dominio de unos grupos humanos sobre otros y la segregación entre ellos. Razones de tipo económico o de diferencias clasistas, a menudo se encuentran subyacentes a esos conflictos que generan la dinámica de la nueva xenofobia y las formas de desencadenamiento de varios tipos de violencia.⁴⁵⁸

4.4. Análisis del discurso hegemónico de EEUU en migración

El análisis narrativo se retoma a continuación, para construir una narración en torno al manejo del tema jurídico-migratorio en el caso objeto de estudio. Se recurre al análisis del discurso para explorar la amalgama de composiciones discursivas en torno a las poblaciones migrantes en Estados Unidos, que manifiestan tanto relaciones de poder, como subjetividades; se analizarán diversas voces provenientes de miembros de un Estado hegemónico, con el fin de confirmar en qué medida la política de éste país, expresada a través de sus diversos actores cumple un objetivo instrumental.

En este análisis se reconoce que nombrar y categorizar los movimientos transfronterizos de personas es un acto político en si, que conlleva ciertas consecuencias y le proporciona sus connotaciones a los diferentes modos de movilidad, tal como puntualiza Hess.⁴⁵⁹

Metodológicamente, para construir la narrativa, se propone seguir una estructura básica para analizar el discurso, basada en la crítica retórica, análisis creado a partir de las necesidades del receptor para lograr generar una identidad con el oyente, reconocer sus necesidades y propiciar la identificación con él.⁴⁶⁰

⁴⁵⁸ *Idem.*, p. 103.

⁴⁵⁹ HESS, Sabine. “De-naturalising transit migration. Theory and methods of an ethnographic regime analysis”, *Population, Space and Place*, Vol 18, No 4, 2012, p. 428-440.

⁴⁶⁰ RIBEIRO, Gerardo. *Verdad y Argumentación Jurídica*. Editorial Porrúa, sexta edición, 2017, p. 122.



4.4.1. La construcción del contexto

El discurso retórico contiene una respuesta a una situación histórica concreta. Como punto de partida es necesario identificar dicho contexto. La situación internacional migratoria actual tiene como origen el denominado fenómeno de la globalización como “madre de todos los bienes pero también de todos los males”. Esto se explica mediante la paradoja que la propia globalización construye, porque su dinámica detona situaciones donde por un lado, la economía se desnacionaliza, pero, por otro, el fenómeno migratorio renacionaliza la agenda política en cuanto a que es potestad del Estado determinar el ingreso de población a su territorio.

En un enfoque que culpa directamente a la globalización de potencializar los movimientos entre las fronteras, algunas voces críticas de este proceso advierten que es precisamente a partir de la propagación global del capitalismo, que se han puesto en movimiento cantidades de seres humanos, despojados de sus modos de vida y supervivencia tanto en el sentido biológico, como en el sociocultural, y que permanece en los confines de los marcos normativos de los Estados nacionales. De ahí también la nueva centralidad de los problemas de los inmigrantes y los solicitantes de refugio para la agenda política contemporánea, correspondido con el aumento de los dispositivos de control para el resguardo de la soberanía.

En su faceta de madre de todos los males, la globalización ha generado inmensos contingentes de excluidos, transmigrantes, refugiados, y migrantes económicos que permanecen en suspensión, atorados en los territorios de tránsito, por fuera de los dominios circunscritos de las normatividades nacionales. Las dos dinámicas que prevalecen son las regulaciones y los dispositivos de control para el acceso a la nacionalidad o ciudadanía por un lado, y por otro, una legislación internacional que no ha respondido a la evolución de estos nuevos modelos de desarrollo.

A partir del problema se crearon conceptos y expresiones pragmáticas por parte de algunos autores como Huntington, quienes alimentaron una retórica de discurso xenófoba. Este autor sostiene que el tejido social e identidad nacional de Estados Unidos están



amenazados por el terrorismo islámico global y la supuesta colonización de la diáspora latina.⁴⁶¹ Es como, a partir de esta retórica, simples actos de migración indocumentada que antes se contemplaban como faltas administrativas, se han convertido en actos bélicos.

De la misma forma que Huntington, el influyente Centro para Estudios de Inmigración (CATO), publica trabajos que sugieren cómo:

“(…) la dinámica cambiante de la guerra y el belicismo, de simétrica a asimétrica, confronta esto con la terrible realidad de que una nación que no está segura con respecto a la defensa de sus fronteras, incluso de los pasajes casuales de quienes escapan del hambre buscando trabajo, está, a su vez, a la merced de aquellos cuyo pasaje es maligno”.⁴⁶²

La construcción del problema migratorio privilegió la postura de aquellos que ven en la inmigración una amenaza a su sociedad, por encima de toda una tradición cultural estadounidense bajo la cual la inmigración ha sido parte fundamental de su origen y desarrollo.

4.4.2. Las expectativas que genera el contexto

Estados Unidos como Estado hegemónico, sostiene dentro de sus ciudadanos la expectativa de ser la nación que lidera el mundo. Tal como el embajador ante la ONU John Bolton, expresó en la Asamblea General en 2004: “No existen las Naciones Unidas. Existe una comunidad internacional que de vez en cuando puede encabezar la única potencia real que queda en el mundo y cuando convenga a nuestros intereses, podremos conseguir que otros se apunten”.⁴⁶³

⁴⁶¹ HUNTINGTON, Samuel, The Hispanic challenge, en *Foreign Policy*, vol. 141, 2004, pp. 30-45.

⁴⁶² CENTRO DE ESTUDIOS EN MIGRACIÓN (CATO) The weaponization of immigration, en *Center for Immigration Studies* Retraído de: <http://www.cis.org/articles/2008/back108.html>.

⁴⁶³ *Asamblea General de la ONU*, “Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio,” (3, 2004 December): A/ 59/565.



Con esta misma actitud clara de liderazgo mundial, esperan los norteamericanos que se enfrenten las crisis que representan un riesgo para la nación.

La subordinación al enfoque de seguridad que domina la política migratoria, sacrifica abiertamente la coherencia interna de la política de cooperación. Esto resulta contrario al desarrollo humano y los derechos de las personas migrantes, así como también al desarrollo económico como cambio estructural de los países del sur global. Pero esta faceta moral se oculta detrás del discurso de la seguridad.

Aún así las medidas de control migratorio han sido similares durante los gobiernos de Obama y Trump, fue durante el primero que se observó un récord de deportaciones de personas migrantes provenientes en su mayoría de México y Centroamérica. No obstante, había un mayor margen de maniobra para iniciativas de defensa de esos migrantes. Más importante aún, es que durante el gobierno de Obama su equipo mantuvo un lenguaje discursivo en el que no se cerraron las líneas de diálogo, reconociendo la dimensión multilateral del problema y sus posibles soluciones, no sin verse envuelto en una gran ambigüedad.

Por el contrario durante la era Trump, desde antes que este asumiera el poder, se da un vuelco en el discurso y las acciones que pudieron resultar de ello, consensuados por su fuerza persuasiva electoral. En palabras de Dominguez:

“El desprecio a los migrantes, principalmente mexicanos y centroamericanos, la necesidad de detenerlos a cualquier costo y con tal pretexto la construcción de un (in)viabile muro en la frontera de los dos países, fue una estrategia electoral ganadora. A partir de ello, las declaraciones tweeteadas se sucedieron hasta la actualidad manteniendo una fuerza propia, independiente de las realizaciones concretas que pudieran lograr. El discurso de odio contra los foráneos sigue siendo cultivado con relativo grado de ganancia”.⁴⁶⁴

⁴⁶⁴ CABRERA Garcia, Ana Celsa *et al* (coord. *Op. cit.*, p 106.



4.4.3. La Audiencia

¿Cuál es la exigencia del auditorio? Tener una respuesta concreta ante una necesidad histórica y coyuntural.

Por tanto, al analizar los discursos dominantes en los medios de comunicación y la retórica de los decisores políticos estadounidenses sobre la migración, se identifican dos narrativas maestras: la versión represiva de control de fronteras, identificada como dimensión de seguridad, y la versión humanitaria y progresiva de abordar las “causas profundas” mediante ayuda, conocida como la dimensión de desarrollo.

Con el fin de justificar sus políticas restrictivas, es necesario generar percepciones negativas hacia la migración, aún sustentándolas con estadística manipulada. En contra de toda evidencia empírica, se enfatiza el riesgo a la seguridad que representan los migrantes, por encima de consideraciones de cooperación. Estas interpretaciones distorsionadas y despolitizadas se mantienen con propósitos ideológicos de justificación del *statu quo*, acerca del fenómeno migratorio, que mayormente se considera, contra toda lógica y una evidencia empírica aplastante, como producto de la falta de desarrollo. Estos sesgos se ven reforzados por el efecto de falso consenso que generan los medios de comunicación como formadores de la opinión pública, en la medida en que tienden frecuentemente a apoyar dichas creencias establecidas.

La manipulación de percepciones es tan reconocida por favorecer a los medios de comunicación como ejecutor, que el objetivo 17 del Pacto Mundial sobre la Migración establece a la letra: “promover un discurso público con base empírica para modificar las percepciones de la migración” y sobresalta la importancia de sensibilizar y educar “a los profesionales de los medios informativos sobre las cuestiones y la terminología relacionadas con la migración”⁴⁶⁵

⁴⁶⁵ Asamblea General, Pacto Mundial sobre la Migración, 2018, p. 28.



El gobierno de Trump se esfuerza por enviar un mensaje de que los inmigrantes “no son bienvenidos”, para lo cual ha probado una serie de estrategias: llevar a juicio a todos los que crucen ilegalmente, quitarles a sus hijos, volver más estrictos los estándares de asilo, desacelerar el número de personas por día que tienen permitido solicitar asilo y obligar a los solicitantes de asilo a quedarse en México mientras esperan sus fechas en la Corte. Ha llegado a incluir otras ocurrencias como disparar a los migrantes en las piernas, o premiar públicamente a los agentes de ICE que interceptan migrantes en la frontera sin respeto a sus derechos humanos.⁴⁶⁶

Una gran parte de la “audiencia” conformada por la sociedad estadounidense se ha manifestado contra la crueldad de esas medidas. Las reacciones en algunas ciudades han llegado a tal grado que la Comisión de Derechos humanos de Nueva York logró producir y publicar unas pautas para combatir la retórica del Gobierno Federal de miedo y las políticas xenófobas que han amenazado la salud y el bienestar de las comunidades de inmigrantes. Se logró que en la ciudad de Nueva York se prohibiera el término “inmigrante ilegal” (*illegal alien*) cuando sea utilizado “con la intención de degradar, humillar o acosar a una persona”, y establecieran multas para quien lo infrinja.⁴⁶⁷

Con este mismo ánimo, parte de la agenda del Presidente ha sido bloqueada por el Congreso o los tribunales.

En contraste, el otro sector de la audiencia es aquel que hay que apaciguar en un contexto de fuerte polarización, política en el que la extrema derecha, pese a sus limitados éxitos electorales, marca la agenda.

4.4.4. El texto o la narrativa del discurso

⁴⁶⁶ Retraído de: <https://www.eluniversal.com.mx/mundo/disparar-migrantes-en-las-piernas-y-otras-ideas-de-trump-para-la-frontera-con-mexico>

⁴⁶⁷ Retraído de: <http://www.unotv.com/noticias/porta/internacional/detalle/decir-inmigrante-ilegal-podria-costarte-multa-de-250-mil-dolares-en-ny-576964/>



El presidente Trump ha generado revuelo por su discurso contra los migrantes desde el inicio de su campaña, a lo largo de su mandato y actualmente con las elecciones en puerta, donde el discurso que se ha fortalecido ha generando cada vez más intolerancia. La retórica cumple con el objetivo de deshumanizar al migrante, lo cual es combinado con un mensaje cargado de xenofobia contra los mismos, en particular de origen latino, haitiano y musulmán. A través de este discurso se legitima su mandato, y adicionalmente logra revertir las “crisis de los refugiados” en su favor, excluyéndolo de su connotación de problema humanitario para aquellos cientos de miles de personas que son desplazadas por la violencia en sus países de origen, y transformándolo en una crisis que pone en peligro al pueblo estadounidense.

Desde el inicio de su mandato, el presidente Donald Trump se dirige al auditorio, en este caso para él tanto la comunidad internacional como al pueblo estadounidense, con una narrativa clara acompañada de una propuesta de solución a un problema: el país está siendo vulnerado a través de su frontera sur, y necesita de manera urgente un muro fronterizo para contener el flujo de drogas y criminales y no tiene más espacio para inmigrantes. Para sostener su postura de defensa del país ante la amenaza, anuncia ante el auditorio del pleno de la Asamblea General de la ONU.

“A todos los que quieran traspasar ilegalmente nuestras fronteras, escuchen esto: no les paguen a los traficantes, no les paguen a los coyotes, no se pongan en riesgo ni arriesguen a sus hijos porque si llegan no se les permitirá entrar, pronto serán retornados a sus países, no se les dejará libres en Estados Unidos. Mientras yo sea el presidente aplicaremos nuestras leyes y protegeremos nuestras fronteras”.⁴⁶⁸

En su discurso ante el “Estado de la Unión” el presidente volvió a justificar su política anti-inmigrante con el autoritario discurso de la criminalización.

Como parte de un recurso retórico, invitó a un agente federal de inmigración que está a cargo de desarticular la pandilla MS-13 y a dos parejas de padres cuyos hijos fueron

⁴⁶⁸ Retraído de: <https://www.thedialogue.org/analysis/el-primer-discurso-de-donald-trump-en-la-asamblea-general-de-la-onu/>



presuntamente asesinados por esta organización delictuosa. Mientras los padres lloraban ante las cámaras de televisión, el mensaje de Trump no pudo ser más xenófobo: son los migrantes los responsables de la pérdida de estas vidas. Como en sus “mejores” alocuciones de campaña dijo que la “flexibilidad migratoria” de las administraciones previas es la responsable de que entren al país “violadores” y “pandilleros”.

Dijo también que los policías fronterizos y los agentes de ICE son “héroes de la patria”, que hacen su trabajo en condiciones de “extremo peligro”; discurso brutal tomando en cuenta las sistemáticas violaciones a Derechos Humanos perpetradas por las policías migratoria y fronteriza y la sistemática persecución que están sufriendo los migrantes.

Ofreció como moneda de cambio para la negociación en el Congreso la legalización de 1.8 millones de inmigrantes sin papeles y fue enfático en que para hacerla efectiva era necesaria la construcción del muro en la frontera con México y el endurecimiento de las restricciones para obtener la residencia o el permiso de trabajo en Estados Unidos. Y amenazó con incrementar significativamente el presupuesto tanto de ICE como de la Border Patrol, prometiendo un fortalecimiento de la presencia militar en la frontera. De manera similar el programa DACA y la legalización de una importante franja de migrantes está siendo tomado como moneda de cambio por Trump para imponer el muro y la militarización de la frontera.

Es claro que los mexicanos cuentan como una pieza clave en este discurso. Bajo la venia del Pacto para una migración segura ordenada y regular, México se sumó a la política migratoria estadounidense, quizás sin entender que entraba a formar parte pasiva de la estrategia de deslocalización del control migratorio. Es así como a partir del 2019 se adhirió a la política de frenar la inmigración centroamericana y levantó un muro conformado por elementos federales que impidieron el avance de los migrantes en un trato de intolerancia y expulsión: las deportaciones de salvadoreños y hondureños a aumentaron en ese año en un 39 y 40%, respectivamente.⁴⁶⁹ Como resultado del despliegue de fuerzas mexicanas hacia la frontera sur, fue posible que el Presidente Trump declarara en un mitín que: “con todo

⁴⁶⁹ Editorial, Diario El Universal. El dilema migratorio 08/01/2020. Retraído de: <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/editorial-el-universal/el-dilema-migratorio>



respeto, México está pagando por el muro que se construye en la frontera sur de su país”, y que además le conviene al gobierno mexicano. “Lo que estamos haciendo es deteniendo las drogas con cifras históricas”. La declaración fue recibida con aplausos de los asistentes.⁴⁷⁰ Ante la proximidad de las elecciones presidenciales, resulta muy conveniente para el Presidente el hecho de que el resultado de esta participación de México está teniendo resultados: ha frenado la llegada de 200.000 migrantes, 124.000 deportados y más de 60.000 devueltos, en el último año.⁴⁷¹

La narrativa de su discurso tuvo un momento de desafío coyuntural donde se pudo argumentar que a raíz de su discurso xenófobo que invita al odio hacia los migrantes, se detonó la octava matanza más fuerte, esta vez en El Paso, en donde un supremacista blanco abrió fuego en un centro comercial matando veintidós e hiriendo a múltiples más. La respuesta del presidente norteamericano, Donald Trump, fue culpar la salud mental del individuo y repetir su discurso de odio sobre los migrantes, prácticamente culpándolos por la tragedia sucedida.

Tal como lo interpreta la nota periodística: “La crisis migratoria está poniendo en jaque a los gobiernos centroamericanos y al gobierno mexicano, así como la crisis de matanzas que continuamente suceden en Estados Unidos ponen en jaque la cordura de la sociedad estadounidense y de sus gobernantes”.⁴⁷²

Aunque esta matanza es un acto terrorista perpetrado por una combinación de discursos de odio, un fácil acceso a la posesión de armas y un sistema que continúa permitiendo que La Asociación Nacional del Rifle (NRA, por sus siglas en inglés) se meta en los bolsillos de los republicanos; el Presidente Trump en vez de reflexionar sobre los efectos que está teniendo su discurso en la sociedad, distrae la atención profundizando en su

⁴⁷⁰ Diario El Universal. Con todo respeto, México está pagando por el muro: Trump. 28/10/2020.

⁴⁷¹ Retraído de: <https://elpais.com/mexico/2020-07-07/la-presion-de-trump-a-mexico-frena-la-llegada-de-cerca-de-200000-migrantes-a-ee-uu-en-un-ano.html>

⁴⁷²Retraído de: <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/ricardo-monreal-avila/el-sentido-contrario-de-la-politica-migratoria-en-mexico>



narrativa, en vez de reconocer que está recreando la receta perfecta para que individuos xenófobos, adquieran fácilmente armas y puedan asesinar a personas inocentes.⁴⁷³

4.4.5. Las características significativas del texto

En el texto de los discursos se puede identificar el poder del lenguaje como práctica constituyente y regulativa. El discurso construye aquello de lo que se habla. El lenguaje afecta la realidad y lo convierte en una forma de acción. Así, los migrantes son objeto de persecución y criminalización, y son estigmatizados por buscar otras opciones para conservar la vida fuera de sus territorios. La percepción en los lugares de destino es que ellos van a ‘contaminar’ los contextos a donde se dirigen, mientras que por el contrario, paradójicamente la realidad indica que los migrantes son uno de los grupos más afectados por el neoliberalismo del inicio del siglo XXI.

4.4.6. Figuras retóricas

Los efectos retóricos de esta denominada “crisis humanitaria” fueron ampliamente utilizados en el corto plazo, y lograron desviar la atención de la discusión sobre la necesidad de planear soluciones sistémicas a largo plazo para enfrentar el problema. Aprovechando la estridencia mediática, en el caso de los menores no acompañados, el gobernador de Texas la visualizó como una eventual “tragedia de dimensiones monumentales” si estos menores no eran inmediatamente devueltos a sus países de origen. Ante el riesgo de lo que se describió como una “creciente crisis de refugiados y seguridad nacional”, se desplazaron 1000 reservistas militares a la frontera con México.⁴⁷⁴ Este tipo de figuras desafortunadamente, logran victimizar a los Estados receptores por encima de consideraciones humanitarias respecto a los migrantes quienes deben ser los protagonistas de las crisis, dada su situación de vulnerabilidad extrema, y que la comunidad internacional tiene la obligación moral de atender.

⁴⁷³ NAANOUS, Tania. El Sol de México, Opinión, viernes 9 de agosto de 2019, p. 18.

⁴⁷⁴ RAMJI-NOGALES, Jaya. *Op. cit.*, p. 653.



4.4.7. Categorías de deslegitimación en el discurso

Se crea la impresión de que la migración constituye una “amenaza latente,” especialmente en torno a los flujos migratorios “ilegales,” que obviamente son la gran mayoría. Siguiendo una vez más a Espósito, este evento se coloca en un escenario de visibilidad que no muestran otra cosa sino la necesidad excesiva de inmunizar: crear una barrera, un muro, una muralla, un antivirus; aspectos que en conjunto configurarían una subjetividad general de la necesidad de lo inmune sobre la población, suprimiendo en cada sociedad la angustia contra la amenaza (el migrante, el extranjero, el diferente, el delincuente, etcétera.).⁴⁷⁵

En su artículo “Las palabras importan: representación de inmigrantes mexicanos en periódicos de Estados Unidos y México,” Galindo realiza un análisis de la prensa electrónica sobre la imagen que reflejan los artículos sobre los inmigrantes mexicanos. Es a partir de analizar no solo el texto, sino también la forma en que éste puede influir en el lector para que crea en algo que trasciende el significado de las palabras, que se pueden descubrir implicaciones, más allá del lenguaje que se utiliza en los artículos sobre temas de inmigración.⁴⁷⁶

El estudio encontró las siguientes palabras de mayor uso durante la línea de tiempo, que respondió a su diseño metodológico, se utilizaron 13 veces: *estadounidenses, frontera, California, delincuente, entrada en vigor, salud, país de origen, ilegales, inmigrantes, mexicanos, y seguridad*. Estas palabras transmiten una connotación negativa al emplearse con mucha frecuencia en artículos sobre temas de inmigración. Según la autora del estudio:

“Fue posible confirmar el uso constante de palabras que describen a los migrantes como invasores, delincuentes u *otros* en la mayoría de los periódicos que se analizaron, incluidos los periódicos mexicanos. Este resultado ilustra lo comunes que se han vuelto estos términos en los medios y el hecho de que, probablemente, el

⁴⁷⁵ ESPÓSITO, Roberto. *Op. cit., loc. cit.*

⁴⁷⁶ GALINDO, Sandra. “Las palabras importan: representación de inmigrantes mexicanos en periódicos de Estados Unidos y México,” *Migr. Inter* vol.10 Tijuana 2019 Epub 01-Ene-2019.



público no se da cuenta hasta qué punto su uso puede perjudicar la imagen de los inmigrantes en general”.⁴⁷⁷

En algunos de los artículos de noticias analizados, el contexto reforzaba el estereotipo de los inmigrantes que dependen de los recursos del gobierno, esta creencia se observa claramente en los medios de comunicación cuando se refieren a los inmigrantes latinos, sobre todo durante acontecimientos que generan controversia (como la propuesta, firma e implementación de la ley SB1070 en Arizona).

Mientras que el fin general es generar un efecto deslegitimador ante la sociedad, a través de este mensaje soportado en el lenguaje vertido en diversos recursos gramaticales, se cumplen objetivos políticos como se vio durante la campaña presidencial de 2016 en Estados Unidos, donde políticos como Donald Trump definieron a los inmigrantes mexicanos como delincuentes y violadores.⁴⁷⁸ El objetivo político tras deslegitimar la causa de la migración, es transformarla en bandera política de campaña. Para lograr la deslegitimación de los inmigrantes como grupo, se puede recurrir a los siguientes categorías:

Deshumanización: Rotular grupos como inhumanos haciendo referencia a categorías subhumanas (raza inferior y animales).

Proscripción: Categorizar los grupos como violadores de normas sociales (asesinos, ladrones, violadores, etcétera.)

Caracterización de rasgos Atribuir rasgos de personalidad evaluados como extremadamente negativos e inaceptables para una sociedad dada (agresores o idiotas).

Grupos de comparación Categorizar al grupo deslegitimado con grupos valorados negativamente (vándalos o Hunos).

Acciones proscritas para mencionar las acciones ilegales (violar, robar, asesinar, extorsionar)

Caracterización negativa de las acciones hace referencia al uso de adjetivos que califican las acciones violentas cometidas como negativas (atrocidad, crueldad).

⁴⁷⁷ *Ibidem.*

⁴⁷⁸ Discurso de lanzamiento de campaña en Nueva York.



Claramente, se cumple con encuadrar al migrante dentro de estas categorías cuando se le conceptualiza como analfabeta, y pobre proclive a la criminalidad. Adicionalmente las migrantes mexicanas se retratan como potenciales portadoras de bebés ancla.⁴⁷⁹ El uso de adjetivos como “violadores,” “pandilleros,” “delincuentes”, en contraste con los agentes de ICEo la *Border Patrol* que son “héroes de la patria”, que hacen su trabajo en condiciones de extremo peligro”.

4.5. Reconstruyendo el cosmopolitismo subalterno en la migración

El análisis del discurso de Estados Unidos en materia migratoria, refleja una visión de la realidad desde la colonialidad del poder. Esta perspectiva de la colonialidad se maneja en el sentido Norte al Sur, en el que el Sur expresa, más allá de una localización geográfica, todas las formas de subordinación asociadas con la globalización neoliberal.⁴⁸⁰ Alude a todas las formas de sufrimiento causadas por el capitalismo global, que incluyen la explotación económica, y la opresión étnica, racial o de género. La categoría de subalternidad⁴⁸¹ hace referencia “la comunidad de víctimas” de Dussel, y reúne las experiencias del sur dentro de su inserción en la globalización.⁴⁸²

Desde la perspectiva de los estudios cosmopolitas subalternos de la globalización, se pretende documentar empíricamente las experiencias de resistencia, afirmar su potencial para subvertir las instituciones e ideologías hegemónicas, y aprender de su capacidad para ofrecer alternativas frente a las últimas. Su fin consistirá en desnaturalizar y deslegitimar los mecanismos específicos de opresión El cosmopolitismo subalterno reivindica una

⁴⁷⁹ ESTÉVEZ, A. *Op. cit.*, p. 104.

⁴⁸⁰ En este sentido, el Sur se encuentra distribuido en todo el mundo, incluyendo el Norte y Occidente SANTOS, B. El derecho y la globalización desde abajo, *op. cit.*, p. 19.

⁴⁸¹ MODONESI, Massimo. Subalternidad. UNAM, 2012.

⁴⁸² DUSSEL, Enrique, *Ética de la liberación en la edad de la globalización y la exclusión*. Madrid-México: Trotta-UAM, 1998.



concepción del campo jurídico que sea adecuada para reconectar el derecho y la política e imaginar las instituciones jurídicas desde abajo.

El concepto de cosmopolitismo, dentro de su contexto de tensión con la soberanía estatal, adquiere una nueva dimensión desde la perspectiva del sur. De acuerdo con las Epistemologías del Sur, será reivindicado para salir en la defensa de quienquiera que sea víctima de la intolerancia y de la discriminación locales, y necesite la tolerancia y el apoyo transnacionales que el cosmopolitismo debe ofrecer. Todo aquel que esté excluido de los proyectos cosmopolitas desde arriba, requiere que se reivindique el concepto de cosmopolitismo desde abajo, basado en la solidaridad, tolerancia, con su énfasis en la inclusión social. En esto consiste el cosmopolitismo subalterno con su pleno carácter contestatario.⁴⁸³

Así como a lo largo de la investigación se han identificado las estrategias hegemónicas que se despliegan a través del DI, su contraparte consistirá en traer a la luz las estrategias tanto legales como no legales de los movimientos locales y transnacionales cuya iniciativa corresponde al Sur como representación de la contrahegemonía.

Siendo el fin último el desnaturalizar y deslegitimar mecanismos específicos de opresión, la migración reúne las condiciones no abisales perfectas que ha descrito Santos. Son el resultado de la opresión producto tanto del capitalismo como de la colonización. Honneth abre la alternativa de acción social para reponerse de esta opresión. Sólo la protesta activa y la resistencia los pueden liberar del sentimiento de inferioridad jurídica y social al que se les ha orillado.

“Cuanto más fuertemente consiguen los movimientos sociales llamar la atención de la opinión pública sobre la significación desdeñada de las cualidades y capacidades colectivamente representadas por ellos, tanto más existe para ellos la oportunidad de elevar el valor social o la consideración de sus miembros en el seno de la sociedad. (...) Las relaciones de la valoración social se acoplan con el modelo de distribución de las

⁴⁸³ SANTOS, Boaventura de Sousa. EL derecho y la globalización desde abajo, *op. cit.*, p.19.



rentas en dinero de manera indirecta, los debates económicos también pertenecen constitutivamente a esta forja de lucha por el reconocimiento”.⁴⁸⁴

Las formas de identidad colectiva en grupo para sentirse destinatario de una valoración, tanto en la sociedad como en la economía del país donde se solicita el refugio es un elemento a destacar. Las caravanas de migrantes centroamericanos hacia Estados Unidos son un claro ejemplo de ello. Han sido contempladas como “un evento de activismo puro (...) que se convirtió en un problema de seguridad nacional en Estados Unidos”.⁴⁸⁵ Ante la opinión pública, han sido objeto de múltiples especulaciones, con narrativas que fluctúan entre diversas hipótesis e interpretaciones en torno al origen o la connotación real del fenómeno, hasta poner en duda su carácter espontáneo. Su finalidad ha sido objeto de tergiversación política, redundando en torno a la incógnita de quien era la “mano negra” que anima, o inclusive, financia las caravanas con fines políticos.

Estas posturas, de manera inconsciente o consciente, eluden al hecho de que las caravanas representan el éxodo de la miseria, cuando a través de ellas se está visibilizando un drama que antes resultaba imperceptible. Éxodo fue la palabra con la que se autodenominaron los integrantes de la caravana, y sus dimensiones e impacto fueron tales que ha llegado a ser descrita con metáforas como “una lava humana escurriéndose entre los agentes fronterizos,” o un “ejército de hormiguitas determinado a avanzar”.⁴⁸⁶ Esta manera de hacerse visibles, contextualiza las caravanas de migrantes centroamericanos como una manera de marcar “nuevos senderos de resistencia”, transformar un “viacrucis en caravanas”, o simplemente el sencillo concepto que significa mucho: “juntarse para cuidarse”.

Sin duda, estas caravanas abren nuevos espacios de discusión, y ofrecen elementos para re-pensar los escenarios sociales de pobreza, precarización, explotación y desigualdad

⁴⁸⁴ HONNETH, Axel. La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales. Crítica Grijalbo Mondadori, Barcelona, 1997, p. 156.

⁴⁸⁵ Vr. VALENZUELA Arce, José Manuel (Coordinador), *Caminos del éxodo humano: Las caravanas de migrantes centroamericanos*, op. cit, p. 59.

⁴⁸⁶ *Idem.*, p. 61.



que subyacen a las migraciones.⁴⁸⁷ La gran relevancia de este movimiento consiste en hacer posible el paso de la victimización a la resistencia como la tarea política más importante de la sociología de las ausencias. Consiste en desnaturalizar, y deslegitimar mecanismos específicos de opresión, dentro de lo que Santos denomina como la sociología de las emergencias que se dedica a la positividad de las exclusiones y considera a las víctimas de exclusión en el proceso de rechazo de la condición de víctimas, que se vuelven personas resistentes que practican formas de ser y de conocer en su lucha contra la dominación.⁴⁸⁸

Otro movimiento que es necesario reivindicar como una manera de que un grupo conformado por personas migrantes logre sentirse destinatario de una valoración en la sociedad de acogida y ser reconocidos por su aporte a la economía consiste en las agrupaciones de inmigrantes asentados en Estados Unidos que también están generando un proceso de resistencia. Los casos que se presentan a continuación dan fe de muchos de estos esfuerzos que proliferan entre los inmigrantes en dicho país.

En Bakerfield, California, se inició una batalla entre los antiguos habitantes de una colonia y los inmigrantes recién llegados, principalmente de origen mexicano. Este rechazo generó todo un movimiento social para contrarrestar los intentos del grupo en el poder por negar los servicios del Estado a los inmigrantes. Este es un claro ejemplo también de lo que Santos identifica como el cruce de un lado al otro de la línea abisal. Esta forma de reprimir a los inmigrantes significa que se ha cruzado la línea abisal, donde estas personas pasan del mundo de la sociabilidad metropolitana al mundo de la sociabilidad colonial. A partir de ahí, “la exclusión es abisal y cualquier evocación de derechos no es más que una cruel fachada”⁴⁸⁹.

Esta exclusión en efecto suscitó un debate encarnizado al interior del Concejo de la Ciudad que dio cuenta de la problemática social relacionada con la xenofobia, pero

⁴⁸⁷ *Ibidem*.

⁴⁸⁸ SANTOS , Boaventura de Sousa. El fin del imperio cognitivo, p. 57.

⁴⁸⁹ *Idem.*, p. 49.



finalmente fue combatida con dicha movilización de inmigrantes en pos de la igualdad.⁴⁹⁰ Con ello lograron conformar un movimiento social contra la exclusión y la dominación.

De manera similar, el proceso de conformación de la Coalición de Trabajadores Agrícolas de *Immokalee*, da cuenta de un movimiento social que va en contra de las políticas de exclusión y de diferenciación social contra los inmigrantes dentro del contexto agrícola en Florida. La coalición ha logrado empoderarlos y modificarr la percepción negativa que tienen de sí mismos y que obstaculiza su inserción en la sociedad. Es así como mediante el *Club Jiquilpan USA* se transformó una organización de inmigrantes en toda una institución que ha promovido un proyecto social, laboral y económico de empoderamiento de los inmigrantes. Este proceso ha sido descrito como “De cómo el pequeño David está golpeando al Goliat transnacional” .⁴⁹¹

Otro ejemplo de organización de inmigrantes lo constituye el Programa 3x1 de Iguala, promovido por grupos de migrantes organizados en Estados Unidos con el fin de realizar proyectos de desarrollo social en sus comunidades de origen, destaca su impacto favorable a pesar de que ha tenido que sobreponerse a las fallas en su implementación y logística que implica la distancia. Los logros han respondido a mejoras en la planeación, que de igual manera ha empoderado a sus participantes.

Todas estas acciones en conjunto pueden detonar reflexiones y acciones en torno a la reivindicación de la legalidad cosmopolita subalterna de los migrantes, a ampliar el canon jurídico más allá de los derechos individuales y a transmitir la importancia de la movilización política para el éxito de las estrategias basadas en los derechos. Precisamente, es dentro de este contexto que los derechos humanos deben retomar su carácter emancipador, aprovechando aspectos positivos de la interdependencia y evitando lo negativo en cuanto a desigualdades en riqueza, libertad, cultura. Por otra parte, constituye un inicio en su

⁴⁹⁰ BACA Tavera, Norma y Mojica Madrigal, Ariel (coords) *Movilidades y migrantes internacionales. Reflexiones sobre campos de relaciones socio-económicas en comunidades de migrantes en México y Estados Unidos*, Editorial Gedisa, 2018, p. 245.

⁴⁹¹ *Idem.*, p. 290.



reformulación o reuniversalización teniendo en cuenta la distintas cosmovisiones existentes en el planeta.

4.6. Reflexiones desde el discurso contrahegemónico

El análisis desde la perspectiva contrahegemónica refleja la manera en la cual Estados Unidos cumple a cabalidad con su proyecto de instrumentalización del DI: en su calidad de Estado hegemónico favorece con su comportamiento la remodelación del sistema jurídico internacional hacia la construcción de un sistema menos estricto con instrumentos bilaterales, normas blandas o *soft-law*, flexibilización de procesos de creación normativa, o con bajos niveles de implementación sanción. Simultáneamente, legaliza su hegemonía mediante la creación de normas especiales para si. Finalmente, este derecho hegemónico facilita la consolidación de lo jurídico en simple técnica del poder.

Mientras que la actual legislación internacional en materia de migración es un obstáculo discursivo y estratégico para alcanzar el derecho de asilo, la comunidad internacional reconoce que el ideal del DIM sería contar con un sistema legal que se anticipara a los flujos masivos de migrantes y mediante su aplicación, garantizara movimientos seguros y legales de migrantes de todo tipo. El sistema actual dista mucho de garantizar este objetivo; lo que está generando en la actualidad es alentar a los migrantes con la expectativa de un derecho de asilo para que se presenten en las fronteras de Australia, Europa y Estados Unidos.

Es evidente que estas crisis migratorias, junto con muchas otras en el mundo, indican que el DIM no está dando respuesta a la problemática de las personas que migran por una infinidad de causas distintas a las contenidas bajo la categoría jurídico internacional de refugiado.

Muy alejado del objetivo de la gobernabilidad migratoria (lo que se ha denominado como *migration management*), la migración, dista mucho de presentarse regulada y controlada, cada día aumenta en números y seguramente, de no implementarse un cambio de paradigma, va a continuar “redefiniendo entramados sociodemográficos, laborales y mapas



socioculturales, pues los periplos migratorios expresan la metáfora descarnada y doliente de la desigualdad y la precarización distintivas del capitalismo neoliberal y sus dispositivos de odio y exclusión”.⁴⁹² Es definitivo reconocer que no constituye un fenómeno inesperado e impredecible, cuando se ignoran las circunstancias que lo generan, combinadas con un marco jurídico que invita a los migrantes a presentarse en las fronteras esperando su reconocimiento como refugiados. Este *statu quo* jurídico, complementado con otras medidas mediante el uso de dispositivos, son la combinación que detona y deja sin respuesta las crisis migratorias que se viven en la actualidad.

Esto se constituye como la estrategia perfecta porque a la vez es el efecto del mismo *statu quo* el que justifica la aplicación de las herramientas de control migratorio, bien sea bajo la política de securitización, o bajo la gobernabilidad migratoria, donde la noción de “migración regular y ordenada” ha construido discursivamente a la migración “irregular” como un problema mundial que conlleva múltiples riesgos, haciendo de su “prevención” y “combate” una estrategia de intervención.⁴⁹³ En paralelo a desarticular los dispositivos que están favoreciendo el *statu quo* y dicha estrategia de intervención, se debe corregir la imagen negativa que se ha generado en torno a la migración. Al fin y al cabo la humanidad tiene una vocación nómada y de trashumancia desde sus albores. La migración es tan antigua como la humanidad misma.

Las diversas maniobras de deslegitimación del migrante se lograron exponer a través del análisis del discurso que identificó de manera clara los mensajes vertidos a la sociedad para lograr el objetivo. Esto conlleva a una significación psíquica que consiste en denegarle a un determinado grupo un reconocimiento jurídico lo que tiene consecuencias en términos del auto-respeto de los colectivos excluidos. Como bien lo expresa Honneth, “tolerar una inferioridad jurídica debe llevar a un sentimiento paralizante de vergüenza social del que sólo

⁴⁹² VALENZUELA, José Manuel. *Op. cit.*, p. 61.

⁴⁹³ DOMENECH, Eduardo, “Las políticas de migración en Sudamérica: elementos para el análisis crítico del control migratorio y fronterizo”, *Terceiro Milênio: Revista Crítica de Sociologia e Política*, Vol. 8, No 1, 2017, p. 19-48, p. 24. Vr DOMENECH, Eduardo, “Gobernabilidad migratoria: producción y circulación de una categoría de intervención política”, *Temas de Antropología y Migración*, No 10, 2018, p. 110-118.



la protesta activa y la resistencia pueden liberar”,⁴⁹⁴ es decir, asumirla bajo una visión de conjunto.

Paradójicamente, la estrategia de deslegitimar a los grupos de personas migrantes han tenido un efecto contrario al deseado totalmente inesperado: victimizarlo como grupo en situación de vulnerabilidad extrema y visibilizarlo llamando la atención de la comunidad internacional. Es innegable que la seguridad de los migrantes ha entrado a constituir una de las mayores preocupaciones globales. Esto brinda alguna esperanza, tal como lo ha señalado Santos, de que se consiga consolidar una identidad cosmopolita hospitalaria que supere el efecto del discurso deslegitimador de los migrantes ante la sociedad, y la instrumentalización política de que son víctimas al ser repetidamente utilizados como bandera política de campaña. Se espera que la reflexión de la sociedad se traduzca en normas jurídicas que logren sobreponerse al *statu quo*, y contrarrestar las ideologías excluyentes y las leyes en extremo restrictivas e ineficaces en materia de inmigración. Este logro implicaría también, el inicio de una transformación jurídica global, que contrario a la anterior, se caracterice por procesos jerárquicos que esta vez provengan de abajo, que permita modelos económicos y jurídicos propios para el Sur Global. De manera optimista se puede afirmar que esto tendría un impacto favorable para transformar los paradigmas actuales que rigen la migración.

De acuerdo con la teoría sobre lo subalterno en la globalización contrahegemónica, los grupos étnicos asentados en un país distinto al de su origen han padecido la negación histórica en su condición de minorías nacionales, por lo que una nueva reconfiguración supondría la dotación de carácter pluricultural, plurinacional y pluriétnico. El modo de gestión de esta diversidad, tal como lo propone Santos, se desarrollaría en claves de interculturalidad, es decir, de reconocimiento del principio de igualdad y de la diferencia por medio de un proceso de interacción y aprendizaje común.

La lucha de los migrantes es una clara representación de una lucha social contra la opresión. Son sujetos epistémicos del Sur, cuerpos mercantilizados, cuerpos no necesariamente humanos, cuerpos a veces moribundos, sufridores, producto de relaciones sociales inicuas. La trivialización del sufrimiento, y la muerte como daño colateral en la más

⁴⁹⁴ HONNETH, Axel. *Op. cit.*, p. 148



vulgar expresión de indiferencia ante el cuerpo sufridor, tantos migrantes muertos durante su travesía que pasan desapercibidos. También es el caso de quien es penalizado por brindar ayuda humanitaria a un migrante como un gesto de socorro. Santos sentencia como:

“la trivialización del sufrimiento humano es el resultado del discurso normalizado de la ciencia moderna y de su fuerte componente estadístico, que reduce al anónimo de los números el horror de la degradación humana y del sufrimiento injusto. De ese modo se neutraliza la presencia desestabilizadora del sufrimiento, y pierde la posibilidad de servir de fundamento a la voluntad radical y a la militancia para luchar contra el estado de cosas que, de una forma sistemática, produce el sufrimiento injusto”.⁴⁹⁵

La migración es la manifestación de un efecto del capitalismo, del colonialismo y del patriarcado. Precisamente, las epistemologías del sur parten de sus consecuencias; “de los cuerpos muertos y los cuerpos en sufrimiento, y de la inmediatez de la necesidad de (...) ciudadano como grupo social intensamente afectado por la violencia contra los cuerpos. El cuidado inmediato e incondicional de quienes lo necesitan está en primer lugar y antes de cualquier juicio sobre la valoración política o ética de la ocurrencia”.⁴⁹⁶ Aquí se reconoce lo que Derrida distinguía con el cosmopolitismo incondicional, pero desde la comprensión del sujeto epistémico del sur, el concepto cobra sentido a través de su reflejo en la migración.

De manera desafortunada, en las últimas décadas se han ido minimizando las fuerzas sociales y políticas que solían desafiar el estado de cosas en el que predominan las formas de desigualdad social y discriminación social. Junto con la disminución de su fuerza de lucha, cada día dichas prácticas se vuelven políticamente más aceptables.

⁴⁹⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. El fin del imperio cognitivo, *op. cit.*, p 143.

⁴⁹⁶ *Idem.*, p. 148.



Santos se muestra optimista respecto a las posibilidades de revertir este proceso mediante el reforzamiento de las alianzas entre los movimientos sociales que luchan contra diferentes formas de dominación. Significa profundizar en el interconocimiento estratégico entre esos movimientos. En esta estrategia de alianza y reconocimiento se dibuja una esperanza que se materializa en estos movimientos que se han narrado.

ÁMBITO- PREFIJO

GEISER

Nº registro

00008744e2000046430

CSV

GEISER-0cc8-9b9b-d465-40af-8777-0023-bb8e-b526

DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN

<https://sede.administracionespublicas.gob.es/valida>

FECHA Y HORA DEL DOCUMENTO

01/10/2020 09:07:28 Horario peninsular



Reflexiones finales

En una reflexión sobre las características del DI, David Kennedy hablaba de la predictibilidad de la forma y la incoherencia de la sustancia. Nada que confirme más esta aseveración que el giro que ha tomado la realidad migratoria que intenta regular el DIM, y que ha sido objeto de análisis a lo largo de esta investigación.

Mientras se recogen estas conclusiones, el Presidente de Estados Unidos firma un decreto para “suspender temporalmente la inmigración a su país”.⁴⁹⁷ Sin antecedentes en la historia norteamericana, ante el ataque del enemigo invisible, como denomina el Presidente Trump a la pandemia del Covid-19, el mandatario, como colofón al progresivo escalamiento en el endurecimiento de las reglas de migración, mandata mediante un simple tweet la próxima suspensión de la inmigración.⁴⁹⁸

Hasta el momento, ni el conflicto armado, o la recesión económica, habían justificado tan extrema medida. Ahora, el “enemigo invisible” ha logrado lo indecible. La discusión sobre la eficacia normativa se hace redundante, ociosa. Las normas internacionales existen para ser desatendidas cuando se considere indispensable, a criterio soberano del país poderoso. Esta decisión de suspender la inmigración constituye un claro desafío de los límites jurídicos que establece el DI.

Se puede afirmar que el Covid-19 está siendo instrumentalizado, donde el Estado estadounidense ha estado utilizando la pandemia para endurecer la política migratoria hasta el extremo. La suspensión de las solicitudes de la “green card” que anuncia el Presidente es un cese que se funda en los deseos de la política y no en cierres relacionados solamente con consideraciones de seguridad sanitaria.

⁴⁹⁷ <https://www.eluniversal.com.mx/mundo/trump-alista-orden-para-suspender-inmigracion-eu>

⁴⁹⁸ La inmigración a EE. UU. se encuentra virtualmente suspendida como en muchos países del mundo. Desde el 18 de marzo, el Departamento de Estado canceló todas sus citas para la expedición de visas de inmigrante y no inmigrante a EE. UU. Así mismo, se suspendió la expedición de visas por asilo y de refugiados y la Patrulla Fronteriza está expulsando del país, sin procedimiento judicial, a todo aquel que atraviese la frontera de manera ilegal, incluidos los que ya lo habían hecho y estaban en centros de detención temporal mientras se procesaban sus casos.



Adicionalmente, ha conllevado a graves violaciones de derechos humanos para personas migrantes y solicitantes de asilo dentro de los Estados Unidos, y aquellos que se encuentran varados en estaciones migratorias y refugios en México.

Tal y como lo advierte la teoría crítica en sus corrientes más recientes adaptadas a la realidad latinoamericana, se está revelando ante nuestros ojos la falsa armonía de la justicia y la aparente neutralidad de sus operadores. Nuestra tarea, que consistía en la necesidad de desmitificarla, se ha facilitado ante estas condiciones que ponen al descubierto lo que antes se ocultaba con facilidad: ya no es necesario esconderlo tras instrumentos de poder como la fragmentación normativa o dispositivos legales, todo ello desaparece ante el chasquido de dedos voluntarioso del dirigente de un Estado influyente de la comunidad internacional.

La presente investigación ha puesto al descubierto las incongruencias del DIM, que lleva a cuestionar cuál es la razón intrínseca de la ley, la migración como derecho y su comprensión como un fenómeno inherente al ser humano. Rememorando a Francisco de Vitoria como uno de los inauguradores del DI como intención cosmopolita en los albores de la Modernidad, el orden jurídico que funda esta comunidad universal debiera cimentarse en el vínculo creado por la condición de ser seres humanos que comparten todos los individuos. Esto ofrece a los hombres una primacía jurídica, la de ser ellos, en vez de los Estados, los verdaderos sujetos del derecho. Al fin y al cabo la protección de la persona debe ser la función primordial del Derecho internacional, y el cumplir con el ideal humano como su fin redituará en enriquecer su legitimidad.

Es una realidad que ya se requiere una sustitución de los paradigmas actuales desde los que se lidia con la migración, como las políticas represivas y la criminalización de las personas migrantes, que representan una barrera para el respeto de los derechos humanos, o de una gobernanza que pretende “administrar” o “gestionar” el problema migratorio centrándose en criterios de eficiencia.

Así mismo, hay que superar esta concepción jurídica en la cual el positivismo libera al derecho de las influencias políticas, blindándolo del fantasma ideológico o imperial, bajo la convicción de que “lo político se disuelve en lo jurídico y todo se convierte en derecho”.



Así como se puede afirmar que la política subordina a la ética, también lo hace con el derecho a través de su instrumentalización. La solución, como salomónicamente lo propone Bourdieu, está en superar esa ideología formalista que asume la independencia de la ley, pero sin caer en la concepción instrumentalista contraria.

De frente a la tensión entre lo formal y lo material en el derecho, la insistencia en resaltar los riesgos de la fragmentación reside en que el ordenamiento jurídico que se precie de su predicado debe ofrecer un mínimo de seguridad jurídica que permita procurar respuestas parecidas a situaciones análogas. La estructura normativa ordenada y coherente se defiende no en aras del conservadurismo legal, sino más bien como punto de partida desde el cual construir soluciones adecuadas, proveer de una efectividad a las proyecciones modificativas para adecuar el derecho a las nuevas realidades sociales. Ante la respuesta del derecho a los cambios en la forma de ley blanda, se reivindica la necesidad de ofrecer un conjunto normativo coherente y ordenado como respuesta a la tendencia a la desregulación que ciertos sectores, tanto entre sus normas primarias como entre las secundarias. La globalización dominante es responsable de la tendencia a la desregulación, que dentro del contexto de la gobernanza, implica la paulatina desaparición de la *rule of law*, puesta en duda por determinadas potencias, y su substitución por la *rule of power* que permite, en cada momento, y en ausencia (cierta o no) de referente normativo alguno, generar un escenario de libertad de acción.

Haciendo extensivas estas preocupaciones al DIM, defender la coherencia del marco normativo internacional migratorio existente, tendría el fin de corregir las limitantes que se han detectado en el análisis sustantivo: el DIM no solo se queda corto para responder a los flujos masivos de migrantes, sino que es un factor determinante que los detona en los términos en que está formulado, es decir, un sistema binario en el que las categorías de migrante y refugiado son imperfectas a la luz de la complejidad de los movimientos de población globales, y falta de mecanismos de respuesta a flujos masivos de migrantes en busca de asilo, que son predecibles como un efecto directo de la errada formulación del sistema de refugio actual.



La mala formulación y la debilidad del actual sistema permite la instrumentalización del DIM a través del nuevo paradigma de la gobernanza migratoria, como una estrategia para imponer la ideología dominante dentro de la estructura del discurso jurídico internacional en uso. Bajo el paradigma actual, el DI hoy vigente en materia de migración, constituye un obstáculo discursivo y estratégico para alcanzar el derecho de asilo; la dinámica que sostiene asegura que donde quiera que haya desplazamiento humano, generalmente también hay una estrategia de contención por parte de los países de destino.

La instrumentalización ideológica del DIM se vincula con la crítica del CILT de concebir al DI como el reflejo de la ideología de la teoría liberal. La estructura del discurso jurídico internacional en uso tiene su fundamento en esta ideología dominante, por lo cuál es importante develar la retórica subyacente en la argumentación. También se incluye dentro de los objetivos de la crítica sobre la indeterminación del DI, denunciar el carácter político implícito e innegable dentro de la disciplina.

Un análisis de la normatividad internacional desde la óptica política explica el interés de algunos países de mantener la inflexibilidad de las normas, que en últimas dejan fuera de los marcos normativos de los países de tránsito y de destino a los migrantes, quienes quedan excluidos del derecho más elemental de poder acceder a la legitimidad para la sobrevivencia: se trata de poblaciones irregulares varadas sin un marco normativo que las visibilice como sujetos de derecho, son excluidas del derecho a la legitimidad para la residencia, marginadas y segregadas dentro de lo que Agamben ha identificado como la nuda vida: “vida que cualquiera puede matar”. Bauman pone el acento en esta categoría del migrante frente al derecho: “Su misma condición de excluidos del sistema se revela en el hecho de que no hay ley que pueda ser aplicable a ellos”.⁴⁹⁹ Es este el tema capital para comprender las tensiones y los pulsos entre Estados nacionales en su afán por deshacerse o desentenderse de los migrantes, no sin detrimento de sus derechos humanos.

⁴⁹⁹ BAUMAN, Zygmunt , *Vidas desperdiciadas, la modernidad y sus parias*, Paidós Barcelona, 2015, p. 20.



Reconociendo que la migración es un tema invadido de connotaciones políticas y controversia, y además para solventar este obstáculo político al que se reduce la relación entre la fragmentación normativa y la eficacia normativa, finalmente se propone explorar categorías epistémicas que estandaricen las soluciones, dado que la pregunta misma sobre los limitantes de forma empobrece el problema, es decir, el DIM es un asunto que versa sobre seres humanos y concepciones del ser humano, más no de normas formales. El dilema es tanto más filosófico: si los seres humanos pobres son considerados como fuerza de trabajo, entonces la fragmentación es un serio problema. Si los seres humanos son entendidos como un fin en sí mismo, autónomos y con capacidad de construir un proyecto de vida, entonces la búsqueda de la estandarización del DIM es discriminatorio y represivo. A partir de este razonamiento, se debe cambiar la pregunta que interroga por la fragmentación y habría que indagar por la coherencia del sistema legal. Pero una coherencia entendida en términos más profundos. Así, la coherencia de las normas internacionales está dada por la *ratio legis*, es decir, el respeto a la autonomía y dignidad de la persona. Esta será, pues, una coherencia deductiva (de la *ratio legis* a la norma particular) mientras que la coherencia formal no es más que una banalidad lógica. Por lo tanto, es la interpretación -a partir de los fines éticos del ser humano y no ser considerados pues como mercancía- lo que permitirá reconocer, primero: que la fragmentación es un problema si se aborda de la lógica, pero no es un problema si se aborda desde la interpretación dado que los fines de autonomía, solidaridad y respeto por el ser humano permitirán la coherencia de la *ratio legis*.

Sobre las anteriores consideraciones, con relación a la universalidad de los derechos humanos, más que de su eficacia normativa, obliga a explorar categorías epistémicas que estandaricen las soluciones, para reconocer en el DIM todo su potencial como normatividad por la *ratio legis*, es decir, el respeto a la autonomía y dignidad de la persona como un problema no de formalidad jurídica, sino más bien como problema de seres humanos y de concepciones del ser humano.



Bibliografía

ALBA, Francisco. *El informe de la Comisión Mundial sobre Migraciones Internacionales*, CONAPO, 2008.

ARENDT, Hanna. *Origens do totalitarismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 1990.

BOLAÑOS Guerra, Bernardo. *Biopolítica y Migración: El eslabón perdido de la globalización*. Universidad Autónoma Metropolitana, 2015.

BOUZA, Nuria. *La gobernanza del interés público global*. Universitat Pompeu Fabra, Tecno, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 2015.

ALEINIKOFF, Alexander. Toward a Global System of Human Mobility: Three Thoughts, *AJIL Unbound*, Volume 111, 2017.

ALEINIKOFF, A., V. Chetajj (Eds.), *Migration and International Legal Norms*, T.M.C. ASSER PRESS, The Hague, The Netherlands, 2003.

ALTHUSSER, Louis. *Ideology and Ideological State Apparatuses*, Lenin and Philosophy 127, 135- 36, B. Brewster trans. 1971.

----- *La revolución teórica de Marx*, tr. Martha Harnecker, México, Siglo XXI, Editores, 1967.



ANDREAS, Peter. *U.S.-Mexico: Open Markets, Closed Borders*, 103 Foreign Pol'y 51, 51, 1996.

ANGUIANO, Téllez. María Eugenia, Cruz, Rodolfo (coord). *Migraciones Internacionales, Crisis y Vulnerabilidades*, El Colegio de la Frontera Norte, México 2014.

AÑÑOS Meza, María Cecilia. *El título de Sociedad y comunicación natural de Francisco de Vitoria*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Vol XII, 2010.

ARGÉS, Joaquín. *Ius Cogens La Actualidad De Un Tópico Jurídico Clásico*, Reus Editorial, Madrid, 2019.

ARIETTAZ, Fernando. *Naturaleza y Alcance del Asilo en el Sistema Interamericano de Derecho Humanos Ius et Praxis* vol.22 no.1 Talca, 2016.

ATIENZA, Manuel. Una Filosofía del derecho para el mundo latino: otra vuelta de tuerca, *DOXA Revista científica de la Universidad de Alicante*, Núm. 37, 2014. Retraído de https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/53991/1/Doxa_37_16.pdf

AUBARELL, G y Zapata, , R. (eds.). *Inmigración y procesos de cambio Europa y el Mediterráneo en el contexto global*. Barcelona: Icaria DL, 2004.

BARBERO, Iker. El Tratamiento Jurídico de las Migraciones Internacionales a Través de las Regulaciones Globalistas de Gestión de Mano de Obra. *Oñati Socio-Legal Series*, v. 1, n. 3, 2011.

BARTHES, Roland. An Introduction to a Structural Analysis of Narrative, *6 New Literary History*, 237, 1975.



BAUBOCK, Rainer. *Transnational Citizenship: Membership Rights in International Migration*, Edward Elgar, London, 1994.

BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiciadas, la modernidad y sus parias*, Paidós, Barcelona, 2015.

BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización?: falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona: Paidós, 1998.

BENAVIDES, Farid Samir. “Excepción, decisión y derecho en Carl Schmitt”, *Argumentos Dossier: Lógicas del poder. Miradas críticas*, vol.19 no.52 México sep./dic, 2006. Retraído de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/argu/v19n52/v19n52a7.pdf>.

BENVENISTI, Eyal y Downs, George W. The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law, *Stanford Law Review (SLR)*, vol. 60, pp. 595–631, 2007.

BENJAMIN, Walter. *Para una crítica de la violencia*, 1921. Disponible en www.philosophia.cl/ Escuela de Filosofía Universidad ARCIS. Retraído de: https://ddooss.org/articulos/textos/walter_benjamin.pdf

BREMER, Juan José. *De Westfalia a Post-Westfalia, Hacia un nuevo orden internacional*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.



BETTS, Alexander. *Towards a 'soft-law' framework for the protection of vulnerable migrants*, UNHCR Research Paper No 162, 2008.

BOYLE, Alan. Soft-law in International Law-Making, *International Law Fourth edition*, Oxford University Press, 2014.

BOURDIEU, Pierre. The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field, 38 *Hastings Law Journal*, 814, 1987.

BUSTAMANTE, Jorge. Retomando a Max Weber. Comprender la migración a través de la investigación cualitativa. *Migraciones Internacionales*. Vol. 9, num. 32, 2017.

CANALES, Alejandro (coord). *Debates contemporáneos sobre Migración Internacional: una mirada desde América Latina*. Editorial Porrúa y Universidad de Guadalajara, 2016.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida, una Aproximación Histórico-Teórica al Estudio del Derecho y del Estado*, Madrid, Trotta, 1997.

CABRERA García, Ana Celsa *et al* (coord) *Migraciones Internacionales en el siglo XXI: un análisis desde una perspectiva crítica*. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Instituto de Ciencias Sociales, Humanidades “Alfonso Vález Pliego”, Red Iberoamericana Académica de Cooperación Internacional, y Universidad Autónoma del Caribe, 2019.



CÁRDENAS Gracia, Jaime. *El modelo jurídico del neoliberalismo*. UNAM Editorial Flores, 2016.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *El Derecho Internacional en Perspectiva Histórica*, Madrid, Tecnos, 1991.

CARTY, Anthony. Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law, *European Journal of International Law*, Volume 2, Issue 1, pp. 66–96, 1991. Retraído de: <https://doi.org/10.1093/ejil/2.1.66>

CASTEL, María. “Justicia, derecho y violencia en la filosofía de la historia benjaminiana”, *Ponencia internacional presentada en el IV Seminario Internacional Políticas de la Memoria. Ampliación del campo de los Derechos Humanos. Memoria y Perspectiva*, Centro cultural de la memoria Haroldo Conti, 28 de Septiembre-1 Octubre, 2011. Retraído de: http://conti.derhuman.jus.gov.ar/2011/10/mesa_4/castel_mesa_4.pdf

CASTLES, Stephen and Van Hear, N. *The Migration-Asylum Nexus: Definition and Significance*, Oxford University, 27 January, 2005.

CASTLES Stephen y Mark J. Miller. *La era de la migración. Movimientos internacionales de población en el mundo moderno*, Miguel Ángel Porrúa, 2004.

CASTLES, Stephen. La política internacional de la migración forzada.. *Red Internacional de Migración y Desarrollo*. Núm. 1 (octubre) pp. 1-28., 2003.

CASTRO, Alexandra. *Gobernanza Internacional*, Tirant lo Blanch, 2012.



CEBADA Romero, Alicia. El Derecho internacional global: una retórica útil para una transformación necesaria, *Revista española de derecho internacional*, ISSN 0034-9380, Vol. 65, Nº 1, 2013, págs. 15-42

CERRONI, Umberto. *Introducción al Pensamiento Político*, 17 Edición, Siglo XXI Editores, 1986.

CORNELL, Drucilla, Michael Rosenfield and David G. Carlson, *Deconstruction and the Possibility of Justice*, Nueva York: Routledge, 1992.

CORREAS, Oscar. *Acerca de los derechos humanos: Apuntes para un ensayo*. Ediciones Coyoacán, primera edición, 2003.

----- Los Derechos Humanos. Entra la historia y el mito. *Revista Crítica Jurídica* No, 25. UNAM, 2006.

CORTINA Adela. *Aporofobia, el rechazo al pobre*. Editorial Paidós, 2017.

CHETAIL, Vincent, Bauloz, C. (eds)., *Research Handbook on International Law and Migration*, Research Handbooks on International Law, Edward Edgar Publishing, 2014.

CHOLEWINSKI, R. Perruchoud & E. MacDonald (eds). *International Migration Law. Developing Paradigms and Key Challenges*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2007.

CHOMSKY Noam. Failed State, “*The abuse of power and the Assault of Democracy*” New York Metropolitan Books, 2002.



DEL PALACIO Díaz, Alejandro. La Escuela de Frankfurt. El destino Trágico de la Razón, *Revista Tiempo*, número 26, UAM, 2005. Retraído de:

<http://www.uam.mx/difusion/revista/abr2005/palacio.pdf>

KAMMERHOFER, Jörg *et al* (eds), *International Legal Positivism in a Post-Modern World* (Cambridge: Cambridge University Press), 2014.

D'ASPREMONT, Jean. *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, OUP, 2013, 236-261, 2013.

-----Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials, *The European Journal of International Law* Vol. 19 no. 5, 1075 – 1093, 2008.

D'ASPREMONT, Jean. Uniting Pragmatism and Theory in International Legal Scholarship: Koskenniemi's From Apology to Utopia revisited. 19.1, *Revue québécoise de droit international*, 2006.

DAUVERGNE, Catherine. Irregular migration, state sovereignty and the rule of law, *The Modern Law Review* Vol. 67, No. 4, Jul., 2004.

-----Sovereignty, Migration and the Rule of Law in Global Times, *67 Mod. L. Rev.* 588, 2004.

DE LA RASILLA, Ignacio, Martti Koskenniemi and the spirit of the Beehive in International law. *Global Jurist* Vol 10 Iss 1 Article10, 2010.

DERRIDA, Jacques. *Canallas: Dos ensayos sobre la razón*. Editorial Trotta, 2005.

DÍAZ, Mendibur, Aroon *et al.* (Eds). *Tu Migrante*. CISAN, 2017.



DI PASQUALE, Mariano. *Notas sobre el concepto de ideología. Entre el poder, la verdad y la violencia simbólica*. Tabula Rasa. Bogotá, Colombia, No.17: 95-112, julio-diciembre, 2012.

DOMENECH, Eduardo. Gobernabilidad migratoria: producción y circulación de una categoría de intervención política, *Temas de Antropología y Migración*, No 10, p. 110-118, 2018.

-----Las políticas de migración en Sudamérica: elementos para el análisis crítico del control migratorio y fronterizo, *Terceiro Milênio: Revista Crítica de Sociologia e Política*, Vol. 8, No 1, p. 19-48, 2017.

DOUGLAS S. Massey, *et al.* “Teorías de migración internacional: una revisión y aproximación” de *Population and Development Review*, Vol 19, n. 3, sept 1993.

DUPRET, Baudouin. Pluralismo jurídico, pluralidad de leyes y prácticas jurídicas: Teorías, críticas y reespecificación praxiológica. *European Journal of Legal Studies*, v. 1, n. 1, European University Institute, 2007.

DURÁN, Mario. La influencia de la escuela de Frankfurt y su teoría crítica en los orígenes del pensamiento de Habermas, *Universum* vol.33 no.1 Talca jul. 2018.

DUSSEL, Enrique. *Ética de la liberación en la edad de la globalización y la exclusión*. Madrid-México: Trotta-UAM, 1998.

DOUZINAS, Costas. *Las Paradojas de los Derechos Humanos*, Traducido al español por Ricardo Sanín Restrepo, 2014.

Retraído de: <https://roxanarodriguezortiz.files.wordpress.com/2014/12/4-las-paradojas-de-los-derechos-humanos-costas-douzinass.pdf>



DUPUY, Pierre-Marie. The Place and Role of Unilateralism in Contemporary International Law, *EJIL*, vol. 11, 2000.

DURAND, Jorge. *Historia mínima de la migración México-Estados Unidos*, El Colegio de México, Ciudad de México, 2016.

DURAND, Jorge, Massey. *Clandestinos. Migración México-Estados Unidos en los albores del siglo XXI*. Porrúa Editores, 2009.

ENGISCH, K. *Die Einheit der Rechtsordnung* (1935 edición original), at 54: 'Niemand kann zugleich eine Handlung bezw, 1987.

ENTELMAN, R. Aportes a la formación de una epistemología jurídica. VVAA *El discurso Jurídico*. Hachette Buenos Aires, 1982.

ESTÉVEZ, Ariadna. *Guerras Necropolíticas y Biopolítica de asilo en América del Norte*. Universidad Autónoma de México, 2018.

ESTUPIÑAN Serrano, Mary Luz. Gestión internacional de las migraciones como una racionalidad política. *Migr. Inter* [online]. 2014, vol.7, n.3, pp.249-259. Retraído de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S166589062014000100009&lng=es&nrm=iso>.

FABRA ZAMORA, Jorge Luis Núñez Vaquero, Álvaro. (Eds.). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas –



Universidad Nacional Autónoma de México, 2015. V. 1. Retraído de: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875>>. Acceso el: 1 agosto 2017.

FERNÁNDEZ, Félix. *El derecho migratorio internacional y europeo como límite desde los Derechos Humanos a la discrecionalidad de los Estados*. Tirant lo Blanch, 2017.

FERNANDÉZ Guzmán, Eduardo. *Roberto Herrera Carassou, La perspectiva teórica en el estudio de las migraciones*. Siglo XIX Editores, México, 2006.

FISCHER-LESCANO, Andreas & Gunther Teubner. Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law, *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 4, 2004.

FITZPATRICK, Joan. The human rights of migrants, *Academy of European Law Session on Human Rights 14-25*. Migration, Human Rights and Protection, 2010.

FORCADA Barona, Ignacio. *El Concepto de Derecho Internacional Público en el umbral del siglo XXI: La 'Nueva Corriente'*, Anuario Argentino de Derecho Internacional, vol. IX, 1999.

FOSTER, Michelle. Economic Migrant or Person in Need of Protection? Socio-Economic Rights and Persecution in International Refugee Law. *Human Rights and the Refugee Definition Comparative Legal Practice and Theory*, Chapter 10, 2016.



FRANCO, Leonardo (coord). *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: Análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del DI de los derechos humanos*. Universidad Lanus, ACNUR e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

FRANKENBERG, Günter. “*Teoría Crítica*”, Revista sobre enseñanza del Derecho año 9, número 17, pp. 67-84. Buenos Aires, Argentina, 2011.

FREEMAN, Gary P. “Can Liberal States Control Unwanted Migration?”, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 534, pp. 17-30, 1994.

GADAMER, Hans-Georg. *La actualidad de lo bello. El arte como juego, símbolo y fiesta*. Ediciones Pidós, Universidad Autónoma de Barcelona, 1991.

GALINDO, Sandra. Las palabras importan: representación de inmigrantes mexicanos en periódicos de Estados Unidos y México, *Migraciones Internacionales* vol.10 Tijuana 2019 Epub 01-Ene-2019.

GAMA, Leopoldo. *Derechos, democracia y jueces: Modelos de filosofía constitucional*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2019.

GAMMELTOFT-Hansen, T. *et al.* The End of the Deterrence Paradigm? Future Directions for Global Refugee Policy. *Journal on Migration and Human Security*. Volume: 5 issue: 1, page(s): 28-56 Aarhus University and Danish Institute for Human Rights, March 1, 2017.

GARCÍA, Amado, J. A. *Teorías del sistema jurídico y concepto de derecho*, Anuario de Filosofía del Derecho, T. II, 1985.



GARCÍA, Segura, C. (Cord.). *La tensión cosmopolita. Avances y límites en la institucionalización del Cosmopolitismo*. Madrid, Tecnos, 2016.

GARCIA, Lila. Migraciones, Estado y una política del dercho humano a migrar ¿hacia una nueva era en América Latina? *Revista Colombia Internacional*, No, 88. Sept-Dic 2016, pp. 107-133.

GARCIA, Velásquez, Carlos Andrés. *Estudios críticos del Derecho: visión holística*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2018.

GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución*. Katz Editores, 2014.

GEIGER, Martin y Antoine Pécoud, (Eds.). *The New Politics of International Mobility. Migration Management and its Discontents* Osnabrück, Alemania, Universität Osnabrück, 2012.

GEIGER, Martin, Antoine Pécoud, (Eds.). *The Politics of International Migration Management*. Palgrave, Macmillon, 2010.

GLENNON, M.J., De l'absurdité du droit imperative (ius cogens), *RGDIP*, T.110, n. 3, 2006, pp. 529-536.

GOODWIN-GILL, Guy S. *The Refugee in International Law*, second edition, Oxford, Clarendon, 1996.



GHOSH, Bimal. Derechos humanos y migración: El eslabón perdido Migración y Desarrollo, núm. 10, pp. 37-63 *Red Internacional de Migración y Desarrollo Zacatecas*, México, 2008.

GROTIUS, Hugo. *De Iure Belli ac Pacis*, 1625.

GIDDENS, Anthony. *Las Consecuencias de la Modernidad*. Alianza Editorial, S.A. Madrid 1994.

GIL Araujo Sandra, Silvana Santi. El gobierno de la migración en América del Sur: regímenes, controles y fronteras. *Periplos Revista de Investigación sobre Migraciones* Volume 03, Número 01, 2019.

GZEST, Susan. Redifining forced migration. *Revista Migración y Desarrollo*. Primer semestre, 2008.

HABERMAS, Jürgen y Jacques Derrida. *El Derecho Internacional en la transición hacia un escenario posnacional. Europa: en defensa de una política exterior común*, Madrid, Katz - CCCB, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, Barcelona: Paidós, 2000.

HAKIMI, Monika. International Law in “Turbulent Times.” Part I, *EJIL (Mar. 6, 2018)*. Retraído de: <https://www.ejiltalk.org/international-law-in-turbulent-times-part-i/>.



HAMMOURI, Shahd. *Critical International Legal Theory M2Droit Economique*, Paris, 2002. Retraído de:
https://www.academia.edu/35835002/International_Critical_Legal_Theory_Deconstruction_as_justice

HERNÁNDEZ, Martínez Efrén. La biopolítica-impolítica de Roberto Esposito. *Revista Andamios*, vol.15 no.37 México may./ago. 2018.

HERNÁNDEZ Truyol, Berta E. *Moral Imperialism: A Critical Anthology*, New York: New York University Press, 2002.

HERRERA Flores, J. Direitos Humanos, Interculturalidade e Interracionalidade de Resistencia, en Wolkemer, A.C. (coord) *Direitos Humanos e Filosofia Juridica na America Latina*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

HART, H.L.A. *El concepto de derecho*, trad. de G. Carrió, Buenos Aires, 1961, 1963. Retraído de:
<https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=HART,+H.L.A+El+concepto+de+derecho,+trad.+de+G.+Carrio%CC%81,+Bue+nos+Aires,+1961,+1963,+p.+266.&ie=UTF-8&oe=UTF-8>

HESS, Sabine. “De-naturalising transit migration. Theory and methods of an ethnographic regime analysis”, *Population, Space and Place*, Vol 18, No 4, 2012, p. 428-440.

HONNETH, Axel. *La lucha por el reconocimiento: por una gramática moral de los conflictos sociales*, Crítica Grijalbo Mondadori, Barcelona, 1997.

HORKHEIMER, Max. *Teoría tradicional y teoría crítica*. Ediciones Paidós. Universidad Autónoma de Barcelona. Retraído de:



https://www.academia.edu/7309370/Max_Horkheimer_Teor%C3%ADa_tradicional_y_teor%C3%ADa_cr%C3%ADtica

----- *Critical Theory*, New York: Seabury Press, 1982.

HUNTINGTON, Samuel. The Hispanic challenge, *Foreign Policy*, vol. 141, 2004.

IKENBERRY, G. J. *Liberal Order and Imperial Ambition. Essays on American Power and World Politics*, Polity Press, Cambridge, 2006.

IÑÍGUEZ Rueda, Lupicino (Ed). *Análisis del Discurso. Manual para las ciencias sociales*. Editorial COC, 2006.

HERNÁNDEZ Truyol, Berta E., *Moral Imperialism: A Critical Anthology*, New York: New York University Press, p. 285, 296, 2002.

KAFKA, Franz. *Ante la Ley*. Luarna Ediciones, 2014.

KAMMERHOFER, D'Aspremont, Jean (Eds). *International Legal Positivism in a Post-modern World*. Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

KENNEDY, Duncan. *Izquierda y Derecho: ensayos de teoría jurídica crítica*, Editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 2010.



KENNEDY, David. The Mystery of Global Governance, 34 *Ohio Northern University Review* 827, 2008.

KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial*, 221. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2005.

KENNEDY, Duncan. Law and Economics from the Perspective of Critical Legal Studies. *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 1998.

KENNEDY, Duncan. The Sources of International Law, *American University International Law Review* 2, no. 1 pp. 1-96. 1987.

KOSKENNIEMI, Martti Leino, Päivi. Fragmentation of international law? Postmodern anxieties. *Leiden Journal of International Law*, v. 15, n. 3, 2002, p. 553-579, 2002.

KOSKENNIEMI, Marti. *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

----- *The Lady Doth Protest Too Much. Kosovo, and the Turn to Ethics in International Law*, *The Modern Law Review*, vol. 65, n. 2, pp. 159-175, 2003.



KRISCH, N. International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of International Legal Order”, *EJIL*, vol. 16, n. 3, 2005.

KRIEGER, Peter. La deconstrucción de Jacques Derrida. *Anales del Instituto de Investigaciones Estéticas*, núm. 84, 2004.

KUNZ, J. El Derecho Internacional en la teoría kelseniana. *Revista de la Universidad Nacional* (1944 - 1992), Número 5, p. 241-265, 1946. Retraído de:
<http://www.bdigital.unal.edu.co/17769/1/13448-37929-1-PB.pdf>

LILLICH, R. *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1984.

LIXINSKI, Lucas. Narratives of the International Legal Order and Why They Matter: An Introduction, *Erasmus Law Review*, 2013, 2-5.

LUHMANN, Nicholas. L'unité du système juridique. *Archives de philosophie du droit*. Vol. 31, 1986., pp. 163-188.

----- *Law as a social system*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

LUCK, E. C. American Exceptionalism and International Organization: Lesson from 1990s, FOOT, R., M AC FARLANE, S.N. y MASTANDUNO, M., U.S. *Hegemony and International Organizations*. The United States and Multilateral Institutions, Oxford University Press, Oxford, 2003.



MUTUA Makau, Antony Anghie. "What Is TWAIL?" *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 94, 2000, pp. 31–40. *JSTOR*. Retraído de: www.jstor.org/stable/25659346, 20 May 2020.

MARMOR, Andrei. *Are Constitutions Legitimate*. *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Volume 20, Issue 1, January, 2007. Retraído de: <https://doi.org/10.1017/S0841820900005701>

MARÍN, A. Tesis sobre una teoría crítica de los Derechos Humanos. *Open Insight*, VI (9), 11-33, enero-junio, 2015.

MARTÍN Rodríguez, Pablo. *Los paradigmas del Derecho Internacional: Ensayo interparadigmático sobre la comprensión científica del Derecho Internacional*. Editorial Universidad de Granada, España, 2008.

MEIKSINS-Wood, Ellen. *The Ellen Meiksins Wood Reader*. Historical Materialism Book. Brill Publisher, 2012.

MÉNDEZ-HINCAPIÉ, Gabriel and Sanín-Restrepo, Ricardo. La Constitución Encriptada. Nuevas Formas de Emancipación del Poder Global. *Redhes. Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales* 8. San Luis de Potosí, México, 2012.

MESQUITA Sampaio De Madureira, Miriam. *La Teoría Crítica de la Escuela de Frankfurt, de la primera a la tercera generación: un recorrido histórico-sistemático*, RIFP, número 34, 2009.



Retraído de: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2009-numero34-2090&dsID=Documento.pdf>

MODONESI, Massimo. *Subalternidad, antagonismo y autonomía*. Buenos Aires, Argentina, CLACS, 2010.

MORALES, Julieta., *Migración Irregular y Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, 2018.

NÚÑEZ Vaquero, Álvaro. *Teorías críticas del derecho: observaciones sobre el modelo de ciencia jurídica* Por Università degli Studi di Genova, 2010.

OLEA Rodríguez, Helena. Migración en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Eunomía*. Revista de la Cultura en Legalidad, No 9, octubre 2015 – mayo 2016, pp. 249-272.

ORTEGA, Elisa. *Los derechos humanos de los trabajadores migrantes irregulares en el DI y la práctica europea y americana*. Tesis Doctoral. Universidad Carlos III de Madrid, 2012.

PASHUKANIS, E. B. *Teoría general del derecho y marxismo*, Editorial Grijalbo, 1976.

PECOUD, Antoine & Paul de Guchteneire. *Migration, Human Rights and the United Nations: An Investigation into the Obstacles to the UN Convention on Migrant Workers' Rights*, 2009.



PÉCOUD, Antoine, Guchteneire, Paul de. *Migración sin fronteras: una investigación sobre la libre circulación de personas*. Migraciones Internacionales, vol. 3, núm. 2, julio-diciembre, pp. 137-166 El Colegio de la Frontera Norte, Tijuana, México, 2005.

PECES-BARBA, E. Fernández y R. de Asís. *Curso de teoría del Derecho*, Madrid, 1999, pp. 185-201; N. Bobbio, *Teoría general del Derecho*, Madrid, 1991.

PEIXOTO, Juliana. Perspectivas jurídicas de las relaciones internacionales: el constitucionalismo, la fragmentación y el pluralismo jurídico en debate, Tlamehua vol.9 no.39 Puebla mar. 2016.

PERELMAN, Chaim. *La lógica Jurídica y la nueva retórica*. Editorial Civitas, Madrid, 1988.

-----*La règle de droit*, Bruylant, Bruselas, 1971, pp. 104 y ss., 1971.

PÉREZ González, Carmen. *Gestión de los flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y DI de los Derechos Humanos* Tirant lo Blanch, 2012.

PÉREZ Lledo, Juan. *Teorías Críticas del Derecho*. EN Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía Tomo II. El Derecho y la Justicia, Editorial Trotta y Consejo Superior de Investigaciones. Retraído de:
https://issuu.com/tallerleonbarandiaran/docs/perez_lled_juan_a._teor_as_c

PEREZ Lledo, Juan. *El movimiento Critical Legal Studies* Madrid: Tecnos, Madrid: Fundación cultural Enrique Luño Peña, 1996.

PERRUCHOUD, R., et al., eds., *Compendium of international migration law instruments* T.M.C. Asser Press, 2007.



POSADA, Paola. *Refugiados y desplazados forzados. Categorías de la migración forzada creadas como medidas de contención a las migraciones no deseadas*. Estudios Políticos ISSN 0121-5167 No 35, Medellín, julio-diciembre de 2009: pp. 131-152.

PRADO D., Maximiliano. Limitación de los Derechos Humanos. Algunas Consideraciones Teóricas. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, núm. 1, enero-abril, pp. 61-90 Pontificia Universidad Católica de Chile Santiago, Chile, 2007.

PUTNAM, Robert. "E Pluribus Unum: Diversity and Community in the Twenty-First Century: The 2006 Johan Skytte Prize Lecture," *Scandinavian Political Studies*, Vol. 30.2, 2007.

RAJAGOPAL, Balakrishnan. *El Derecho Internacional desde abajo: El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del Tercer Mundo*, Colección En Clave de Sur. 1a ed. ILSA, Bogotá D.C. Colombia, 2005.

RAMJI-NOGALES, Jaya. Migration Emergencies (November 14, 2016). *Hastings Law Journal*, Vol. 68, 2017; Temple University Legal Studies Research Paper No. 2016-55. Retraído de: <https://ssrn.com/abstract=2869230>

RIKHOF, Joseph and Geerts, Ashley. Protected Groups in Refugee Law and International Law. *Laws*, 8, 25; doi:10.3390/laws8040025, 2019.

ROBINSON, Nehemiah. *Convention Relating to the Status of Refugees: Its history, contents and interpretation- A commentary*, New York, Institute for Jewish Affairs, 1953.

RODILES, Alejandro. La fragmentación del Derecho Internacional. ¿Riesgos u oportunidades para México? *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 9 México ene. 2009. Retraído de: <https://www.redalyc.org/pdf/4027/402740624012.pdf>, 24 junio, 2020



RODRIGO Hernández, Angel. El Derecho Internacional hegemónico y sus límites. Anuario de Derecho 07 XXIII *A.E.D.I.*, vol. XXIII, 2007.

RODRÍGUEZ Carrión, A. y Pérez Vera, E. (coords.), *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje a J. A. Carrillo Salcedo*, vol. I, Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla y Universidad de Málaga, Servicio de Publicaciones, 2005.

QUIJANO, Anibal, Wallerstein, Immanuel. Americanity as a concept; or, The Americas in the modern world, *International social science journal*, XLIV, 4, 1992.

RATNER, S, Slaughter (Eds). *The Methods of International Law*, American Society of International Law, Washington, 2004.

RIBEIRO, Gerardo. *Verdad y Argumentación Jurídica*. Editorial Porrúa, sexta edición, 2017.

ROLDÁN Dávila, Genoveva. Una aportación ignorada de la teoría neoclásica al estudio de la migración labora. *Revista Migración y Desarrollo*, Vol. 10 no. 19, Zacatecas, ene, 2012.

RÓDENAS (ed.), *Repensar los derechos humanos*, Palestra, Lima, 2018.

RODRÍGUEZ, Chavez et al. *Bibliografía sobre Migración en Tránsito Irregular, 1990-2015*, ITAM, México, 2016.

KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial. H. Hart y R. Dworkin. La decisión judicial*. Siglo del Hombre Editores, 2005.



SINGH, Sahib. Narrative and theory: formalism's recurrent return, *The British Yearbook of International Law*, Vol. 84 No. 1, 304–343, 2014.

SANÍN Restrepo, Ricardo. *Teoría Crítica Constitucional: La Democracia a la Enésima Potencia*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *El fin del Imperio Cognitivo. La afirmación de las Epistemologías del Sur* Editorial Trotta, 2019.

----- *Una epistemología del sur*. Siglo XXI Editores, 2009.

----- *Renovar La Teoría Crítica y Reinventar La Emancipación*, CLACSO, 2006.

----- *Toward a New Legal Common Sense*. Londres: Butterworths, 2002.

SASSEN, Saskia. *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la Globalización*. Bellaterra, Barcelona 2001.

SATZ, Dehra. Equality of What among Whom? Thoughts on Cosmopolitanism, Statism, and Nationalism, *Global Justice*, editado por Ian Shapiro y Lea Brilmayer. Nueva York: NYU Press, 1999.

STIGLITZ, Joseph. *El malestar en la globalización*. Editorial Taurus, España, 2018.

SAAVEDRA López, Modesto. La crítica del derecho como paradigma de la filosofía jurídica. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 22, pp. 322-331 Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C. Puebla, México, 2008.

SÁNCHEZ Vásquez Adolfo. *La teoría general del derecho y el marxismo*, Colección Teoría y Praxis, Editorial Grijalbo, México, D. F, 2006.



SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Estudio preliminar, traducción y notas de Montserrat Herrero, Clásicos del Pensamiento, Editorial Tecnos, Madrid, 1996. Retraído de:
<http://www.mercaba.org/SANLUIS/Filosofia/autores/Contemporánea/Schmitt/Sobre%20los%20tres%20modos%20de%20pensar%20la%20ciencia%20jurídica.pdf>

SWAIN, C, (Ed.) *Debating Immigration*, Cambridge University Press, 2018.

TESÓN, Fernando. *Filosofía del Derecho Internacional*, Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho (Volumen 3) Zabra, Jorge Luis y Spector Ezequiel IEJ, 2015, UNAM.

TEUBNER, Gunther (ed.). *Global Law without a State*. Dartmouth Aldershot, 1997.

THOMAS, Chantal. Undocumented Migrant Workers in a Fragmented International Order, *25 MD. J. INT'L L.* 187, 2010.

TOMUSCHAT Christian. *International Law as the Constitution of Mankind*, International Law on the Eve of the Twenty-first Century. Views from the International Law Commission, United Nations, 1997.

TRINDADE Cançado, Antônio Augusto. *International law for humankind: towards a new jus gentium (II): general course on public international law*, Recueil des Cours, Vol. 317, 2005.

-----International law for humankind: towards a new jus gentium (II): general course on public international law, Recueil des Cours, Vol. 317, p. 160-166, 2005,



TUSHNET, Mark. *The Critical Legal Studies Movement. Another Time, A Greater Task*, Verso, London, 2015.

----- *Critical Legal Studies: A Political History* 1991 The Yale Law Journal, 1991.

URUEÑA-SÁNCHEZ, Mario Iván. *El positivismo de Kelsen y Hart en el DI contemporáneo: una mirada crítica* International Law: Revista Colombiana de DI, núm. 31, julio- diciembre, pp. 193-219, Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, Colombia, 2017.

VILLEGAS Delgado, César. El estado de derecho en el ámbito internacional y el imperio de la ley en las relaciones internacionales: tendencias, retos y desafíos, *Revista electrónica de estudios internacionales*, num. 33, 2017.

----- *La preeminencia del derecho en Derecho Internacional: Elementos para una Definición*, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas. Anuario Mexicano de DI, vol. XIII, pp. 267-310, 2013.

----- *Los Crímenes de Lesa Humanidad en Perspectiva Histórica*. Universidad de Andalucía, 2012.

WOLKMER Antonio Carlos. *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. Colección En Clave de Sur. 1ª ed. ILSA, Bogotá D.C. Colombia, octubre de 2003.



WOOD, Stepan *et al.* *International Law and International Relations Theory: A New Generation of Interdisciplinary Scholarship* (July 1998). *American Journal of International Law*, Vol. 92, No. 3, pp. 367-397, 1998.

VACA Tavira, Norma *et al.* (eds) *Jóvenes y migraciones*, Editorial Gedisha, 2019.

VACAS Fernández, Felix. *El Derecho Migratorio Internacional y Europeo como límite desde los Derechos Humanos a la a la discrecionalidad de los Estados en materia migratoria*. Tirant lo Blanch, 2017.

VALENZUELA Arce, José Manuel (Cord.). *Caminos del éxodo humano: Las caravanas de migrantes centroamericanos*, Editorial Gedisa, 2019.

VAN DIJK, Teun. *Ideología. Una aproximación multidisciplinaria*. Barcelona, Gedisa, 1999.

VATTEL, Emer. *The Law of Nations* (LF. ed), 1797.

YOUNG, M. (Ed.). *Regime interaction in international law. Facing fragmentation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 5a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2003.

ZAMORA, Cristina. *Violencia contra las mujeres y refugio*. Tirant lo Blanch, Valencia 2019.



Documentos

AMNESTY International statement to the 86 Session of the Council of the International Organization for Migration (IOM), 20 November 2003.

ASAMBLEA General de la OEA: *Situación jurídica de los asilados, refugiados y personas desplazadas en el continente americano*, Resolución AG/RES. 774(XV-O/85), aprobada en la tercera sesión plenaria, celebrada el 9 de diciembre de 1985.

ASAMBLEA General de la ON., *Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio*, (3, 2004 December): A/ 59/565.

ASAMBLEA General de la ONU (2016). *Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes*. Nueva York: A/71/L.1.

____ (2018). *Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular*. Nueva York: A/RES/73/195.

CENTRO de estudios en migración (CATO) "*The weaponization of immigration*", en Center for Immigration Studies. Retraído de:

<http://www.cis.org/articles/2008/back108.html>), última actualización: febrero de 2008.

COMISIÓN de Derecho Internacional,. Informe de 13 de abril de 2006 sobre "*Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional*" (A/CN.4/L.682) junto con un apéndice de Proyecto de Conclusiones (A/CN.4/L.682/Add.1) Cfr. A/55/10, Informe de la CDI, 52o. periodo de sesiones, anexo, pp. 294–310



COMMISSION ON GLOBAL GOVERNANCE (1995), *Our Global Neighborhood*. Nueva York: United Nations.

COMPENDIUM of *International Legal Instruments on Human Migration*. Notre Dame Law School Program on Law and Human Development. 2012. Retraído de: <https://www3.nd.edu/~ndlaw/prog-human-rights/compendium/CompenMigration.pdf>, mayo, 2019.

CONNOR, Phillip & Jens Manuel Krogstad, *For the first time, U.S. resettles fewer refugees than the rest of the world*, Pew Research, July 5, 2018.

CONVENCIÓN Internacional de sobre la protección de los derechos de derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

CONVENCIÓN sobre el Estatuto de los Refugiados. Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950.

CONVENCIÓN sobre Asilo adoptada en La Habana en 1928 (modificada por la Convención de Montevideo de 1933)

CONVENIO de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949.

CORTE Interamericana de Derechos Humanos (IDH) (2013). Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013., párrafo 145.



DECLARACIÓN de Nueva York para Refugiados y Migrantes, GA Res. 71/1, Sept. 19, 2016.

DECLARACIÓN Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948

DIARIO EL UNIVERSAL 24/04/2019, García, K., p. 22
<http://ediciondigital.eluniversalmas.com.mx/edqro/uq240419/index.html>, mayo, 2019.

ESTATUTO de la Corte Internacional de Justicia. Anexo a la Carta de la Organización de las Naciones Unidas Adopción: 26 de junio de 1945 DO 17 de octubre de 1945.

GALINDO, Sandra. *Las palabras importan: representación de inmigrantes mexicanos en periódicos de Estados Unidos y México*, Migr. Inter vol.10 Tijuana 2019 Epub 01-Ene-2019.

GARCÍA, Carina. Periódico El Universal 24/04/2019, p. 22.
<http://ediciondigital.eluniversalmas.com.mx/edqro/uq240419/index.html>

JORDAN, Miriam, Zolan Kanno-Youngs *Una corte bloquea la regla de Trump que impide casi todas las solicitudes de asilo*, *The New York Times*, julio 2019. Retraído de: <https://www.nytimes.com/es/2019/07/24/espanol/asilo-trump.html> Julio, 2019

JORDAN Miriam y Caitlin Dickerson *Las separaciones familiares de migrantes continúan aunque la política fue terminada*, Marzo 2019. New York Times. Retraído de: <https://www.nytimes.com/es/2019/03/11/espanol/separacion-familias-trump.html>. Julio, 2019



NAANOUS, Tania. El Sol de México, Opinión, viernes 9 de agosto de 2019.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, (OIM).
Derecho Migratorio Internacional, Suiza, Retraído de:<http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/migration-management-foundations/international-migration-law/cache/offonce/lang/es>, enero del 2009.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM),
Derecho Migratorio Internacional, Suiza, Retraído de: <http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/migration-management-foundations/international-migration-law/cache/offonce/lang/es>, enero del 2009.

ORGANIZACIÓN de las Naciones Unidas, Pacto Mundial sobre Migración: ¿a qué obliga y qué beneficios tiene?, 2018. <https://news.un.org/es/story/2018/12/1447231>

PACTO Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

PACTO Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

PROTOCOLO sobre el Estatuto de los Refugiados. Firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967. Entrada en vigor: 4 de octubre de 1967, de conformidad con el artículo VIII. Serie Tratados de Naciones Unidas N° 8791, Vol. 606, p. 267



SHEAR, Michael D., Miriam Jordan y Manny Fernandez. *El sistema migratorio de Estados Unidos está cerca del colapso¿Cómo llegó hasta ahí?* New York Times, Abril 2019

WORLD Migration Report 2018
<https://www.iom.int/world-migration-report-2018>, marzo, 2019.

UNITED Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), *UNHCR Note on the Principle of Non-Refoulement*, November 1997, Retraído de:
<https://www.refworld.org/docid/438c6d972.html>, abril, 2019.

UNITED Nations, “*Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the diversification and expansion of International Law*”. A/CN.4/L.682 13 April 2006.

UNITED Nations. *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the diversification and expansion of International Law*. A/CN.4/L.682 13 April 2006.

UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *UNHCR Note on the Principle of Non-Refoulement*, November 1997. Retraído de:
<https://www.refworld.org/docid/438c6d972.html>

UNITED Nations, fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law 12 (2006) (UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 Apr. 2006)

