



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
POSGRADO EN DERECHO
FACULTAD DE DERECHO

Crisis migratoria y crisis humanitaria:
Propuesta de reconstrucción del Derecho Migratorio Internacional

TESIS
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA:
LUZ MARICELA COELLO CERINO

TUTOR PRINCIPAL
Dr. Vicente Fernández Fernández, Facultad de Derecho

MIEMBROS DEL COMITÉ TUTOR
Dra. Luz Gabriela Aldana Ugarte, Facultad de Derecho
Dr. Juan Vega Gómez, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Ciudad Universitaria, Cd. Mx.

diciembre 2020



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A mis hermanos, Antonio José Luis Coello y Luis Fernando Coello, gracias a Ustedes pude completar esta etapa y hacer realidad uno de mis grandes objetivos de vida

INTRODUCCIÓN 5**CAPÍTULO I****CRISIS MIGRATORIA Y CRISIS HUMANITARIA**

INTRODUCCIÓN	19
1.1. CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS CRISIS.....	21
1.1.1. <i>Migrantes, refugiados, irregulares, desplazados</i>	<i>22</i>
1.1.2. <i>Flujos migratorios mixtos.....</i>	<i>24</i>
1.1.3. <i>Concepto de crisis migratoria</i>	<i>27</i>
1.1.3.1. La perspectiva del Estado	29
1.1.3.2. La perspectiva del migrante	30
1.1.4. <i>Concepto de crisis humanitaria</i>	<i>33</i>
1.1.4.1. La perspectiva del Estado	35
1.1.4.2. La perspectiva del migrante	37
1.2. LA CRISIS MIGRATORIA EN EUROPA.....	39
1.2.1. <i>Los peligros en el mar Mediterráneo</i>	<i>39</i>
1.2.2. <i>Las dificultades a la llegada a Grecia e Italia</i>	<i>42</i>
1.2.3. <i>El fracaso de las políticas migratorias europeas y del sistema de Dublín</i>	<i>43</i>
1.2.4. <i>Obstrucción de las rutas migratorias</i>	<i>46</i>
1.2.5. <i>Las políticas de urgencia y el tratamiento político de la crisis</i>	<i>48</i>
1.2.6. <i>La política de contención de la migración y las dificultades de readmisión</i>	<i>50</i>
1.3. LA CRISIS MIGRATORIA EN MÉXICO-ESTADOS UNIDOS	52
1.3.1. <i>Los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados</i>	<i>54</i>
1.3.2. <i>El flujo migratorio haitiano</i>	<i>56</i>
1.3.3. <i>La caravana de migrantes centroamericanos</i>	<i>59</i>
1.3.4. <i>La falla del sistema de migración mexicano.....</i>	<i>66</i>
1.3.5. <i>El fracaso del sistema migratorio de los Estados Unidos.....</i>	<i>68</i>
1.4. LAS LECCIONES DE LAS CRISIS	70
1.4.1. <i>Del momento en que se decretan las crisis.....</i>	<i>72</i>
1.4.2. <i>La falla sistemática de las políticas de migración.....</i>	<i>73</i>
1.4.3. <i>Las consecuencias de la contención de la migración irregular</i>	<i>75</i>
1.4.4. <i>La imposibilidad de resolver las crisis de forma local</i>	<i>76</i>
1.5. CONCLUSIÓN	78

CAPÍTULO II**VÍNCULO ENTRE MIGRACIÓN Y SEGURIDAD NACIONAL**

INTRODUCCIÓN	81
2.1. EL PARADIGMA DE LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS.....	83
2.1.1. <i>La política migratoria de Estados Unidos.....</i>	<i>85</i>
2.1.2. <i>La política migratoria de la Unión Europea.....</i>	<i>86</i>
2.2. EL PARADIGMA DE LAS POLÍTICAS DE SEGURIDAD NACIONAL	88
2.2.1. <i>Concepto de seguridad nacional.....</i>	<i>89</i>
2.2.2. <i>Las políticas de seguridad.....</i>	<i>92</i>
2.2.2.1. La estrategia de seguridad nacional de Estados Unidos	93
2.2.2.2. La política común de seguridad y defensa en Europa.....	94
2.3. RELACIÓN ENTRE MIGRACIÓN Y SEGURIDAD NACIONAL.....	96
2.3.1. <i>Politización de la migración como amenaza a la seguridad</i>	<i>98</i>
2.3.2. <i>Los ataques terroristas de septiembre 2001</i>	<i>102</i>
2.3.2.1. Acciones entre México y Estados Unidos.....	105
2.3.2.2. Acciones entre Estados Unidos y Canadá.....	107
2.3.3. <i>Atentados terroristas de 2015 en París.....</i>	<i>108</i>
2.3.4. <i>El vínculo real entre migración y seguridad.....</i>	<i>110</i>

2.4. LAS PRÁCTICAS DE EXCLUSIÓN DE MIGRANTES POR MOTIVOS DE SEGURIDAD	112
2.4.1. <i>Prevención de la entrada irregular</i>	112
2.4.1.1. Monitoreo e intercepción de entradas irregulares	113
2.4.1.2. Despliegue de personal de migración	115
2.4.2. <i>Prácticas represivas</i>	115
2.4.2.1. Arresto y detención	116
2.4.2.2. Expulsión o deportación	119
2.5. JUSTIFICACIÓN TRADICIONAL DEL CONTROL MIGRATORIO	119
2.5.1. <i>La soberanía y el territorio</i>	121
2.5.2. <i>Libertad de circulación versus derecho a inmigrar</i>	123
2.5.3. <i>El desafío de la migración irregular</i>	125
2.6. CONSECUENCIAS DEL VÍNCULO ENTRE MIGRACIÓN Y SEGURIDAD	126
2.6.1. <i>Violación de los derechos humanos y la responsabilidad humanitaria</i>	127
2.6.2. <i>Aumento de la migración irregular</i>	128
2.6.3. <i>El tráfico de migrantes y la trata de personas</i>	129
2.6.4. <i>El movimiento anti-inmigrante y los problemas de integración</i>	131
2.7. DESVINCULACIÓN DE LA MIGRACIÓN Y LA SEGURIDAD NACIONAL	133
2.7.1. <i>Identificación de las amenazas reales</i>	134
2.7.2. <i>Enfoque global de la seguridad y su conciliación con los derechos humanos</i>	135
2.8. CONCLUSIÓN	137

CAPÍTULO III

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL EN MATERIA MIGRATORIA

INTRODUCCIÓN	140
3.1. SISTEMA INTERNACIONAL DE RESPONSABILIDADES	143
3.1.1. <i>La jurisdicción internacional</i>	145
3.1.2. <i>Elementos de la responsabilidad internacional</i>	149
3.1.3. <i>El interés jurídico y su relación con el daño</i>	151
3.1.4. <i>Subjetividad jurídica internacional del individuo</i>	152
3.2. RESPONSABILIDAD MORAL DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL	154
3.2.1. <i>Fundamento de la responsabilidad moral</i>	156
3.2.1.1. El dilema moral embarazoso	157
3.2.1.2. Aspiración universal a la justicia: el caso Lone Teitiota	160
3.2.1.3. Rescatados en el mar: el caso Hirsi vs Italia	161
3.2.2. <i>La responsabilidad compartida</i>	162
3.2.2.1. Características de la responsabilidad compartida	163
3.2.2.2. El reparto de la carga	165
3.2.2.3. En el marco del derecho europeo	167
3.2.2.4. En el marco del derecho interamericano	169
3.2.3. <i>La práctica de transferencia de responsabilidades a un tercer país seguro</i>	171
3.2.4. <i>La responsabilidad de los países de tránsito</i>	172
3.2.5. <i>La responsabilidad de las organizaciones internacionales</i>	175
3.3. LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER	177
3.3.1. <i>Origen y evolución de la responsabilidad de proteger</i>	178
3.3.2. <i>La doctrina de la responsabilidad de proteger</i>	180
3.3.3. <i>El reconocimiento de la responsabilidad de proteger</i>	182
3.3.4. <i>Elementos de la responsabilidad de proteger</i>	185
3.4. HACIA NUEVAS BASES PARA LA RESPONSABILIDAD COMPARTIDA	187
3.4.1. <i>Responsabilidad común pero diferenciada</i>	190
3.4.2. <i>La responsabilidad durable</i>	191
3.4.3. <i>El Pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular</i>	193
3.5. CONCLUSIÓN	196

CAPÍTULO IV

GOBERNABILIDAD DE LAS MIGRACIONES INTERNACIONALES

INTRODUCCIÓN	199
4.1. NIVELES DE GOBERNABILIDAD Y COMPETENCIA EN MATERIA MIGRATORIA.....	202
4.1.1. <i>La lógica del derecho migratorio por niveles</i>	204
4.1.1.1. El derecho migratorio nacional	205
4.1.1.2. El derecho migratorio internacional	206
4.1.1.3. Las problemáticas de implantación a nivel local	207
4.1.1.4. El principio de subsidiariedad en materia migratoria	209
4.1.2. <i>Técnicas de la regulación internacional de las migraciones</i>	211
4.1.2.1. Binacionalismo, regionalismo y transnacionalismo	211
4.1.2.2. Creación de categorías migratorias	212
4.2. LA COMPLEJIDAD DEL RÉGIMEN APLICABLE EN CASO DE CRISIS MIGRATORIA	213
4.2.1. <i>La complejidad derivada de las entradas masivas de personas</i>	216
4.2.2. <i>La respuesta basada en la victimización</i>	217
4.2.3. <i>El juego de la jurisdicción y de la competencia</i>	219
4.3 INTERACCIONES Y COEXISTENCIA EN MATERIA MIGRATORIA	220
4.3.1. <i>El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)</i>	223
4.3.2. <i>La Organización Internacional para las Migraciones</i>	226
4.3.3. <i>La Cruz Roja Internacional</i>	229
4.4. LAS TRES VERTIENTES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA HUMANA.....	231
4.3.1. <i>El derecho internacional de los derechos humanos</i>	233
4.3.1.1. La lógica de la aplicación de los derechos humanos al derecho migratorio	233
4.3.1.2. Técnicas de gobernabilidad en materia migratoria	234
4.3.1.3. Análisis escalar de los derechos humanos	236
4.3.1.4. El juego jurisdiccional	237
4.3.2. <i>El derecho internacional humanitario</i>	238
4.3.2.1. La lógica	238
4.3.2.2. Técnicas	239
4.3.2.3. Análisis escalar	240
4.3.2.4. El juego jurisdiccional	241
4.3.3. <i>El derecho internacional de los refugiados</i>	242
4.3.3.1. La lógica	242
4.3.3.2. Técnicas	244
4.3.3.3. Análisis escalar	245
4.3.3.4. El juego jurisdiccional	247
4.5. INSTRUMENTOS COMPLEMENTARIOS DEL DERECHO MIGRATORIO INTERNACIONAL.....	249
4.5.1. <i>Protección complementaria</i>	250
4.5.2 <i>Soft law</i>	252
4.6. CONCLUSIÓN	253

CAPÍTULO V

HACIA UN DERECHO MIGRATORIO INTERNACIONAL

INTRODUCCIÓN	257
5.1. MARCO TEÓRICO PARA LA RECONSTRUCCIÓN	259
5.1.1. <i>La situación ideal</i>	260
5.1.1.1 Gobernabilidad global	261
5.1.1.2 Derecho internacional para la humanidad	265
5.1.2. <i>La situación real</i>	267
5.1.2.1. La visibilidad generadora de derechos	267
5.1.2.2. El reclamo legítimo de derechos humanos	269
5.1.3. <i>La situación posible</i>	271
5.1.3.1. Reconstruir respetando la soberanía de los Estados	273

5.1.3.2. Reconstruir con base en el reclamo de los migrantes.....	275
5.2. LOS LÍMITES DE ACCIÓN DE LOS ESTADOS.....	278
5.2.1. <i>Las fallas reconocidas.....</i>	280
5.2.1.1. Falta de preparación para las crisis.....	280
5.2.1.2. Xenofobia y movimientos anti-migración.....	281
5.2.1.3. Tráfico de personas, trata humana y esclavitud	282
5.2.2. <i>Capacidad financiera.....</i>	282
5.2.2.1. El reparto de la carga.....	283
5.2.2.2. La falta de personal.....	284
5.2.2.3. La falta de espacios	285
5.3. NUEVA CONCIENCIA Y NUEVAS HERRAMIENTAS	286
5.3.1. <i>La dignidad como base del deber de humanidad.....</i>	288
5.3.2. <i>La crisis como preocupación común de nuestra humanidad.....</i>	291
5.3.3. <i>La responsabilidad de la comunidad internacional.....</i>	293
5.3.4. <i>La conciencia colectiva.....</i>	301
5.4. LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LAS CRISIS	303
5.4.1. <i>La situación de gobernabilidad.....</i>	305
5.4.1.1. Crisis como concepto jurídico	306
5.4.1.2. Movimientos masivos de migración	307
5.4.2. <i>Cambio de nivel de gobernabilidad.....</i>	307
5.4.2.1. La inter-legalidad	309
5.4.2.2. La creación de espacios	310
5.4.3. <i>Atribución de competencias.....</i>	311
5.4.3.1 El rol de los organismos internacionales	312
5.4.3.2. El rol de los municipios y de la sociedad civil	314
5.4.4. <i>Cómo: Técnicas – Régimen de responsabilidades</i>	316
5.5. CONCLUSIÓN	318
CONCLUSIONES.....	320
BIBLIOGRAFÍA GENERAL.....	334

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, los movimientos masivos de personas han llamado la atención gracias a la cobertura mediática del fenómeno. Ya sea la imagen de los barcos que transportan migrantes en el Mediterráneo, la de los migrantes que viajan encima del tren llamado “la bestia” para atravesar el territorio mexicano, las caravanas de migrantes, o la de los campos de refugiados y centros de detención, así como las imágenes de ahogamiento en el mar, asfixia en camiones, abuso físico, acoso, y la detención en condiciones inaceptables, provocan un cierto malestar y reacciones que van desde la compasión hasta el repudio y el miedo. Basta con hacer una simple búsqueda de imágenes en Internet con el término “refugiado” o “migrante” para darse cuenta de que la forma de presentarlos es frecuentemente en términos de “masas”. De ese modo, a menudo, se muestra la migración como fuente de tensión, y a los seres humanos que se encuentran en los flujos migratorios, como meras cifras. Así, se ha ido identificado a los desplazamientos masivos con la palabra “crisis”, como si la etiqueta dependiera únicamente del número de personas que se desplazan.

Sin duda, la visibilidad de las migraciones es un indicador de una situación que se está saliendo de control o simplemente de que se ha llegado demasiado tarde ante una situación de urgencia¹. No obstante, desgraciadamente, la atención mediática ha provocado la desinformación, puesto que es imposible generalizar frente a un fenómeno tan complejo como son las migraciones². Simplemente, la terminología utilizada, tanto por la prensa como por los políticos, confunde la mayoría de las veces pues todo parece depender de quién y cómo se presenta la información. Muchos políticos se refieren a esos movimientos como una amenaza a la identidad y a la seguridad, por lo que la crisis se decreta con base en la percepción de una amenaza. Asimismo, las personas en movimiento son

¹ Se estima que al menos 50 000 personas, entre ellas, miles de niños, han muerto en los últimos veinte años tratando de cruzar fronteras internacionales. Véase OIM, “Base de datos de migrantes desaparecidos”, <https://missingmigrants.iom.int/>.

² Véase por ejemplo United Nations High Commission for Refugees, *Press Coverage of the Refugee and Migrant Crisis in the EU: A Content Analysis of Five European Countries*, Cardiff School of Journalism, Media and Cultural Studies, Diciembre 2015; véase también “La información sobre los migrantes y la migración en los medios de comunicación”, en Organización Internacional para las Migraciones, *Informe sobre las migraciones en el mundo 2018*.

frecuentemente percibidas no como víctimas, sino como invasores peligrosos o terroristas en potencia.

No existe pues, una visión compartida de lo que significa una crisis migratoria, lo cual evidentemente complica su gestión. Por ejemplo, muy pocos se atreven a utilizar el término “crisis de refugiados” cuando se trata de movimientos masivos, pues el marco jurídico aplicable a los refugiados es muy estricto y obliga a los Estados a actuar de forma inmediata, de conformidad con sus obligaciones internacionales. Además, hay personas que no tienen derecho a la condición de refugiado, pero que son vulnerables y necesitan protección debido a la situación en sus países de origen o a la forma en que se ven obligados a desplazarse. El término privilegiado para referirse a dichos movimientos es el de “flujos migratorios mixtos”. Este último punto es el que más han analizado los investigadores, exigiendo a los Estados una respuesta coherente con el derecho internacional.

Ahora bien, aunque las crisis migratorias no son nuevas en la historia de la humanidad, existen múltiples factores que permiten suponer que el fenómeno irá en aumento, sobre todo por el incremento de la violencia y la cantidad de conflictos prolongados, los cambios climáticos, las grandes brechas de desigualdad y el desarrollo de la globalización³. Como el problema no radica únicamente en el número de personas que intentan ingresar en un territorio, sino también en la poca voluntad política para aceptar la responsabilidad internacional de flujos migratorios mixtos y, como es imposible determinar en un breve periodo de tiempo quiénes sí cumplen con los requisitos para calificar como refugiados, las políticas migratorias se han ido endureciendo para mantener los más lejos posible a dichos flujos, algo que los investigadores han venido denunciando igualmente, pues no solo se han construido más barreras, sino que se ha ido erigiendo toda una industria para controlar la migración, en la que participan incluso empresas privadas que se han

³ Véase por ejemplo, Castles, Stephen y Miller, Mark, *The age of migration: International population movements in the modern world*, Basingstoke, Macmillan, 1993. Ya en 1993, estos autores advertían del crecimiento inhabitual de las migraciones internacionales debido a los procesos económicos, demográficos, sociales, políticos y ambientales y profetizaban la aceleración en el futuro y el resultado nefasto. Véase también, Organización Internacional para las Migraciones, *Informe sobre las migraciones en el mundo 2018*.

hecho cargo de una amplia gama de funciones que normalmente son ejercidas por los Estados para detectar, controlar, detener y deportar a los migrantes⁴.

Lo preocupante de la situación, es que, a pesar de los esfuerzos para controlar y restringir la migración, los movimientos migratorios van en aumento a través de vías irregulares, con un incremento considerable del crimen organizado relacionado con el tráfico de personas. Los movimientos migratorios masivos vienen de hecho a poner en entredicho la capacidad de los Estados para controlar las migraciones, sobre todo porque la falta de control provoca crisis humanitarias, pues por su propia naturaleza las medidas restrictivas son contrarias a la protección de la dignidad y la seguridad de los seres humanos, quienes se ven obligados a embarcarse en viajes más peligrosos, son abandonados en pésimas condiciones o se quedan varados en las fronteras. Estas medidas también suelen agudizar la xenofobia y producen efectos contrarios a la finalidad de cooperación internacional con la que se fue construyendo la comunidad internacional.

En realidad, pareciera que las crisis migratorias y humanitarias están empeorando con las políticas migratorias que se han ido instaurando como respuesta a los desplazamientos masivos. En este punto es importante destacar que cuando los problemas jurídicos se reiteran en la vida social sin ningún tratamiento jurídico-científico, en realidad no se está solucionando el problema. La gravedad del problema y la incapacidad para responder rápidamente sugieren que la ayuda humanitaria no sirve de nada sin el análisis profundo de cada uno de los elementos de la crisis. Si nuestra creatividad como juristas nos ha permitido justificar la creación y la existencia del derecho migratorio, mucho nos queda todavía por hacer para evitar las tragedias humanitarias y la criminalidad internacional relacionadas con ellas.

En ese contexto, consideramos importante destacar que el debate en torno al fenómeno de la migración se plantea frecuentemente en términos de jurisdicción territorial. De ese modo, las investigaciones sobre la gobernabilidad del fenómeno continúan centrándose en el papel del Estado, en las obligaciones

⁴ Véase por ejemplo Gammeltoft-Hansen, Thomas y Ninna Nyberg Sørensen, ed., *The migration industry and the commercialization of international migration*, Estados Unidos, Routledge, 2013.

internacionales de los Estados y en el deber de protección que deriva de su rol estatal. Además, el derecho migratorio es tradicionalmente un campo fragmentado, ya que existen diferentes ordenamientos jurídicos, actores institucionales y organismos no gubernamentales que se ocupan de la protección, admisión, integración, asilo, mercado laboral, cooperación internacional, derechos humanos, desarrollo, etc. Nuestra investigación nos permitió detectar al menos tres corrientes de investigación sobre el tema: (i) la que defiende la soberanía de los Estados para decidir sus políticas migratorias⁵; (ii) la que pone en evidencia el sufrimiento humano que ello genera⁶; (iii) la que plantea la necesidad de una gobernabilidad mundial de las migraciones⁷. En algunas corrientes más radicales, se replantea el significado de la soberanía estatal, para incluso poder obligar a los Estados a recibir a ciudadanos de otros países. Sea como sea, la conclusión pareciera ser siempre la misma: los Estados juegan un rol esencial para la gestión de las migraciones.

Al iniciar nuestra investigación tuvimos que decidir la corriente que seguiríamos para sostener nuestra tesis. Rápidamente, nos dimos cuenta de que ninguna de esas corrientes era suficiente para proponer alternativas viables para la gobernabilidad de las crisis migratorias debido a la complejidad del fenómeno. Nuestra intuición nos dejó entrever que, aunque el derecho se construye en términos generales, al momento de estudiar un fenómeno tan complejo se debe evitar caer en generalizaciones, por lo que decidimos abocarnos exclusivamente al fenómeno de crisis. Por desgracia, no es tan difícil entender por qué ocurren los fenómenos de crisis, lo que es más difícil de entender es por qué los esquemas

⁵ Véase por ejemplo, Wimmer, Andreas y Nina Glick Schiller, "Methodological Nationalism, the Social Sciences, and the Study of Migration: An Essay in Historical Epistemology," *International Migration Review*, núm. 3, 2003, pp. 576–610.

⁶ Por ejemplo, Castles, Stephen y Mark J. Miller, *cit.*; Betts, Alexander, *Survival Migration, Failed Governance and the Crisis of Displacement*, Estados Unidos, Cornell University Press, 2013.

⁷ Betts, Alexander, ed., *Global Migration Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2011; Hansen, Randall, Koehler, Jobs y Jeannette Money, eds., *Migration, the Nation-State and International Cooperation*, Londres, Routledge, 2011; Koser, Khalid, "International Migration and Global Governance," *Global Governance* 16, no. 3, 2010, pp. 301–316; Koslowski, Rey, ed., *Global Mobility Regimes*, Basingstoke, Reino Unido, Palgrave Macmillan, 2011; Kunz, Rahel, *et. al.* eds., *Multi-Layered Migration Governance*, Londres, Routledge, 2011; Newland, Kathleen, "The Governance of International Migration: Mechanisms, Processes and Institutions," *Global Governance* 16, no. 3, 2010, pp. 331–344; Gammeltoft-Hansen, Thomas, *Access to Asylum: International Refugee Law and Globalisation of Migration Control*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

jurídicos en vigor han fracasado. Por ello, consideramos que el primer paso para abordar este problema tan complejo es entenderlo.

El objetivo principal de nuestra tesis es entonces proporcionar una explicación convincente de la lógica detrás del fracaso, para después proponer una alternativa para la reconstrucción del régimen jurídico internacional aplicable a las migraciones en periodos de crisis. En ese contexto, nuestra investigación se basó en la siguiente pregunta: ¿Cómo se puede construir un marco jurídico capaz de anticipar y gestionar de manera efectiva las situaciones de crisis migratoria y humanitaria?

Para responder a esta pregunta, estructuramos nuestra investigación a partir de una línea específica basada en la idea de que *solo una comprensión integral de los elementos generadores de tensión, así como el cambio de percepción sobre su significado, permitirán el establecimiento de los postulados necesarios para la reconstrucción del derecho migratorio internacional aplicable en periodos de crisis*. En otras palabras, si estudiamos las migraciones en términos de crisis, no solo cambia la forma de ver la migración, sino podemos proponer alternativas de gobernabilidad. En ese contexto, el primer paso consiste en determinar qué es lo que ha fallado, para enseguida analizar cuál es la estructura jurídica coherente que justificaría mejor la regulación de los flujos masivos de migración. El siguiente paso consiste en determinar en qué nivel sería más lógico que se realizara la gobernabilidad con el objetivo de otorgar la competencia necesaria para su ejercicio.

Sin querer desechar por completo ninguna de las investigaciones que se han realizado sobre el tema, nos propusimos entretelar las diferentes opiniones para proponer alternativas. Para ello, planteamos desde el principio que ciertas situaciones salen de la esfera puramente estatal para situarse en otro plano. Si bien no se puede descartar el rol del Estado, nos parece que el propio concepto de crisis nos indica que se debe replantear el papel que juega el Estado, pero a través de otra lógica.

Nuestro esfuerzo de reconstrucción implica pues, por un lado, un cambio en la percepción de los componentes de las crisis migratorias y humanitarias y,

por otro lado, aceptar que el derecho internacional comprende no solo los tratados y convenios entre Estados, sino también los principios que derivan de nuestra humanidad común⁸.

Por lo que respecta a los componentes de las crisis migratorias y humanitarias, nos basamos en la teoría del derecho como sistema social de Niklas Luhman⁹, para quien las tensiones son comunicaciones jurídicas y, considerando que la función del derecho es estabilizar las expectativas normativas, el derecho responde únicamente si las mismas entran en su lógica. Así, esa teoría es útil para determinar las expectativas normativas de los actores involucrados: por un lado, la expectativa del Estado de preservar su poder soberano y, por otro lado, la expectativa de los seres humanos en movimiento de poder realizar un reclamo legítimo, con fundamento en su dignidad humana, ante una autoridad competente.

En ese orden de ideas, nuestro planteamiento consiste básicamente en reconocer que los Estados, al declararse incompetentes en una cierta situación de gobernabilidad, están reconociendo que se tiene que ejercer otro tipo de jurisdicción, a partir de otra lógica, la cual, intuimos, es la legitimación de una jurisdicción internacional basada en un deber de humanidad. Nuestro desafío consiste entonces en justificar cómo es que la idea de nuestra humanidad común da fundamento a la obligación moral de la comunidad internacional, con el fin de construir la responsabilidad jurídica de dicha comunidad y plantear un régimen de competencias a nivel internacional en caso de crisis migratorias y humanitarias.

Resulta pertinente aclarar que nuestra tesis no pretende plantear o replantear una teoría general del derecho, ni mucho menos dilucidar las características esenciales de todos los derechos; nuestro objetivo está realmente circunscrito a la búsqueda de la mejor forma de realizar la gobernabilidad en casos muy específicos de crisis. Por lo tanto, no es de nuestro interés entrar en las discusiones filosóficas clásicas sobre la naturaleza del derecho, ni defender una

⁸ Las bases de ese derecho han sido citadas varias veces en los diferentes instrumentos de la Organización de Naciones Unidas. Véase, por ejemplo, Informe del Secretario General para la Cumbre Humanitaria Mundial, “Una humanidad: nuestra responsabilidad compartida”, Resolución A/70/709 del 2 de febrero de 2016.

⁹ Véase Luhman, Niklas, *Law as a social system*. Trad. par Klaus A. Ziegert, Oxford-University Press, Estados Unidos, 2004.

u otra vertiente de la filosofía del derecho; sin embargo, debido a las lagunas que existen en materia migratoria que siguen provocando situaciones de crisis, inevitablemente dependemos de una teoría “adecuada” de la naturaleza del derecho que nos permita plantear, de la mejor forma posible, nuestra propuesta de reconstrucción del derecho migratorio internacional. De ese modo, siguiendo nuestro planteamiento, necesitamos una teoría que nos permita justificar la responsabilidad jurídica de la comunidad internacional. En ese contexto, nos parece pertinente la teoría del derecho de Ronald Dworkin quien recomienda que en el tratamiento de los problemas jurídicos adoptemos el enfoque de la integridad, es decir, que analicemos el derecho como si fuera el producto de una persona coherente e íntegra moralmente que tratará el problema desde la mejor perspectiva posible¹⁰. Aunque fuertemente criticada¹¹, la teoría de Dworkin tiene la ventaja de permitir la búsqueda de alternativas sustentadas en un conjunto de principios que la propia evolución de las relaciones internacionales ha ido legitimando.

Hechas estas aclaraciones, nos parece necesario exponer, en primer lugar, el principio sobre el cual se sustentan las obligaciones de la comunidad internacional, el cual consideramos es el de la dignidad humana, según la concepción clásica de Emanuel Kant, citado frecuentemente para justificar los derechos humanos universales¹². En su libro *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* Kant escribe lo siguiente: “En el reino de los fines todo tiene o un precio o una dignidad. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad”. Kant escribe más adelante que “(...) la dignidad de la humanidad consiste precisamente en esa capacidad de ser legislador universal”¹³. En ese sentido, la dignidad deriva de una predisposición,

¹⁰ Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Estados Unidos, Harvard University Press, 1986, pp. 188-189.

¹¹ Véase por ejemplo Leiter, Brian, “The end of empire: Dworkin and jurisprudence in the 21st century”, *Rutgers Law Journal*, vol. 36, núm. 1, 2004, pp.165-181.

¹² Véase por ejemplo, Habermas, Jürgen, “La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, tr. Juan Luis Fuentes Osorio, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, pp. 105-121.

¹³ Kant, Emmanuel, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, texto íntegro de la traducción de Manuel García Morente, Puerto Rico, Edición de Pedro M. Rodario Barbosa, p. 81.

de una capacidad, de una potencialidad de la humanidad y por ello, el ser humano debe hacerse digno de la humanidad y superar su condición natural básica para alcanzar un cierto modelo de perfección moral, una obligación a desarrollar por parte de cada individuo¹⁴. Así, el imperativo categórico para alcanzar esa dignidad es: “Obra de tal modo que uses la humanidad siempre como un fin y nunca solamente como un medio”. En el mismo sentido, Dworkin resume los dos principios que definen las bases y las condiciones de la dignidad humana: (i) toda vida humana tiene un valor potencial intrínseco y (ii) todos tienen la responsabilidad de hacer realidad ese valor en su propia vida¹⁵, por lo que “no puedes actuar de una manera que niega la importancia intrínseca de cualquier vida humana sin un insulto a tu propia dignidad”¹⁶.

La preocupación por la humanidad, por lo tanto, es preocupación por todos los seres humanos y las condiciones que todos enfrentan. Por ese simple hecho, las personas en movimiento deberían importarnos porque en su humanidad nuestra humanidad está en juego. El problema se presenta cuando se trata de determinar quién debe garantizar esa dignidad. Tradicionalmente, se ha argumentado que es el Estado en cuya jurisdicción se encuentra una persona. Todo radica entonces en la noción jurídica de la jurisdicción, es decir, que algún Estado debe reconocer que tiene jurisdicción sobre esa persona para poder garantizarle sus derechos. Ahora bien, cuando se trata de entradas masivas, es imposible determinar la jurisdicción de un solo Estado, por ello planteamos que la responsabilidad, cuando no es del Estado, es de la comunidad internacional. Ello se complementa con la idea de que, al declararse una crisis, es el propio Estado el que acepta que no puede gobernar una cierta situación y hace un llamado a la comunidad internacional, por lo que, en palabras de Dworkin, eso sería suficiente para que sea considerado como vinculante para todas las naciones¹⁷. Con base

¹⁴ Véase el análisis realizado por Pele, Antonio, “Kant y la dignidad humana”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, núm. 111, julio-diciembre 2015, pp. 15-46.

¹⁵ Dworkin, Ronald, “Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate”, Princeton University Press, online edition, 2008, p. 5.

¹⁶ *Ibid.*, p. 10.

¹⁷ Dworkin, Ronald, “A New Philosophy for International Law”, *Philosophy & Public Affairs* vol. 41, núm. 1, 2013, p. 6.

en esas ideas, el fundamento para la reconstrucción del derecho migratorio internacional estaría en lo que Dworkin denomina “obligación asociativa”¹⁸, pues coincidimos en que las obligaciones entre los Estados se crean no solamente por consentimiento, sino por la fuerza moral de la relevancia de gobernar un fenómeno en un orden internacional satisfactorio¹⁹.

Así pues, el tipo de reconstrucción que proponemos exige un esfuerzo teórico sobre el tipo de comunidad internacional que existe y sobre el que se necesita para realizar la gobernabilidad de las crisis. Para ello, es necesario reconocer que la comunidad internacional no precede a la existencia de los Estados, de las relaciones internacionales entre ellos y de su regulación por medio del derecho internacional. Además, tenemos que ir más allá del simple concepto de sociedad de Estados que reduce el derecho internacional a la voluntad de los Estados manifestada exclusivamente a través de los tratados internacionales²⁰.

Siguiendo esas ideas, estructuramos nuestra tesis con el objetivo de demostrar primero que los Estados no tienen la capacidad de gestionar solos las crisis migratorias, y aunque en algunos casos sí la tienen, se declaran rebasados por la situación, por los motivos siguientes:

1. El derecho migratorio se ha ido construyendo a partir de una lógica puramente nacional para controlar las entradas a un territorio soberano. Ello explica por qué, en caso de un aumento significativo de entradas, un Estado se declara en crisis migratoria.

2. El problema no es la declaración de la crisis, sino la forma de responder a ella, la cual se ha ido realizando como una reacción, con un argumento de seguridad nacional, provocando crisis humanitarias.

3. La misma lógica hace un llamado a una responsabilidad compartida, la cual no es más que un llamado a una supuesta obligación moral de los Estados, pero que no puede concretarse siguiendo la lógica actual.

¹⁸ *Ibid.*, p. 11.

¹⁹ *Ibid.*, p. 20.

²⁰ Véase por ejemplo la argumentación en favor de la concepción de las relaciones internacionales como una sociedad en lugar de comunidad de Antonio Poch y G. de Caviedes, “Comunidad internacional y sociedad internacional”, *Revista de Estudios Políticos*, vol. II, núm. 12, noviembre-diciembre de 1943, pp. 341-400.

4. La construcción del derecho migratorio internacional se ha ido realizando de forma tímida e incoherente, se encuentra disperso en múltiples instrumentos y diferentes organismos internacionales, lo que dificulta su aplicación eficaz en periodos de crisis.

5. El reclamo de los seres humanos en movimiento, el dilema que eso genera para los Estados y la vergüenza colectiva en términos de nuestra humanidad común, nos llevan a plantear la necesidad de cambiar la forma de gestionar las crisis, a través de un cambio en el nivel de gobernabilidad, es decir, un planteamiento de reconstrucción del derecho migratorio internacional a partir de una nueva competencia vertical, en materia de crisis y movimientos migratorios mixtos.

Nuestra metodología consistió en determinar primero qué es lo que no está funcionando, a través de un diagnóstico del presente, es decir, qué es lo que sabemos y por qué es problemático. Para ello, utilizamos los ejemplos de crisis migratorias y humanitarias en Europa y en la frontera de México y Estados Unidos. En seguida, nos dimos a la tarea de analizar cada uno de los componentes del problema para así poder plantear los elementos de la reconstrucción. Para ello, en un primer tiempo, utilizamos los más recientes informes elaborados por organismos gubernamentales y no gubernamentales. En los casos en los que no existen informes oficiales, utilizamos las noticias periodísticas, para lo cual nos basamos en la proximidad y la credibilidad de las fuentes de información que relatan únicamente hechos y no opiniones. En un segundo tiempo, analizamos las opiniones de investigadores y autores destacados en la materia y, ello, por orden de pertinencia, es decir, privilegiamos a los investigadores europeos para analizar la crisis en Europa y a los investigadores mexicanos y americanos para analizar la crisis en la frontera entre México y Estados Unidos. Para los temas más generales, escogimos a los autores que trataban de una forma más directa los temas en los que se basó nuestra argumentación.

Así, aunque una gran parte de nuestra investigación consistió en recopilar y sintetizar las investigaciones que se han realizado sobre el derecho migratorio en general y sobre la gobernabilidad de las migraciones en particular, nuestra

intención es ubicar a las migraciones masivas en torno a un conjunto de temas que abarcan construcciones jurídicas enraizadas (migrantes/Estados) y transformaciones sociales visibles (local / global), para revisar la forma en que se realiza la gobernabilidad a través de nociones más generales como el “deber de humanidad”. Por ello, nos enfocamos en el análisis de las circunstancias y detalles de los hechos; las partes involucradas; los intereses en juego; las consideraciones morales, sociales y políticas; la utilidad; el examen de las políticas gubernamentales; análisis del régimen jurídico en vigor, y de los nuevos conceptos desarrollados por la comunidad internacional para justificar la preocupación común en términos de humanidad.

En el primer capítulo nos dimos a la tarea de analizar dos crisis migratorias y humanitarias específicas: la crisis en Europa y la crisis en la frontera entre México y Estados Unidos, en el periodo que va de 2014 a 2018. Numerosas crisis migratorias se están viviendo actualmente en el mundo entero, sin embargo, para efectos de nuestra tesis, nuestra elección se hizo con base en la visibilidad de dichas migraciones por la Unión Europea y Estados Unidos, y considerando el amplio impacto que tiene la forma de gobernarlas para el mundo entero. Considerando la complejidad de las crisis, decidimos basar nuestro análisis en la metodología de Edgar Morin que él mismo ha denominado “crisología”²¹, la cual consiste en el análisis de las crisis como una constelación de nociones interrelacionadas²². A través de ese análisis, realizamos un diagnóstico de los elementos constitutivos de dichas crisis, las fallas en la regulación migratoria en vigor, nacional e internacional, y las áreas de oportunidad para su regulación efectiva.

Considerando que, del análisis realizado en el primer capítulo, la respuesta de los Estados a los movimientos masivos de migración es el de la contención basada en un discurso seguridad nacional, en el segundo capítulo realizamos un análisis teórico sobre el significado de la seguridad nacional y sus implicaciones en materia de migración, sobre todo por lo que respecta a los derechos humanos.

²¹ Morin, Edgar, « Pour une crisologie », *Communications*, vol. 91, núm. 1, 2012, www.cairn.info/revue-communications-2012-2-page-135.htm.

²² *Ibid.*, p. 136.

En ese sentido, analizamos la forma en que se formó el vínculo, así como los argumentos que se han utilizado para justificarlo y legitimarlo. Al final, realizamos un diagnóstico sobre lo que realmente está sucediendo y lo que objetivamente se puede hacer, a partir de lo que los Estados están dispuestos a aceptar. Así, al conocer la lógica subyacente, podemos determinar lo que el derecho nacional no está dispuesto a aceptar y de ese modo, sentar las bases para aceptar a las crisis y a los movimientos masivos de migración como una comunicación jurídica a partir de otra lógica.

En el tercer capítulo desarrollamos el argumento consistente en que la responsabilidad internacional en materia migratoria hasta el momento no es más que un discurso moral, pero que su propio desarrollo basado en distintos principios del derecho positivo internacional podría permitirnos incorporar ese discurso en nuestra propuesta de reconstrucción. Por ello, en el tercer capítulo exponemos las diferentes formas de responsabilidad internacional, los nuevos conceptos de responsabilidad moral como la responsabilidad compartida, la responsabilidad común, la responsabilidad de proteger, la responsabilidad durable y los nuevos principios de responsabilidad que derivan de los Pactos sobre refugiados y sobre la migración segura, ordenada y regular.

En el capítulo cuarto analizamos el régimen jurídico migratorio internacional a partir de la idea de complejidad, así como el régimen de competencias establecido según la lógica y las técnicas de cada nivel de gobernabilidad. Con ello, pudimos identificar las diferentes tensiones para extraer las expectativas normativas generadas por los movimientos masivos de personas. Para realizar nuestro análisis, decidimos seguir la metodología propuesta por Mariana Valverde, para analizar los niveles de gobernabilidad a partir del concepto jurídico de competencia²³. Así, exponemos los grandes postulados del marco jurídico internacional vigente, su lógica, las diferentes técnicas de regulación internacional

²³ Valverde, Mariana, "Jurisdiction and scale: legal 'technicalities' as resources for theory", *Social & Legal Studies* vol. 18, num. 2, 2009, pp. 139–157.

y el derecho internacional para la humanidad, en los términos planteados por Antonio Cançado Trindade²⁴.

En el capítulo quinto nos abocamos al planteamiento central de reconstrucción y a la respuesta integral de la pregunta de investigación. Para ello, partimos de las dos expectativas normativas detectadas, y exponemos los principales argumentos para la reconstrucción vertical del derecho migratorio internacional. Para la elaboración de los principios que deben contenerse en el derecho migratorio internacional, partimos de la metodología propuesta por Léio Mármora, para quien, al momento de plantear una política de migración internacional, es necesario diferenciar tres tipos de situaciones: la ideal, la real y la posible²⁵. Nuestra propuesta se basa en la última situación, en la que es posible siguiendo el estado actual del derecho migratorio y del orden jurídico internacional. Esa depuración nos permitió plantear los elementos de tal reconstrucción: qué, es decir la situación de gobernabilidad; dónde, es decir, el territorio de aplicación o escala de gobernabilidad; quién, es decir, la autoridad competente; cómo, es decir, las técnicas para realizar la gobernabilidad.

Así pues, nuestra propuesta concreta se basa en los postulados siguientes: (i) definición de los movimientos masivos de migración y de las crisis; (ii) reconocimiento de la humanidad como valor basado en la idea de la dignidad humana; (iii) necesidad de cambiar el nivel de gobernabilidad; (iv) establecimiento de un régimen de responsabilidades (garantías). Defendemos la reconstrucción como una alternativa de gobernabilidad, y con la convicción de que existen algunas posibilidades interesantes, algunos gestos esperanzadores, y muchas piezas útiles disponibles para la tarea. Nuestra contribución consiste entonces en una propuesta para cambiar no solo la forma en que se realiza la gobernabilidad, sino en la que se han venido realizando las investigaciones, con el fin de desarrollar una visión jurídica homogénea de los movimientos masivos de migración generadores de crisis, siendo la finalidad última la de proponer

²⁴ Cançado Trindade, Antonio Augusto, *International Law for Humankind : Towards a New Jus Gentium*, Estados Unidos, Brill, 2013.

²⁵ Mármora, Lelio, *Las políticas de migraciones internacionales*, Organización Internacional para las migraciones, Paidós, Buenos Aires, 2002, p. 79.

alternativas para asegurar un trato más digno para las personas que no tienen otra opción más que la de moverse en grupos hacia otros países.

Con nuestra tesis creemos estar dando un paso más en el avance de la investigación jurídica en el tema, poniendo todas las piezas del rompecabezas en su lugar para plantear la posibilidad de crear un nuevo orden que no solamente acepte a las crisis migratorias como comunicación jurídica, sino que sea congruente con el discurso universal de respeto a los derechos humanos, para lo cual es necesario garantizar que dichos derechos pueden ser ejercidos.

CAPÍTULO I

CRISIS MIGRATORIA Y CRISIS HUMANITARIA

Introducción

Aunque los desplazamientos forzados y la migración en general no son fenómenos nuevos, existen múltiples factores que han llevado a los especialistas en la materia a considerar que la humanidad se está enfrentando a una de las peores crisis globales en materia migratoria¹. Por un lado, el control migratorio que tradicionalmente está reservado a las políticas internas de los Estados se encuentra actualmente en el núcleo de los problemas globales de la humanidad. Por otro lado, el marco jurídico sobre el cual se han ido construyendo los principios internacionales de protección internacional, de cooperación y de responsabilidad compartida, con los múltiples tratados en materia de derechos humanos, derecho humanitario y de derechos de los refugiados, pareciera estar igualmente en crisis. Ante esa complejidad nos surge la siguiente pregunta: ¿Qué elementos de las crisis migratorias deben tomarse en consideración en la reconstrucción del marco jurídico migratorio internacional?

Para responder dicha pregunta el primer problema al que nos enfrentamos es del orden conceptual, puesto que, por su propia naturaleza, las crisis migratorias implican a una serie de actores, situaciones, eventos, normas y tensiones que dificultan la generalización. Esto significa que, para estar en condiciones de elaborar postulados generales, es preciso tomar en consideración la complejidad propia de cada crisis migratoria. En ese contexto, hemos elegido analizar dos crisis migratorias y humanitarias específicas: la crisis en Europa y la crisis en la frontera entre México y Estados Unidos, las cuales perduran hasta la fecha de redacción de esta tesis. Así pues, el objetivo del presente capítulo es identificar los elementos constitutivos de dichas crisis, las fallas en la regulación migratoria en vigor, nacional e internacional, e identificar las áreas de oportunidad para su regulación efectiva.

¹ Según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, en 2017 había 68 millones de personas desplazadas en el mundo. Véase UNHCR, « Global trends: Forced displacement in 2017 », <http://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/5b27be547/unhcr-global-trends-2017.html>.

Con el fin de avanzar en nuestro razonamiento para la comprobación de nuestra hipótesis general, en el presente capítulo planteamos el argumento de que tanto la crisis migratoria como la humanitaria que deriva de ella no resultan únicamente de la pérdida de control de los flujos de migración, sino también de la falla del derecho migratorio, nacional e internacional, el cual no está diseñado para la entrada masiva de personas en un territorio.

Según lo planteado, el primer paso es entonces determinar cuál ha sido la falla. Como las dos crisis que nos hemos propuesto analizar son sumamente complejas, y con la finalidad de no perder el hilo conductor, utilizaremos la metodología de Edgar Morin que él mismo ha denominado “crisología”², la cual consiste en el análisis de las crisis como una constelación de nociones interrelacionadas³. Morin considera que se debe partir de la idea de que en todo sistema hay diferencias entre los distintos elementos que lo componen, lo cual es normal, es decir, que los distintos elementos puedan acercarse y alejarse, atraerse y excluirse, integrarse y desintegrarse, ya que con ello se asegura la supervivencia del sistema. Por lo tanto, una crisis no proviene necesariamente de una perturbación o de una ruptura, sino de la complejidad y de la inestabilidad entre dos fuerzas opuestas. “Entre más robusta sea la complejidad, la relación entre antagonismo y complementariedad se vuelve más variable e inestable, por lo que producen más fenómenos de ‘crisis’, los cuales, al desorganizar, por el hecho de transformar las diferencias en oposiciones, las complementariedades en antagonismos pueden plantear la reorganización evolutiva”⁴.

Así pues, la crisis genera incertidumbre y conflicto y, a medida que la crisis perdura, las soluciones radicales aparecen y los desórdenes aumentan. Como en periodo de crisis nada es previsible, es indispensable reorganizar el sistema, lo cual solo se puede realizar a través de la toma de conciencia de lo que está sucediendo. Es en ese marco que queremos escudriñar el significado real de las crisis migratorias. Es así que analizaremos el marco de referencia en el cual se produjeron las crisis para comprender el contexto y desentrañar los rasgos

² Morin, Edgar, « Pour une crisologie », *Communications*, vol. 91, núm. 1, 2012, pp. 135-152.

³ *Ibid.*, p. 136.

⁴ *Ibid.*, p. 141.

significativos de cada una de ellas, sin analizar los detalles que podrían encubrir dichos rasgos. Para ello, nos dimos a la tarea de examinar los diferentes informes de los organismos internacionales, las noticias más destacadas, así como los artículos académicos que se han escrito hasta el momento sobre el tema, con el fin de identificar los eventos que permiten caracterizar ambas crisis, identificar a los actores implicados, determinar las cuestiones de fondo de las crisis, delimitar lo que hasta el momento se ha dicho sobre dichas crisis e identificar su periodo crítico.

En ese orden de ideas, hemos dividido el presente capítulo en tres partes. La primera tiene como objetivo escudriñar el sentido real de la crisis migratoria y de la crisis humanitaria, ambas desde una doble perspectiva, es decir, desde la perspectiva del Estado y desde la perspectiva del migrante. En segundo lugar, analizaremos la crisis migratoria y humanitaria en Europa y en México-Estados Unidos en el periodo que va de 2014 a 2018, con el fin de destacar sus rasgos significativos, las fallas en la regulación migratoria en vigor, nacional e internacional, e identificar las áreas de oportunidad. Por último, realizaremos un trabajo de deducción a partir de lo analizado con la finalidad de determinar las lecciones de ambas crisis, específicamente para identificar los elementos que ya no pueden ser concebidos de la misma forma.

1.1. Conceptualización de las crisis

El primer problema al que nos enfrentamos al iniciar nuestra investigación fue el de delimitar exactamente la diferencia entre crisis migratoria y crisis de refugiados. Mucho se ha escrito sobre el tema, y sin embargo pareciera que el debate es más bien sobre palabras que al final llevan al mismo resultado: la crisis humanitaria. Su uso indiscriminado complica entonces el estudio riguroso de un fenómeno en particular, como lo es la crisis migratoria. Por ese motivo, es necesario aclarar a qué se refiere cada vez que se utiliza, puesto que, tal como lo señala Jane McAdam, de la fuerza que se le otorgue a dicho concepto dependerá la respuesta y la reconstrucción de las políticas⁵.

⁵ McAdam, Jane, « Conceptualizing ‘crisis migration’: a theoretical perspective », en Susan F. Martin, Sanjula Weerasinghe and Abbie Taylor (ed), *Humanitarian Crises and Migration: causes, consequences and responses*, London and New York, Routledge, 2014, p. 31.

Es importante aclarar que nuestro objetivo no es definir lo que es la crisis, sino determinar por qué algunas situaciones son etiquetadas con el término “crisis migratoria” o “crisis humanitaria”.

1.1.1. Migrantes, refugiados, irregulares, desplazados

Cuando se habla de desplazamientos masivos, los términos "solicitante de asilo", "refugiado" y "migrante" se utilizan a menudo como sinónimos. Sin embargo, para efectos de nuestra investigación es importante distinguirlos. A tal efecto, nos parece pertinente la utilización de las definiciones establecidas por la Organización Internacional para las Migraciones⁶ (OIM), quien señala que, aunque no existe una definición universalmente aceptada del término "migrante", este se aplica generalmente cuando la decisión de migrar es tomada libremente por la persona de que se trate, por razones de "conveniencia personal" y sin la intervención de un factor obligatorio externo. Por lo tanto, este término se aplica a las personas que se desplazan a otro país u otra región con el fin de mejorar sus condiciones materiales y sociales, sus perspectivas para un mejor futuro para él y sus familias.

Un migrante puede “elegir” migrar de forma regular o irregular. La migración regular es definida por la OIM como la "migración internacional llevada a cabo de conformidad con el marco legal del país de origen, de tránsito y de destino." Por lo que respecta a la migración irregular, la OIM señala que no existe una definición universalmente aceptada, pero normalmente implica que el migrante no cuenta con los permisos o documentos necesarios para entrar, residir y trabajar en el país de destino. Cabe destacar que, la OIM advierte que el término "inmigración ilegal", únicamente debe ser utilizado para los casos de trata de personas y tráfico de migrantes⁷.

Ahora bien, si la persona no tiene más opción que la de salir de su país de origen, estaríamos en presencia de la migración forzada, la cual “se utiliza para describir un movimiento de personas en el que se observa la coacción, incluyendo la amenaza a la vida y su subsistencia, bien sea por causas naturales o humanas.”

⁶ Véase portal de internet de la Organización Internacional para las migraciones, “Los términos clave de migración”, <http://www.iom.int/es/los-terminos-clave-de-migracion>.

⁷ *Ibidem*.

Dentro de esta categoría se encuentran los refugiados, así como las personas desplazadas por desastres naturales o ambientales, desastres nucleares o químicos, hambruna o proyectos de desarrollo.

Así pues, el término "migrante" corresponde a un término genérico para cualquier persona que se mude a otro país con la intención de permanecer por un período mínimo de tiempo (es decir, excluye a turistas y visitantes de negocios). Incluye a los migrantes permanentes y temporales con un permiso de residencia o visa válido, solicitantes de asilo y migrantes irregulares que no pertenecen a ninguno de los tres grupos mencionados.

Por otra parte, los "solicitantes de asilo" son personas que han presentado formalmente una solicitud de asilo, la cual está en trámite. Mientras su trámite esté pendiente no se puede decir que sean "irregulares". Por su parte el "refugiado", es un migrante al que ya le ha sido reconocida esa categoría específica en términos del Art. 1 (A) (2), de la *Convención sobre el Estatuto de Refugiado* de 1951, modificada por el Protocolo de 1967, es decir la personas que con "fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país". Si los solicitantes de asilo permanecen después de que se les niega la calidad de refugiado u otra forma de protección humanitaria, se convierten en migrantes irregulares⁸. De esa forma, toda persona que circula por un territorio sin obtener una visa, permiso, un salvoconducto o sin formular una solicitud de asilo, es considerada como migrante irregular, aunque esté solo de tránsito y su intención sea la de presentar una solicitud de asilo en otro país.

A pesar de que los conceptos parecen claros, el problema se presenta precisamente por los movimientos secundarios. Por ejemplo, una persona a la que le ha sido reconocida la calidad de refugiado, pero que enseguida se mueve por

⁸ Lee, Rachel S., "Migrant crisis: international law and constraints for receiving states", *Georgetown immigration law journal*, vol. 30, núm. 1, 2015, pp. 206-207.

razones económicas⁹. O bien, el caso de un migrante económico que en su intento de ingresar a un territorio de forma irregular, se convierte en víctima de trata.

Derivado de lo anterior, para efectos de nuestra tesis, utilizaremos el término “migrante” en su sentido más genérico para describir las situaciones en los que los flujos se mezclan, a menos que se trate de una situación en la que se trate únicamente de refugiados. En los demás casos, utilizaremos el término “flujos migratorios mixtos”, o bien “flujos masivos de migración mixta”.

1.1.2. Flujos migratorios mixtos

Independientemente de la razón por la cual las personas viajen en grupos, la realidad es que los movimientos masivos son frecuentemente mixtos, es decir, que se encuentran personas con evidente necesidad de protección internacional y otras que únicamente deciden salir de sus países para buscar mejores condiciones económicas de vida. Ambos grupos suelen viajar juntos, recorriendo las mismas rutas y usando los mismos medios de transporte, con los riesgos que ello representa, pues se dirigen a los mismos países de destino, incluso son retenidos en las mismas condiciones en centros de detención o en campos¹⁰. Ciertamente, mientras no se decida su categoría migratoria, no pueden ser considerados como “regulares”. Por ello, existe un consenso doctrinal en denominar ese tipo de migración como “mixta”¹¹.

No obstante, en el debate político frecuentemente se refiere a ese tipo de flujo mixto como migración ilegal¹², con el objetivo de desviar la atención sobre la obligación de protección y centrarla en la seguridad nacional como veremos en el próximo capítulo. El hecho de que los Estados perciban la migración mixta como una amenaza presenta una debilidad desde el punto de vista conceptual, con consecuencias en la gestión de la crisis. En efecto, los Estados se han comprometido a proteger a las personas que necesitan ayuda internacional, pero

⁹ Amaya-Castro, Juan M., “International Refugees and Irregular Migrants: Caught in the Mundane Shadow of Crisis”, en Bulterman M.K. y Van Genugten, W.J.M. (eds.), *Netherlands Yearbook of International Law*, Países Bajos, Asser Press, 2013, p 72.

¹⁰ UNHCR, “Refugié ou migrant? Pourquoi cette question compte”, *Réfugiés*, núm. 148, 2007, pp. 6-8; véase también Miltner, Barbara, « The Mediterranean Migration Crisis: A Clash of the Titans’ Obligations? », *Brown Journal of World Affairs*, vol. XXII, núm. 1, verano-invierno 2015, p 213.

¹¹ Al respecto véase Memisoglu, Fulya y Ilgit, Asli, “Syrian refugees in Turkey: multifaceted challenges, diverse players and ambiguous policies”, *Mediterranean Politics*, vol. 22, núm. 3, 2016, p.4.

¹² Véase Amaya-Castro, Juan, *cit.*, p. 78.

no están dispuestos a ayudar a aquéllos que deliberadamente o sin temor fundado hayan decidido migrar por vías irregulares. De ahí todo el núcleo de las crisis migratorias, puesto que la migración contemporánea es generalmente mixta, es decir, que incluye a todo tipo de personas que deciden migrar por diferentes razones, no solo el miedo, sino también el deseo de tener mejores oportunidades¹³. Estas personas que salen de sus países ante la percepción de que su país de origen no las puede proteger o garantizar un mínimo nivel de vida, y de que existen mejores condiciones de vida en otros lugares, podrían también calificar como refugiados o entrar en alguna categoría de protección complementaria, pero como para realizar dicha determinación es necesario realizar una solicitud fuera de su país, en el trayecto y mientras esperan, esas personas son frecuentemente consideradas como irregulares.

Roger Zetter y James Morrissey explican que esa forma de migrar y las respuestas de gobernabilidad no son improvisaciones sino que su coyuntura está mediada por experiencias político-históricas y factores contextuales contemporáneos que incluyen: los patrones y procesos pasados y presentes de la migración y el desplazamiento; las circunstancias socioeconómicas y de desarrollo del país que influyen en la movilidad de la población; el grado en que la política migratoria se manifiesta en el discurso y la acción del gobierno; y el régimen del gobierno y su disposición hacia los derechos humanos¹⁴. Como esas personas utilizan las mismas rutas y cruzan las fronteras sin autorización, frecuentemente con ayuda de traficantes de personas, los Estados los reciben con todas las reservas.

Alexander Betts ha propuesto denominar a todos aquellos que no pueden ser clasificados como refugiados, puesto que caen fuera de la interpretación predominante de persecución, como “migrantes de supervivencia”¹⁵. Sin embargo, nosotros creemos que, en periodos de crisis, de nada sirve clasificar a los

¹³ Véase, por ejemplo, el análisis realizado por Amaya-Castro, *cit.*, pp. 65-84.

¹⁴ Zetter, Roger y Morrissey, James, « Environmental stress, displacement and the challenge of rights protection », en Susan F. Martin, Sanjula Weerasinghe and Abbie Taylor (ed) *Humanitarian Crises and Migration: causes, consequences and responses*, Londres y Nueva York, Routledge, 2014, p. 180.

¹⁵ Betts, Alexander, “Soft law and the protection of vulnerable migrants”, *Georgetown Immigration Law Journal*, Primavera-Verano, vol. 24, núm. 3-4, 2010, *cit.*, p. 541.

migrantes, pues es imposible realizar un análisis exhaustivo de cada individuo y, por lo tanto, las políticas migratorias no pueden aplicarse porque no se puede clasificar a las personas en una u otra categoría. Tampoco se puede generalizar cuando cientos de migrantes entran a un territorio al mismo tiempo. Tal vez la mayoría busque una mejor vida y no reúnan los requisitos para ser considerados como refugiados, pero entre ellos puede haber personas con necesidad de protección internacional, o que simplemente no pueden regresar a sus países de origen¹⁶. El problema que se presenta se debe al vacío jurídico respecto a las migraciones masivas como expondremos más adelante.

A pesar del vacío legal y considerando el objetivo de reconstrucción que nos hemos propuesto con esta investigación, utilizaremos la noción de flujos migratorios mixtos pues consideramos que forma parte del lenguaje de las crisis. En efecto, un migrante irregular viajando solo no representa un problema, pues su situación será resuelta rápidamente, es decir, lo más seguro es que sea deportado. Por lo tanto, si bien el derecho internacional traza una línea bien definida entre los refugiados y otros migrantes, exigiendo un trato muy diferente para los primeros¹⁷, esta distinción no es fácil de realizar en la práctica. Sobre esto último, cabe mencionar que las personas que se mueven dentro de los “flujos migratorios mixtos”, son personas de interés del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, según su mandato.

Así pues, el desafío de los flujos masivos de migración consiste básicamente en hacer frente a una cantidad importante de entradas, regulares o irregulares, para determinar en qué categoría se encuentra cada una de las personas que está ingresando al territorio. De este modo, la incapacidad o la falta de voluntad de los Estados de origen, de tránsito y de destino para gestionar los flujos migratorios mixtos, estarían provocando cuellos de botella o crisis humanitarias, como lo analizaremos más adelante.

¹⁶ Véase por ejemplo, Kumin, Judith, “El desafío de la migración mixta por vía marítima”, en *Crisis, Revista Migraciones Forzadas*, núm. 45, Marzo de 2014, p. 49.

¹⁷ Véase Amaya-Castro, Juan, *cit.* p.70.

A pesar de que reconocemos la importancia de distinguir los diferentes tipos de migración, sobre todo por lo que respecta a las personas con evidente necesidad de protección internacional, nos parece innecesario, para efectos de nuestra tesis, hacer distinciones entre las diferentes categorías de migración, pues en tiempos de crisis todas las personas en movimiento son personas vulnerables que requieren una atención particular.

1.1.3. Concepto de crisis migratoria

Hasta el momento, la existencia de situaciones de crisis que provocan desplazamientos ha dado lugar a la generalización de ciertas situaciones de movilidad denominándolas simplemente “crisis migratoria”. De esta forma, se ha identificado a los flujos masivos de migración con la palabra “crisis”, como si la etiqueta dependiera del número de personas que se desplazan.

Al respecto, resulta interesante el análisis realizado por Marc-Antoine Perousse de Montclos sobre la pertinencia de la noción de crisis en el contexto de las migraciones. Para este autor, en el caso de las migraciones “las crisis son vistas como un cambio brusco que afecta a los patrones de circulación y precipita la migración”¹⁸. En ese sentido, la migración puede ser la consecuencia de una crisis y puede producir situaciones de crisis. No hay entonces un esquema general sobre la causalidad entre crisis y migración, puesto que no existe en realidad continuidad en el paradigma sino más bien una tensión permanente. Es como si no existiera una lógica secuencial cuando se realiza dicho vínculo, puesto que cambia según el contexto en el que se desarrolla. Desde ese punto de vista, las crisis migratorias pueden verse desde dos perspectivas: las crisis que provocan los desplazamientos y la crisis provocada por dichos desplazamientos¹⁹.

Si la migración es la consecuencia de una crisis y puede provocar una crisis, resulta indispensable clarificar cada elemento que vincula la crisis a la migración en un contexto bien definido, de lo contrario se corre el riesgo de realizar generalizaciones peligrosas. Como lo nota Jane McAdam, la crisis migratoria no

¹⁸ Perousse de Montclos, Marc-Antoine, « Crises et migrations : effets de rhétorique autour d’un enjeu politique », en Perousse de Montclos, Marc-Antoine, *et. al. dir, Crises et migrations dans les pays du sud*, Paris, L’Harmattan, 2014, p. 21.

¹⁹ *Ibid.*, p. 22.

es un evento repentino sino algo mucho más complejo puesto que resulta de la combinación de múltiples factores sociales, políticos, económicos y ambientales. Para esta autora, como la presión está sobre la persona que se desplaza, la crisis migratoria no puede referirse exclusivamente a un evento extremo o repentino²⁰.

En un proyecto del *Instituto para el Estudio de la Migración Internacional*, se ha puesto de relieve que los desplazamientos son la consecuencia del carácter inminente, real o percibido, de amenazas, reales o percibidas como reales, para la vida, la seguridad física, la salud o la subsistencia. Algunos movimientos son forzados, otros son preventivos, sin embargo, es riesgoso generalizar puesto que se han detectado situaciones en las que normalmente las personas deberían desplazarse pero no pueden hacerlo, y el hecho de no considerarlas como parte de una crisis pondría en riesgo a las personas o a la población²¹. Por ese motivo, Jane McAdam enfatiza que el vínculo que se realiza entre "crisis" y "migración" debería ser usado únicamente para denotar que el movimiento es en sí mismo la crisis²².

Aunque coincidimos en que es peligroso generalizar al momento de referirse a una crisis migratoria, creemos que no puede reducirse una crisis de ese tipo al movimiento o desplazamiento. Creemos más bien que lo que caracteriza ese tipo de crisis es la respuesta generada por las dos fuerzas opuestas, es decir, el Estado y el migrante, confrontadas en sus principios fundamentales de seguridad y de libertad de movimiento, respectivamente. Dicho de otro modo, para nosotros la crisis migratoria resulta del rompimiento de la relación de dos fuerzas antagónicas, que normalmente coexisten, pero cuyas expectativas contradictorias hacen que el sistema se paralice ante el aumento de los flujos de migración. La crisis migratoria es entonces el aumento del desorden que deriva de dicha tensión y la incertidumbre existente hasta en tanto dichas fuerzas no se reorganicen.

²⁰ Véase McAdam, Jane, « Conceptualizing 'crisis migration'... », *cit.*, p. 34.

²¹ Martin, Susan F., *et. al.*, ed., *Humanitarian Crises and Migration: causes, consequences and responses*, London and New York, Routledge, 2014, p. 11.

²² McAdam, Jane, « Conceptualizing 'crisis migration'... » *cit.*, pp. 43-44.

Algunos autores sugieren que la simple amenaza de rompimiento del sistema define el comportamiento de crisis²³. Así, la crisis migratoria resulta de esa amenaza de rompimiento del orden creado por los Estados para controlar y gestionar las migraciones, por un lado, y por otro lado de la percepción del migrante respecto a que no se están respetando sus derechos. El primero ha perdido el control de una situación, mientras que el segundo tiene la impresión de que merece algo mejor.

1.1.3.1. La perspectiva del Estado

La declaración de una crisis migratoria pareciera depender de la percepción de la amenaza por parte de un Estado. Algunos autores han notado que un evento de la misma naturaleza podría representar una situación crítica para un país, mientras que para otro podría ser una situación normal. Todo depende entonces de la capacidad de hacer frente a las situaciones que se presentan, por lo que resulta difícil identificar los criterios que son considerados por los Estados para determinar que un movimiento masivo de migración constituye una crisis.

Como los desplazamientos masivos son cada vez mayores y han ido tomando diversas formas que no están previstas en los marcos nacionales e internacionales, en 2001 la Organización Mundial para las Migraciones (OIM) inició un “Diálogo Internacional sobre la Migración”²⁴. En el marco de dicho diálogo, los países miembros detectaron las características de una “crisis migratoria” como sigue²⁵:

- flujos migratorios complejos y, generalmente, a gran escala;
- situaciones de vulnerabilidad para las personas y comunidades afectadas;
- planteamiento de serios retos de gestión de la migración a largo plazo;
- lagunas en los actuales marcos a escala internacional, regional y nacional, respecto a patrones de movilidad ocasionados por una crisis;

²³ Véase por ejemplo Phillips, Warren, “The Concept of Crisis in International Politics”, *Journal of peace research*, vol. XV, núm. 3, 1978, pp. 270-271.

²⁴ Véase portal de Internet de la Organización Internacional para las Migraciones, “Diálogo Internacional sobre la Migración”, <https://www.iom.int/es/dialogo-internacional-sobre-la-migracion>.

²⁵ Véase Organización Internacional para las Migraciones, “Rumbo a la Seguridad: las consecuencias migratorias de complejas crisis”, *Diálogo Internacional sobre la Migración* Núm. 20, 2012, pp. 21-22.

- la existencia de “flujos mixtos”, que incluyen a personas con necesidades y vulnerabilidades diferentes, y plantean problemas específicos en materia de protección y asistencia.

Desde este punto de vista, la crisis migratoria es en realidad una “crisis con consecuencias migratorias”, es decir que, hasta el momento, los Estados consideran que los desplazamientos son provocados por una situación de crisis. Además, en lugar de considerar al fenómeno como normal, puesto que proviene de una crisis, pareciera que se le otorga el rango de un problema que se tiene que resolver. Destaca que los Estados consideran a los desplazamientos como un reto a la gestión de la migración, es decir, como una amenaza a su poder soberano de decidir quién puede entrar y residir en cada Estado, por ello se enfatiza que existen lagunas respecto a los patrones de movilidad.

En ese sentido, para los Estados una situación de crisis migratoria supone la necesidad de reforma urgente del marco jurídico migratorio para no perder el control sobre los flujos de migración. Así, desde el punto de vista del Estado, no se trata de una situación que pone en riesgo a los migrantes, sino de una situación que se está saliendo del control estatal. Lo anterior es normal, pues un Estado no puede reconocer que no puede o no quiere cumplir con sus obligaciones internacionales en materia humanitaria. La autoimagen del Estado siempre se basará en la falla de los otros, no en la propia²⁶.

1.1.3.2. La perspectiva del migrante

Como se mencionó antes, el propio migrante juega un papel importante en las crisis migratorias. De hecho, salvo por los movimientos forzados, el migrante decide cuándo y cómo desplazarse, aunque en realidad sus decisiones se encuentran condicionadas y limitadas por el propio derecho migratorio²⁷. Además, la decisión de migrar es solo el comienzo de una serie de decisiones que el

²⁶ Stern, Rebecca, “Our refugee policy is generous”: reflections on the importance of a state’s self-image”, *Refugee Survey Quarterly*, vol. 33, núm. 1, 23 de enero de 2014, pp. 42-43.

²⁷ Véase la crítica realizada por De Prada, Miguel Ángel, *et. al.*, “Cómo abordar el estudio de las migraciones? propuesta teórico-metodológica”, en Checa, Francisco (ed.), *Las migraciones a debate: de las teorías a las prácticas sociales*, Icaria, Insitut Català d'Antropologia, Barcelona, 2002, pp. 39-40.

migrante deberá tomar en el trayecto, sea para elegir hacia dónde se dirige, decidir si continúa, o bien escoger regresar a su lugar de origen²⁸.

Siguiendo la definición de crisis migratoria de Jane McAdam, la presión de una situación de crisis recae sobre la percepción del propio migrante, así como de su capacidad para desplazarse²⁹. De esta forma, primero que nada, la persona que decide migrar, aunque sus alternativas sean restringidas, lo hace ante la percepción de que existe una situación insostenible en su país de origen que pone en riesgo, real o potencialmente, su salud, su integridad física, su libertad o su subsistencia básica. Es por ello que el desplazamiento puede realizarse antes, durante o después de que se decreta una situación de crisis y, en los tres casos, depende de la percepción de la situación por parte del migrante.

Incluso en el caso de los desplazamientos forzados, los migrantes pueden ser actores de las crisis, puesto que generalmente, aunque las opciones sean restringidas, los migrantes eligen países con mejores condiciones de vida. Como algunas personas deciden quedarse en sus países aun y cuando existan situaciones de urgencia, pareciera existir siempre un elemento de elección o de decisión que pone a las personas que generan el movimiento en el centro del debate³⁰.

El problema se presenta entonces en la idea de que la crisis migratoria es el desplazamiento, puesto que en realidad la crisis puede presentarse incluso antes del desplazamiento y perdurar, aunque el movimiento termine. En otras palabras, pudieran existir situaciones de urgencia para las personas que deciden no moverse, o que quedan atrapadas entre dos países. Para nosotros, la cuestión se encuentra más bien en la percepción que tiene el migrante sobre sus posibilidades reales de tener una mejor vida en otra parte y la expectativa de que otro Estado le reconocerá ese derecho. En otras palabras, una persona que decide moverse lo hace con la convicción de que se “merece” una vida mejor en

²⁸ Jane McAdam considera que esas decisiones cambian de un individuo a otro, independientemente de que la crisis sea provocada o no por condiciones agudas o crónicas, puesto que existen puntos de inflexión en la toma de decisiones como el cúmulo de los factores de estrés y la percepción de cuándo es preferible quedarse o marcharse. Véase McAdam, Jane, “Conceptualizing ‘crisis migration’...” *cit.*, p. 10.

²⁹ *Ibid.*, p. 35.

³⁰ Martin, Susan F., *Humanitarian Crises and Migration*, *cit.* p. 8.

otro lado, que dicha posibilidad existe, que vale la pena sacrificar todo para buscarla y, sobre todo, con la confianza de que una autoridad le permitirá acceder a esa mejor vida³¹.

Hasta qué punto el propio migrante que decide salir de su país provoca una crisis podría ser objeto de mucho debate, sobre todo desde el punto de vista de los derechos humanos. Por ello, consideramos que en realidad todos los factores quedan conjugados, no solo el de la decisión de migrar o quedarse, sino el de las posibilidades reales para realizar dicho movimiento en un contexto mucho más amplio, el cual incluye, por ejemplo, las políticas de cada Estado sobre los movimientos irregulares y de aceptación de flujos migratorios. Como veremos en los ejemplos de las crisis en Europa y en la frontera entre México y Estados Unidos, la forma en que se realiza el movimiento y el trayecto que se escoge, depende en gran parte de las políticas de migración existentes en los países de tránsito y de destino.

Así, la decisión de una persona dependería de la información con la que cuenta para valorar sus opciones, elegir un destino o determinar la ruta que utilizará³², pues en realidad la expectativa es que se le reconozcan sus derechos, de lo contrario se buscará la invisibilidad. Por ello, aunque se esté buscando el reconocimiento de sus derechos por parte de un Estado, si no hay vías legales o las posibilidades para obtener dicho reconocimiento son escasas, la capacidad para migrar se restringe, por lo que la migración irregular parece la mejor forma para acceder al país elegido y así poder solicitar asilo, o buscar otra forma de regularización³³. Otros, ante la falta de vías para llegar a su destino de preferencia, deciden escoger al país más accesible, como fue el caso de los Sirios al inicio de

³¹ Véase por ejemplo, Massey, Douglas S., *et al*, “Theories of International Migration: A Review and Appraisal”, *Population and Development Review*, vol. 19, núm. 3, Septiembre, 1993, pp. 431-466.

³² Véase por ejemplo, McAuliffe, Marie, “Seeking the Views of Irregular Migrants: Decision Making, Drivers and Migration Journeys” en McAuliffe, Marie y Koser, Khalid, *A Long Way to Go: Irregular Migration Patterns, Processes, Drivers and Decision-making*, Australia, Annus Press, 2017; Koser, Khalid y Pinkerton, Charles, *The social networks of asylum seekers and the dissemination of information about the countries of asylum*, Londres, Research Development and Statistics Directorate, 2013.

³³ Véase Kuschminder, Katherine y Koser, Khalid, “The Role of Migration-Specific and Migration-Relevant Policies in Migrant Decision-Making in Transit”, Working paper N° 17, *UNU-MERIT Working Papers*, Maastricht, Centro de Investigación y Capacitación Económica y Social sobre Innovación y Tecnología de la Universidad de las Naciones Unidas en Maastricht (UNUMERIT), 2017.

la guerra, quienes se dirigieron a los países vecinos, y los haitianos que ante la falta de oportunidades legales para migrar hacia Estados Unidos, decidieron quedarse en México, como lo veremos más adelante.

Así pues, aunque algunos investigadores se han enfocado en entender la percepción de los migrantes para tomar la decisión de migrar³⁴, en realidad no hay muchos análisis cualitativos disponibles. No obstante, no nos cuesta trabajo presumir que la expectativa del migrante debe ser bastante alta para estar dispuesto a correr riesgos y pagar grandes sumas de dinero para pedir a otro Estado que le reconozca sus derechos.

1.1.4. Concepto de crisis humanitaria

Las crisis humanitarias han sido normalmente identificadas con situaciones de guerra, de violencia generalizada, de inestabilidad política, de catástrofes ambientales, de cambios climáticos o con situaciones de sequía o hambruna. Como lo hemos venido analizando, ese tipo de crisis humanitaria puede provocar desplazamientos masivos, y dichos movimientos cuando son desordenados constituyen crisis migratorias.

Hasta el momento, la doctrina se ha enfocado únicamente en el estudio de las crisis humanitarias que generan desplazamientos. El estado actual de la investigación sobre el fenómeno se encuentra plasmado en el estudio realizado por el *Instituto para el Estudio de la Migración Internacional* sobre las crisis humanitarias y migratorias. En dicho estudio se define a la crisis humanitaria como “una situación en la que existe una amenaza generalizada para la vida, la integridad física, la salud o la subsistencia básica que rebasa la capacidad de supervivencia de los individuos y de las comunidades en las que residen”³⁵.

En el mismo estudio se plantean los tres modos principales de movimientos de población por crisis humanitarias: (i) el desplazamiento, que incluye a todos aquellos que se ven directamente afectados o amenazados por una crisis humanitaria, es decir, aquellos que se ven obligados a trasladarse debido a

³⁴ Cfr., McAuliffe, Marie y Dinuk Jayasuriya, “Do asylum seekers and refugees choose destination countries? Evidence from large-scale surveys in Australia, Afghanistan, Bangladesh, Pakistan and Sri Lanka”, *International Migration*, vol. 54, núm. 4, Agosto de 2016, pp. 44-59.

³⁵ Martin, Susan F., *et.al.*, *Humanitarian Crises and Migration... cit.* p. 5.

sucesos que no pueden controlar directamente; (ii) el traslado preventivo, que incluye a quienes se trasladan para prevenir futuras amenazas contra sus vidas, su seguridad física, su salud o su subsistencia y, (iii) la reubicación para personas que de otro modo podrían quedar atrapadas *in situ*, que incluye a aquellas personas directamente afectadas o amenazadas por una crisis humanitaria pero que no pueden trasladarse por razones físicas, financieras, de seguridad, logísticas, de salud u otras³⁶.

Desde nuestro punto de vista, ninguna de esas situaciones describe concretamente las situaciones de crisis humanitarias derivadas de flujos masivos de migración. Pareciera, al contrario, que se toma a la crisis humanitaria como la causa del movimiento de personas, aunque como lo mencionamos antes, no exista una continuidad entre crisis y migración. Si bien coincidimos en que una crisis humanitaria puede dar origen a una crisis migratoria, para efectos de nuestra investigación, las crisis humanitarias que nos interesan son las que resultan del vacío jurídico existente para regular los flujos masivos de migración, que se traduce en la incapacidad o en la falta de voluntad de los Estados de origen, tránsito y destino para gestionarlos. Ese tipo de crisis humanitarias no han sido lo suficientemente estudiadas hasta el momento, más que en informes de organismos internacionales o de instituciones humanitarias, los cuales resumiremos más adelante al describir las dos crisis que nos interesan.

Hecha esta salvedad, quisiéramos precisar que, para efectos de nuestra investigación, tomaremos como base la idea de que la crisis humanitaria es el resultado de la gestión deficiente de flujos masivos de migración de los Estados de origen, tránsito y destino, que pone en riesgo la vida, la integridad física, la salud o la subsistencia básica de las personas en movimiento. Evidentemente, una serie de factores se conjugan para generar una situación de crisis humanitaria, entre los que destacan la incapacidad material y humana para recibir a las personas y otorgarles los servicios básicos, así como la imposibilidad de garantizar el respeto a los derechos humanos.

³⁶ Martin, Susan, et. al., “¿Qué es la migración a causa de las crisis?”, *Crisis*, Revista Migraciones Forzadas, núm. 45, marzo de 2014, p. 5.

En ese contexto, consideramos que la crisis humanitaria que deriva de una crisis migratoria denota una tensión entre el marco jurídico vigente, nacional o internacional y el movimiento masivo de personas que tienen la expectativa de que se le reconozcan sus derechos humanos para así poder aspirar a una vida mejor. Esto significa que todo depende de la capacidad de respuesta de los Estados, de la gestión que de la crisis migratoria se haga y de la coherencia del orden normativo existente, por lo que algunos movimientos migratorios generarán crisis humanitarias y otros no.

Por otro lado, es indispensable subrayar que una crisis humanitaria es la prueba de que el control migratorio no se está realizando eficazmente, por lo que se ha llegado demasiado tarde para tratar de gestionar la migración y no queda más que otorgar ayuda humanitaria. En efecto, desde el momento en que se evidencia una situación de urgencia humanitaria derivada de movimientos migratorios, en realidad se pone al descubierto la falla del marco jurídico migratorio, del marco de respeto de los derechos humanos y de la responsabilidad humanitaria de protección.

Llama particularmente la atención que cuando se está en presencia de una crisis migratoria el debate se centra en la necesidad de modificar las políticas de migración; los Estados implicados juegan entonces un rol de primer plano en la reorganización. En el caso de las crisis humanitarias es como si las reformas pasaran a segundo plano, lo importante es salvar vidas. De ese modo, aunque existe una fuerte presión para los Estados, estos ya no son los protagonistas. El rol principal lo tienen los organismos de ayuda humanitaria, y el análisis se enfoca más en el ser humano, por lo que se cambia de nivel de gobierno para dar lugar a la aplicación del derecho humanitario.

1.1.4.1. La perspectiva del Estado

Conforme a lo mencionado anteriormente, cuando un Estado decreta una situación de crisis humanitaria como consecuencia de un movimiento migratorio, en el fondo está considerando que algunas personas en movimiento son vulnerables y que podrían necesitar protección internacional. Sin embargo, los Estados tienden a rechazar los movimientos irregulares de personas. Lo anterior

es así puesto que, desde la concepción tradicional del derecho migratorio, las personas en movimiento están clasificadas en categorías según la causa por la cual están migrando. Así, pareciera que los Estados están dispuestos a proteger a los que son vulnerables, pero no a aquellos que no necesitan la protección conforme a la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados* de 1951³⁷.

A pesar de que todo pareciera justificado, tomando como base el poder soberano de los Estados de determinar quién puede entrar en su territorio y quién puede ser excluido, en la práctica, sobre todo en situaciones de crisis migratoria, la categorización de las personas es un proceso largo y complicado. El objetivo es impedir la entrada de inmigrantes irregulares o de aquellos que no pueden ser plenamente identificados, ya que esto pondría en entredicho el poder del Estado para controlar sus fronteras y proteger a sus ciudadanos. El problema se presenta cuando no se puede identificar plenamente al migrante, lo que impide el otorgamiento de una categoría migratoria o bien su expulsión. De este modo, en los casos en que un agente de migración no está satisfecho con los documentos que se le presentan para determinar la identidad de una persona o considera que esa persona puede ser un riesgo para la seguridad, puede proceder a su arresto y detención hasta que se determine su situación³⁸.

Una vez que los migrantes irregulares han sido detenidos son conducidos a centros de detención especialmente para migrantes o confinados en campos de refugiados. El objetivo es su expulsión lo más pronto posible, a menos que sean elegibles para ser considerados en la categoría de refugiados de conformidad con la *Convención sobre el estatuto de los Refugiados*. Por consiguiente, una persona que es detenida por entrar de forma irregular en un territorio puede pasar periodos muy extensos en las zonas de confinamiento³⁹.

³⁷ Del preámbulo de la Convención sobre el estatuto de los Refugiados se desprende que, si bien los Estados tienen la obligación de responder a las solicitudes de los refugiados, debido a la carga financiera que dicha obligación puede ocasionar para los Estados, estos pueden determinar discrecionalmente la forma en que cumplirán esta obligación. Véase también Mármora, Lelio, *Las políticas de migraciones internacionales*, Organización Internacional para las migraciones, Paidós, Buenos Aires, 2002, p. 96.

³⁸ Según un informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la detención es usada generalmente para disuadir la migración irregular o las solicitudes de asilo. Véase United Nations High Commissioner for Refugees, "Global Strategy-Beyond Detention 2014-2019", mayo 2014, <http://www.unhcr.org/53aa929f6.html>, p. 5.

³⁹ *Ibidem*.

Ahora bien, a partir del momento en que un Estado retiene a una persona para proceder a su identificación y, en su caso, atender la solicitud de asilo, el migrante se convierte en responsabilidad del Estado. De conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, el Estado tiene la obligación de proporcionarle las condiciones humanas mínimas durante el tiempo de retención. De esta forma, cuando las condiciones de retención, en campos de refugiados o en centros de detención de migrantes, comienzan a deteriorarse porque no existen los recursos humanos y materiales suficientes para atender a la población confinada, entonces se está en presencia de una crisis humanitaria.

Desde el momento en que un Estado reconoce una situación de urgencia humanitaria o que dicha urgencia es denunciada por los organismos internacionales, se hace evidente la pérdida de control del Estado y su incapacidad para satisfacer las necesidades básicas de los migrantes retenidos. La respuesta generalizada a dicha situación es la ayuda humanitaria, la cual, como se estudiará más adelante, no resuelve la crisis, sino que acentúa y amplifica la tensión. En ese sentido, la crisis humanitaria sería el punto neurálgico de la crisis migratoria, que sirve para tomar conciencia de las condiciones “inhumanas” que pueden llegar a vivir los seres humanos en movimiento.

1.1.4.2. La perspectiva del migrante

Como se mencionó más arriba, cuando un migrante decide dejar su país, sin importar la causa, lo hace tratando de buscar mejores condiciones de vida que las que existen en su país de origen. Desgraciadamente, ante la falta de vías legales eficaces, el sueño se convierte rápidamente en pesadilla. Algunos grupos son naturalmente vulnerables como los niños, los ancianos y los discapacitados. Sin embargo, en periodo de crisis migratoria, y ante la lenta respuesta de los Estados, todos los migrantes pueden llegar a ser vulnerables debido a que pierden sus sistemas de apoyo social, cultural y económico.

Todo ser humano tiene una expectativa legítima de preservar su dignidad. Si una persona que se presenta en una frontera haciendo valer esa expectativa es confinada hasta que se determine su situación migratoria, lo que en realidad sucede es que se está agravando la vulnerabilidad de esa persona. Al respecto,

es interesante la argumentación de Rodolfo Casillas, para quien “hasta ahora se ha asumido la capacidad de adoptar formas jurídicas y administrativas que han derivado en prácticas concretas de separación, segregación y ostracismo, de poner al extranjero fuera de la ley (de ahí su connotación de indocumentado); en una palabra, de declararlo vulnerablemente diferente”⁴⁰.

En realidad, desde la perspectiva del migrante, la crisis humanitaria comienza desde el momento en que es confinado en condiciones que le impiden el gozo absoluto de sus derechos humanos, ello sin importar el periodo de tiempo que permanezca en dicha situación. Como todo ser humano posee la aspiración universal hacia el respeto irrestricto de su dignidad, la crisis genera un sentimiento de frustración de que no se le están respetando sus derechos fundamentales.

Al respecto, es interesante el análisis realizado por Jürgen Habermas sobre el concepto de dignidad humana, la cual considera surge de las experiencias de lo que significa ser humillado y herido profundamente. “A través de este proceso, la intuición subyacente de la humillación labra su camino antes que nada en la conciencia de los individuos maltratados y, después, en los textos legales donde encuentra su articulación y elaboración conceptual”⁴¹. Siguiendo las ideas de Habermas, cada vez que los migrantes se ven confinados, la situación humillante subyacente produce al mismo tiempo un debate sobre quién debe garantizar los derechos humanos de esas personas. En efecto, el caso de los migrantes en crisis humanitaria debido a la incapacidad o falta de voluntad de los Estados para recibirlos, evidencia la paradoja de los derechos humanos universales en una realidad en la que el marco jurídico es nacional y fragmentario⁴².

Lo anterior significa que, independientemente de quién sea responsable de asegurar y garantizar el respeto de los derechos humanos de las personas en movimiento, existe una conciencia universal y una aspiración profunda de que dichos derechos sean reconocidos y respetados. Desgraciadamente, en el caso

⁴⁰ Casillas R., Rodolfo, “Los migrantes indocumentados: su vulnerabilidad y la nuestra”, en Armijo Canto, Natalia, *Migración y seguridad: nuevo desafío en México*, México, CASEDE, 2011, p. 156. El autor evidencia la paradoja existente entre las políticas migratorias y la vulnerabilidad provocada por ellas, entre las que destacan diferentes tipos de agresión y violencia en contra de los migrantes irregulares.

⁴¹ Habermas, Jürgen, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Diánoia*, vol. LV, núm. 64, mayo 2010, p. 8.

⁴² *Ibid.*, p. 22.

de las crisis humanitarias, existe la impresión de que se ha llegado demasiado tarde, que los Estados han fallado y que lo único que se puede hacer es garantizar la supervivencia de esas personas a través de la ayuda humanitaria.

1.2. La crisis migratoria en Europa

Sin duda alguna, la crisis migratoria en Europa es el mejor ejemplo de las dificultades existentes en el control de la migración y la gestión de crisis humanitarias. Los diferentes elementos que originaron la crisis y que la han perpetuado hasta ahora, nos muestran la complejidad del derecho migratorio internacional y su ineficacia en periodos de flujos masivos de migración. Hasta el momento, muchos informes se han generado evidenciando el aumento de los flujos migratorios hacia Europa. Simplemente en 2015, se registraron 1'046,599 llegadas irregulares a la Unión Europea⁴³ en 2016 se registraron 362,753 entradas⁴⁴ 186,768 en 2017 y 144 166 en 2018⁴⁵.

Aunque en el momento en el que se comenzó a hacer evidente la crisis el Secretario General de las Naciones Unidas consideró que la crisis no se debía a la cifra como tal de llegadas sino a la falta de solidaridad en Europa⁴⁶, es evidente que la llegada masiva de extranjeros en un territorio provoca caos, por lo que en nuestra opinión el número de llegadas sí tiene que ver con la ruptura del sistema.

1.2.1. Los peligros en el mar Mediterráneo

El mar Mediterráneo ha sido una vía frecuentemente utilizada por los migrantes irregulares para intentar llegar a la Unión Europea. Muchas personas han perdido la vida en el intento, siendo el 18 de octubre de 2013, después del naufragio cerca de Lampedusa de aproximadamente 500 migrantes irregulares,

⁴³ Véase Organización Mundial para las Migraciones, “Mixed Migration Flows in the Mediterranean and Beyond. Compilation of available data and information. Reporting period 2015”, <http://doe.iom.int/docs/Flows%20Compilation%202015%20Overview.pdf>.

⁴⁴ Véase Organización Mundial para las Migraciones, “Migration flows: Europe”, <http://migration.iom.int/europe/>

⁴⁵ UNHCR, “Refugees/Migrants Emergency Response - Mediterranean”, <https://data2.unhcr.org/en/situations/mediterranean>

⁴⁶ Véase, Centro de Noticias de la Organización de las Naciones Unidas, “La crisis de refugiados es una crisis de solidaridad, no de números: Ban”, 15 de abril de 2016, <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?newsID=34873#.WAa5guDhDIU>.

en el que 300 perdieron la vida⁴⁷, que el Gobierno de Italia decidió implantar la operación *Mare Nostrum*, con el objetivo específico de interceptar las embarcaciones irregulares y salvar vidas⁴⁸.

En 2014, la Unión Europea e Italia decidieron suspender la operación *Mare Nostrum*, y en su lugar, la Unión Europea decidió invertir más en reforzar las operaciones *Triton* y *Poseidon* de Frontex, que están enfocadas en el fortalecimiento de los controles de las fronteras exteriores⁴⁹. Algunas organizaciones no gubernamentales decidieron aportar sus propios recursos para realizar operaciones de rescate, como la operación “SOS Mediterráneo”⁵⁰, que opera el barco *Aquarius*, y que se encuentra en el centro de un debate sobre responsabilidad marítima que analizaremos en el tercer capítulo. Es en ese contexto que se está viviendo actualmente la crisis en el Mediterráneo, con la variante de que ahora no solo el Mediterráneo central es utilizado, sino que también se registra un movimiento importante en la parte oriental, de Turquía hacia Grecia y de Marruecos hacia España.

El aumento de las llegadas por vía marítima comenzó en marzo de 2015, y para el 31 de diciembre de 2015 al menos 3,771 personas habían muerto en el Mediterráneo⁵¹. Ante el aumento de personas que perecieron en el Mediterráneo al intentar llegar a Europa, se declaró un estado de crisis, poniendo especial énfasis en reducir el número de muertes⁵². No obstante, en 2016 se registraron

⁴⁷ Véase Reuters Italia, “Le naufrage à Lampedusa aurait fait plus de 300 morts », 3 de octubre de 2013, <http://fr.reuters.com/article/topNews/idFRPAE99202Q20131003?pageNumber=3&virtualBrandChannel=0&sp=true.html>, consultado el 25 de abril de 2019.

⁴⁸ Véase Ministero della Difesa, “Mare Nostrum Operation”, <http://www.marina.difesa.it/EN/operations/Pagine/MareNostrum.aspx>.

⁴⁹ Al respecto, Amnistía Internacional había prevenido en octubre de 2014 sobre los riesgos de desaparecer la operación *Mare Nostrum*, considerando que la operación *Triton* no tiene por objeto la búsqueda y rescate. Véase Amnesty International « Italy: Ending Mare Nostrum search and rescue operation would ‘put lives at risk’ », 17 de octubre de 2014, <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2014/10/italy-ending-mare-nostrum-search-and-rescue-operation-would-put-lives-risk/>. Véase también Borelli, Silvia y Standford, Ben, “Troubled Waters in the Mare Nostrum: Interception and Push-backs of Migrants in the Mediterranean and the European Convention on Human Rights”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, vol. 10, núm. 37, 2014, p 35; Sigona, Nando “The contested politics of naming in Europe’s “refugee crisis”, *Ethnic and Racial Studies*, 2018, p. 45; Bacic Selanec, Nika, “A Critique of EU Refugee Crisis Management: On Law, Policy and Decentralisation,” *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, vol. 11, núm. 11 2015, p.79.

⁵⁰ Véase SOS Méditerranée, <https://sosmediterranee.org/>.

⁵¹ UN High Commissioner for Refugees, “Refugees/Migrants Emergency Response – Mediterranean”, <http://data.unhcr.org/mediterranean/regional.php>.

⁵² Véase el portal de internet de la Organización Internacional para las migraciones, “Missing Migrants Project” <https://missingmigrants.iom.int/latest-global-figures>.

5,096⁵³ muertes siendo el peor año en términos de muertes en el Mediterráneo⁵⁴, en 2017 3,139, y en 2018 se registraron alrededor de 2,300 muertes⁵⁵.

En 2015, el equipo de Médicos Sin Fronteras (MSF) denunció la crisis en el Mediterráneo y detalló los peligros que representa el cruce por esa vía: los barcos son pequeños inflables o antiguos barcos de pesca, a menudo no aptos para navegar; los contrabandistas sobrecargan sistemáticamente dichas embarcaciones para maximizar sus beneficios; a menudo llevan una carga diez veces superior a su capacidad real; los migrantes viajan sin experiencia en el mar, sin chalecos salvavidas y no saben nadar, sin equipos de navegación y muy poco combustible. Además, MSF reporta que las personas llegan a las islas en muy malas condiciones, con signos de violencia y de agotamiento físico, deshidratación leve o moderada, dolores y malestar general, infecciones, quemaduras químicas por la contaminación del combustible en la ropa, sarna y pequeñas heridas⁵⁶.

Las muertes en el Mediterráneo constituyen entonces el momento crítico de la crisis, en el que ante el número de muertos se evidencia no solo el desorden, sino el aumento de las incertidumbres derivadas de la incapacidad o de la falta de voluntad de los Estados. Además, esta situación denunciada globalmente por los organismos internacionales y por organismos no gubernamentales, es un llamado a la necesidad imperiosa de tomar conciencia de que detrás de lo que se ha generalizado como crisis migratoria existen seres humanos que siguen y seguirán arriesgando sus vidas hasta en tanto el sistema no se reorganice⁵⁷.

⁵³ Véase UNHRC, Regional Bureau Europe, « Weekly Report », 15 de junio de 2016, <https://data.unhcr.org/mediterranean/documents.php?page=1&view=grid>.

⁵⁴ Véase UNHCR, “Mediterranean death toll soars. 2016 is deadliest year yet”, 25 de octubre de 2016, <http://www.unhcr.org/en-us/news/latest/2016/10/580f3e684/mediterranean-death-toll-soars-2016-deadliest-year.html>.

⁵⁵ Véase Organización Mundial para las Migraciones, “Migration flows: Europe”, <http://migration.iom.int/europe/>.

⁵⁶ Véase Médicos Sin Fronteras, « Obstacle course to Europe. A policy-made humanitarian crisis at EU borders », pp. 20-24, http://www.msf.org/sites/msf.org/files/msf_obstacle_course_to_europe.pdf.

⁵⁷ Véase Lendaro, Annalisa, “A ‘European Migrant Crisis’? Some Thoughts on Mediterranean Borders”, *Studies in Ethnicity and Nationalism*, vol. 16, núm. 1, 2016, p 155.

1.2.2. Las dificultades a la llegada a Grecia e Italia

Italia y Grecia han tenido que hacer frente al aumento repentino de flujos migratorios en todo lo que va de la década. Según los informes de la OIM, en 2015 llegaron a Grecia alrededor de 854,000 migrantes y a Italia alrededor de 153,842⁵⁸.

Ahora bien, según los informes de la propia OIM, durante años Grecia ha sido incapaz de proporcionar las condiciones de recepción dignas para los solicitantes de asilo. Sólo dos islas, Lesbos y Samos, cuentan con infraestructuras para los migrantes, pero ante el aumento de las llegadas a las islas griegas, la capacidad local ha sido sobrepasada. Al respecto, la OIM reportó que en promedio 10,000 migrantes llegan diario a la frontera griega.

El problema se presenta debido al proceso de recepción y registro de los migrantes, el cual es lento y complicado, lo que ha provocado condiciones de vida deplorables para las personas que deben esperar durante meses la respuesta de las autoridades. Según MSF, las autoridades griegas están enfocadas únicamente en retener a los migrantes e identificarlos, por lo que han sido omisas en la implementación de un sistema para tratar las solicitudes de asilo, además de que no han respondido a las necesidades urgentes y esenciales de las personas en espera, como la vivienda, la comida, el agua y el saneamiento⁵⁹.

En el caso de Italia, aunque están más “acostumbrados” a recibir cantidades importantes de migrantes por vía marítima, la realidad es que el aumento del número de migrantes a partir de 2015 ha provocado una verdadera crisis humanitaria.

Sobre este punto, la perturbación de la capacidad local es evidente. Las autoridades locales deben seguir un procedimiento con base en un derecho migratorio que no es eficaz en periodos de crisis. Entre otros, destaca el hecho de que la regulación europea obliga a los países que reciben a los solicitantes de asilo a proceder a su identificación inmediata, específicamente a través de la toma de las huellas digitales de cada persona que llega a sus fronteras. Ello ha sido

⁵⁸ Véase Organización Mundial para las Migraciones, “Mixed Migration Flows in the Mediterranean and Beyond...” *cit.*, p. 23.

⁵⁹ Véase Médicos Sin Fronteras, «Obstacle course to Europe...” *cit.*, p. 31.

problemático para ambos países debido a la cantidad de personas que han llegado desde el 2015, por lo que dichos países han venido incumpliendo el marco jurídico europeo⁶⁰.

1.2.3. El fracaso de las políticas migratorias europeas y del sistema de Dublín

La idea de integración sobre la que se basa la Unión Europea ha encontrado legitimación en los instrumentos jurídicos en los temas que los países miembros han consentido en conceder una parte de su soberanía. En lo que respecta al tema migratorio, se ha ido reconociendo la necesidad de tener un mismo marco jurídico en tres aspectos: el control de las fronteras exteriores⁶¹, la concesión de la ciudadanía⁶², y el procedimiento para el otorgamiento del asilo.

Por lo que respecta al asilo, con la firma del Tratado de Lisboa de 2007, se reconoció la importancia de la implementación de un *Sistema Europeo Común de Asilo*, con fundamento en el artículo 67, apartado 2, y el artículo 78 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, así como en el artículo 18 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, con el fin de establecer normas comunes para garantizar que los solicitantes de asilo sean tratados por igual y evitar el movimiento entre los Estados miembros⁶³. La política común de asilo tiene cinco instrumentos principales: la Directiva sobre los requisitos⁶⁴, la Directiva

⁶⁰ El 10 de diciembre de 2015, la Comisión Europea inició un procedimiento contra Grecia, Croacia e Italia por incumplimiento de sus obligaciones de registrar correctamente a los migrantes, de conformidad con el Reglamento Eurodac [Reglamento (UE) n° 603/2013], que dispone la identificación dactiloscópica de los solicitantes de asilo y la transmisión de datos al Sistema Central Eurodac en un plazo de setenta y dos horas. Al respecto, véase Comisión Europea, “Implementing the Common European Asylum System: Commission escalates 8 infringement proceedings”, 10 de diciembre de 2015, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6276_en.htm.

⁶¹ El artículo 77 del *Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea* prevé la adopción de la legislación necesaria para garantizar, por un lado, la ausencia de controles de las personas, cualquiera que sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores; por el contrario, el control y el seguimiento de las fronteras exteriores, en particular mediante una gestión integrada de las fronteras.

⁶² El artículo 79 del *Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea* prevé la posibilidad de adoptar medidas legislativas sobre las condiciones de entrada, de residencia y en la expedición por los Estados miembros de visados y permisos de residencia de larga duración, sobre la inmigración y la residencia ilegal, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes ilegales; y sobre la lucha contra la trata de seres humanos.

⁶³ Véase Parlamento Europeo, “La Política de Asilo”,

http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.12.2.html.

⁶⁴ Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida.

sobre el procedimiento de asilo⁶⁵, la Directiva sobre las condiciones de recepción⁶⁶, el Reglamento de Dublín III⁶⁷ y el Reglamento del sistema Eurodac⁶⁸.

El Sistema Europeo Común de Asilo exige que los individuos se encuentren en el territorio del Estado de destino en cuestión para poder solicitar asilo. El Reglamento de Dublín III establece los criterios para determinar qué Estado miembro será responsable del tratamiento de una solicitud de protección internacional⁶⁹. Los principios que se desprenden del “sistema de Dublín” son los siguientes: (i) sólo un Estado es responsable del examen de una solicitud de asilo; (ii) el Estado responsable está obligado a garantizar el acceso efectivo al procedimiento de asilo.

La aplicación del Reglamento de Dublín se ve facilitada por el Reglamento número 603/2013 de Eurodac, que establece una base de datos de huellas dactilares en el cual los Estados miembros deberán registrar las huellas dactilares de los solicitantes de asilo y migrantes irregulares para identificar el punto de entrada o la primera solicitud presentada y así garantizar que los migrantes serán devueltos al primer país al que hayan llegado los migrantes⁷⁰. Algunos autores consideran que ese sistema provoca que ciertos migrantes prefieran utilizar otras vías para introducirse en la Unión Europea, con el objetivo de no ser regresados al primer país que los recibió⁷¹.

⁶⁵ Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional.

⁶⁶ Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional.

⁶⁷ Reglamento (UE) n° 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida.

⁶⁸ Reglamento (UE) n° 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n° 604/2013.

⁶⁹ Véase European Parliamentary Research Service, “*EU legal framework on asylum and irregular immigration 'on arrival' State of play*”, marzo de 2015, p. 2, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/551333/EPRS_BRI\(2015\)551333_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/551333/EPRS_BRI(2015)551333_EN.pdf).

⁷⁰ Al respecto, véase Costello, Cathryn y M. Mouzourakis, “EU Law and the Detainability of Asylum-Seekers”, *Refugee Survey Quarterly*, vol. 35, núm.1, *Oxford Journals*, marzo de 2016, pp. 62-63.

⁷¹ Véase Costello, Cathryn, “No tiene por qué ser así”, *Destino: Europa, Revista Migraciones Forzadas*, Núm. 51, enero de 2016, p. 12; Crépeau, François y Anna Purkey, “Facilitating Mobility and Fostering Diversity Getting EU Migration Governance to Respect the Human Rights of Migrants”, *CEPS Paper in Liberty and security in Europe*, núm. 92, mayo 2016, p. 15.

A pesar de que el sistema ha sido muy criticado desde su implementación⁷², los Estados parecían dispuestos a continuar con el sistema de Dublín hasta que tuvo lugar, en abril de 2015, una tragedia en el Mediterráneo con 700 muertes. Ante ese panorama, el Consejo de la Unión Europea no tuvo más remedio que reconocer que el Reglamento de Dublín no es efectivo cuando miles de inmigrantes llegan a un país en un período muy corto de tiempo⁷³. Fue en ese momento que la Unión Europea reconoció la existencia de una crisis migratoria⁷⁴.

El reconocimiento de la falla del sistema de Dublín pone de manifiesto igualmente la falla del sistema de Schengen, lo que amenaza incluso la existencia del libre tránsito en la Unión Europea. Además se hizo evidente el fracaso de uno de los valores más importantes de la Unión Europea, el de la solidaridad, pues comenzaron a resurgir las ideologías nacionalistas y el deseo de restaurar las fronteras nacionales⁷⁵. En efecto, algunos Estados reclaman la importancia de cerrar las fronteras en periodos de crisis; algunos otros simplemente tratan de desplazar la responsabilidad mediante el control de las fronteras y la presión sobre los países que reciben primero a los migrantes para que se impida penetrar el espacio europeo interior⁷⁶.

Ahora bien, otro componente que ha sido problemático en el Sistema Común de Asilo de la Unión Europea es lo que se conoce como “tercer país seguro”, que permite a los Estados miembros rechazar solicitudes de personas que hayan llegado a través de un país en el cual su vida o su libertad no estén amenazadas. Entonces, el principio básico es que el tercer país seguro es capaz de otorgar una protección eficaz a los refugiados. Para algunos, ese criterio no es

⁷² Sobre el particular, cabe señalar que los criterios del sistema de Dublín provienen del hecho de que ha sido muy complicado llegar a un acuerdo común en la materia, por lo que pareciera que los Estados preferían seguir funcionando de esa manera que abrir de nuevo el tema a debate. Al respecto, véase el exhaustivo análisis sobre la evaluación del Sistema de Dublín realizado por Hurwitz, Agnès, *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees*, Oxford University Press, 2009, p. 121-124.

⁷³ Véase la crítica realizada por Susan Fratzke, “Not Adding Up: The fading promise of Europe’s Dublin system”, *Migration Policy Institute*, Washington, D.C., 2015.

⁷⁴ Reunión extraordinaria del Consejo Europeo, CE 23/04/2015.

⁷⁵ Cfr. Wihtol de Wenden, Catherine, “Actual Patterns of Migration Flows: The Challenge of Migration and Asylum in Contemporary Europe”, en Grimm, Andreas y Susanne My Giang, ed., *Solidarity in the European Union A Fundamental Value in Crisis*, Springer, Suiza, 2017, pp. 73 et ss.

⁷⁶ Por ejemplo, Italia recibió en su momento críticas de los países del norte de Europa por su laxo enfoque de las normas de Dublín. Al respecto, véase Funk, Marco, “La trampa detrás de Dublín”, *Destino: Europa*, Revista Migraciones Forzadas, núm. 51, enero de 2016, p. 20.

más que una forma de rechazar las solicitudes de asilo lo más rápidamente posible, es decir, si el país del que proviene el solicitante de asilo se encuentra dentro de la lista de los terceros países seguros, entonces su solicitud será rechazada automáticamente⁷⁷.

1.2.4. Obstrucción de las rutas migratorias

Un factor problemático es que el régimen de Dublín ignora las preferencias de los solicitantes de asilo y los refugiados, lo que da como resultado un sistema en el que los Estados miembros tratan de obligar a los solicitantes de asilo a someterse al procedimiento de asilo en un lugar determinado, provocando que estos intenten llegar por vías irregulares al Estado de su preferencia⁷⁸. El movimiento secundario dentro de la Unión Europea se relaciona con diferencias reales o percibidas en el atractivo de dichos Estados, como la presencia de familiares, los vínculos coloniales y lingüísticos, la proximidad geográfica, así como las percepciones sobre el clima económico, los niveles de xenofobia y las políticas de inmigración del país. Algunos autores señalan que la decisión se toma a menudo durante el proceso de migración y con frecuencia depende de la información y el asesoramiento brindado por las redes de traficantes de migrantes, así como en las redes sociales⁷⁹. Sin embargo, el camino para llegar presenta cada vez más obstáculos erigidos por los países de tránsito.

Al menos una parte de la crisis fue resuelta por las políticas internas de cada país de tránsito. El resultado fue la polarización de los Estados miembros⁸⁰. Por ejemplo, Hungría fue uno de los primeros países que se declaró incapaz de recibir más solicitudes a partir del 23 de junio de 2015, por lo que simplemente dejó de recibirlas⁸¹. Además, el 14 de septiembre de 2015, finalizó la construcción de una valla en la frontera con Serbia, lo que causó la desviación de los migrantes hacia Croacia y Eslovenia, por lo que el 16 de octubre de 2015, Hungría cerró

⁷⁷ Para un estudio exhaustivo sobre la práctica del “tercer país seguro”, véase Hurwitz, Agnès, *cit.* p. 59 y ss.

⁷⁸ Den Heijer, Maarten, “Coercion, prohibition, and great expectations: the continuing failure of the common european asylum system”, *Common Market Law Review*, núm. 53, 2016, p. 610.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 608.

⁸⁰ Al respecto véase Bacic Selanec Nika, *cit.* p 107.

⁸¹ Véase UN High Commissioner for Refugees “Europe’s refugee emergency response update #7”, *cit.*

también su frontera con esos dos países⁸², e implementó controles en las fronteras para impedir las entradas irregulares⁸³.

Al cerrar Hungría sus fronteras con Croacia, los migrantes tuvieron que dirigirse hacia Eslovenia, país que registró un aumento de entradas diarias. Ante la incapacidad de recibir a todas esas personas, Croacia limitó el número de entradas diarias a 2,500, pero entre 3,500 y 6,000 personas intentaban diariamente atravesar Serbia hacia Croacia, lo que causó un cuello de botella. De esta forma, en noviembre de 2015, Eslovenia, Serbia, Croacia y la Antigua República Yugoslava de Macedonia cerraron sus fronteras, recibiendo solicitudes únicamente de las personas originarias de Siria, Afganistán e Irak. Ello provocó que muchas personas quedaran varadas en los pasos fronterizos⁸⁴.

Por su parte, Bulgaria también construyó un muro en la frontera búlgaro-turca y reforzó la seguridad en la frontera con Turquía. Así, durante 2015, las autoridades de Bulgaria detuvieron a un total de 31,174 migrantes que intentaban entrar o que ya se encontraban en Bulgaria⁸⁵.

El 7 de septiembre de 2015, Austria anunció que eliminaría las medidas especiales que habían permitido a miles de migrantes cruzar por su territorio y que restauraría el Reglamento de Dublín⁸⁶. El 14 de septiembre dicho país estableció controles fronterizos a lo largo de su frontera con Hungría. Austria no sólo incrementó la presencia de la policía, sino también del ejército a lo largo de la frontera⁸⁷. Por su parte, Croacia cerró su frontera con Serbia el 17 de septiembre de 2015⁸⁸.

Por otro lado, entre el 9 y 10 de septiembre de 2015, Dinamarca cerró las líneas ferroviarias con Alemania, puesto que cientos de migrantes se habían

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Véase Organización Internacional para las Migraciones, « Mixed Migration Flows in the Mediterranean and Beyond: compilation of available data and information, reporting period 2015 », p. 2.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 8.

⁸⁶ Véase BBC News, « Migrant crisis: Austria 'to end emergency migrant measures' », 7 de septiembre de 2015, <http://www.bbc.com/news/world-europe-34169726>, consultado el 26 de abril de 2019.

⁸⁷ Véase BBC News, « Migrant crisis: More EU states impose border checks », 14 de septiembre de 2015, <http://www.bbc.com/news/world-europe-34242123>, consultado el 26 de abril de 2019.

⁸⁸ Véase Organización Internacional para las Migraciones “Mixed Migration Flows in the Mediterranean and Beyond...” *cit.*

negado a ser registrados como solicitantes de asilo y querían continuar su viaje hacia Suecia⁸⁹. Igualmente, Alemania estableció controles temporales a lo largo de su frontera con Austria el 13 de septiembre de 2015, “con la finalidad de limitar las entradas y volver a un procedimiento ordenado cuando las personas entran al país”⁹⁰. Por su parte, República Checa respondió a la crisis aumentando la presencia policial a lo largo de su frontera con Austria.

El resultado de todos estos bloqueos fue una falla sistemática en el registro de las personas en movimiento y el aumento del tráfico de migrantes. Es importante destacar que, aunque la tendencia ha sido el bloqueo de migrantes, esa situación ha sido fuertemente criticada por los organismos internacionales y por las asociaciones humanitarias. Como lo afirma MSF, cada vez que una frontera es cerrada, miles de personas quedan atrapadas con poca o ninguna ayuda, y en última instancia, forzadas a tomar caminos más peligrosos y solicitar la ayuda de traficantes de migrantes. En lugar de detener el flujo de personas en movimiento, estas restricciones hacen el viaje más peligroso y miserable⁹¹.

1.2.5. Las políticas de urgencia y el tratamiento político de la crisis

Ante el reconocimiento de la existencia de una crisis migratoria, se procedió a la emisión de una agenda migratoria el 13 de mayo de 2015⁹², la cual incluye cuatro objetivos: a) establecer las causas fundamentales de los movimientos irregulares y forzados en terceros países, la mejora en la aplicación de las medidas de retorno de los inmigrantes irregulares y la lucha contra las operaciones de tráfico de migrantes y trata de personas; b) asegurar la seguridad en las fronteras externas y salvar las vidas de las personas que tratan de cruzar; c) apoyar el trabajo de la Unión Europea para proteger a los solicitantes de asilo mediante la adopción y la implementación de un sistema europeo común de asilo

⁸⁹ Véase Business insider, « Denmark has shut down its rail link as refugees surge into Scandinavia », 10 de septiembre de 2015, <https://www.businessinsider.com/afp-denmark-shuts-rail-link-as-europe-wrangles-over-refugees-2015-9>, consultado el 26 de abril de 2019.

⁹⁰ Véase BBC News, “Migrant crisis: Germany starts temporary border controls”, 14 de septiembre de 2015, <http://www.bbc.com/news/world-europe-34239674>, consultado el 26 de abril de 2019.

⁹¹ Véase Informe Médicos Sin Fronteras, *cit.*, pp. 42 y 52.

⁹² Véase Comisión Europea, “Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: una agenda europea de migración”, 13 de mayo de 2015, pp. 9-19, http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/communication_on_the_european_agenda_on_migration_es.pdf.

y la reforma del sistema de Dublín de modo que la responsabilidad de las solicitudes de asilo pueda compartirse entre los Estados miembros; d) el desarrollo de una nueva política en materia de migración legal.

Para algunos autores, la agenda europea está enfocada exclusivamente en el control de las fronteras y en el discurso de seguridad nacional, así como en las medidas para expulsar a los migrantes⁹³. Ello fue corroborado con la emisión de la primera política emitida, no solo por estar contenida en la agenda sino como respuesta a los ataques terroristas en París y a la creciente amenaza terrorista en Europa⁹⁴.

Además, desde el inicio de la crisis, la Unión Europea ha emitido al menos 50 documentos, informes, recomendaciones e instrumentos para tratar de enfrentar la presión migratoria⁹⁵. Al respecto destacan las siguientes medidas: (i) el enfoque de *hotspot*⁹⁶; (ii) el conjunto de propuestas orientadas a asegurar las fronteras exteriores de la UE y gestionar las migraciones de forma más eficaz⁹⁷; (iii) las medidas de asistencia urgente⁹⁸; (iv) la aprobación final a la Guardia Europea de Fronteras y Costas⁹⁹.

A pesar de la cantidad de documentos emitidos por la Unión Europea y los esfuerzos que se han venido realizando para salvar vidas y evitar más llegadas al territorio, las cifras nos muestran que, hasta ahora, la crisis está en un punto de bloqueo-desbloqueo-rebloqueo en el que ya nada es previsible. De ese modo, las

⁹³ Al respecto véase Crépeau, François y Anna Purkey, *cit.*, p. 23. Véase también Tinker, Catherine, “Saving lives and building society: the european migration agenda”, *ILSA Journal of International Law*, vol. 22, núm. 2, 2016, p. 397; Véase también Human Rights Watch, *Europe’s Refugee Crisis: An Agenda for Action*, 2015, www.hrw.org/report/2015/11/16/europes-refugee-crisis/agenda-action.

⁹⁴ Véase Comisión Europea, «A European Border and Coast Guard to protect Europe’s External Borders», 15 de diciembre de 2015, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6327_en.htm?locale=EN. Véase la opinión de Gera, Vanessa, “Anti-migrant mood deepens in Central Europe after Paris attacks”, *The Globe and Mail*, 16 de noviembre de 2015, <https://www.theglobeandmail.com/news/world/anti-migrant-mood-deepens-in-central-europe-after-paris-attacks/article27279723/>, consultado el 26 de abril de 2019.

⁹⁵ Véase Consejo europeo, « Historique - Réponse aux pressions migratoires », <http://www.consilium.europa.eu/fr/policies/migratory-pressures/history-migratory-pressures/>.

⁹⁶ Véase Comisión Europea, “The hotspot approach to managing exceptional migratory flows”, Bruselas, ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/backgroundinformation/docs/2_hotspots_en.pdf.

⁹⁷ Véase Comisión Europea, “Conjunto de propuestas de la Comisión Europea destinadas a proteger las fronteras exteriores de Europa”, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6327_en.htm?locale=EN.

⁹⁸ Véase Comisión Europea, “Crisis de los refugiados: el Consejo establece una asistencia urgente”, <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/15-refugee-crisis-emergency-support/>

⁹⁹ Véase Consejo Europeo, “Guardia Europea de Fronteras y Costas: aprobación final”, 14 de septiembre de 2016, <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/09/14-european-border-coast-guard/>.

soluciones planteadas son incoherentes y hasta ahora solo han provocado el aumento de los desórdenes¹⁰⁰. Ante dicho panorama, y aun cuando el debate está polarizado, tanto los actores políticos como la sociedad en general parecen estar de acuerdo en que una solución radical es necesaria, la cual incluye la reconstrucción de todo el sistema migratorio.

En ese contexto, en junio de 2018, el Consejo Europeo acordó tomar una línea más dura para los migrantes que no provienen de “zonas de guerra”. Así, los inmigrantes que esperan asilo en un país de la Unión Europea pueden ser bloqueados para ingresar a otro, y podrían terminar siendo obligados a permanecer en centros de admisión mientras se resuelven sus casos¹⁰¹.

1.2.6. La política de contención de la migración y las dificultades de readmisión

El 18 de marzo de 2016, Turquía y la Unión Europea firmaron un acuerdo para detener los flujos migratorios irregulares procedentes de Turquía hacia Europa. El plan establece que todas las personas que no tienen derecho a la protección internacional en Grecia serán devueltas a Turquía. Los que no soliciten asilo o cuya solicitud se considere infundada o inadmisibles, en virtud de la Directiva sobre procedimientos de asilo, deben ser devueltos en Turquía. A cambio de ello, la Unión Europea se comprometió a otorgar una ayuda de 3 mil millones de euros a Turquía, así como la aprobación acelerada de visas a Europa para los ciudadanos turcos¹⁰².

Esta es una de las medidas que más ha sido criticada hasta el momento debido a la evidente violación del derecho migratorio internacional. Por ejemplo, François Crépeau, quien ha fungido como observador de las Naciones Unidas, asegura que se trata de una medida para omitir su responsabilidad en materia de derechos humanos y de derecho humanitario, puesto que el acuerdo implica expulsiones en masa de migrantes, sin evaluaciones individuales y desplazando la responsabilidad en otro Estado, “...en esencia, parece que Europa está

¹⁰⁰ Véase por ejemplo la crítica a la agenda migratoria realizada por Nika Bacic Selanec, *cit.* pp. 74-94.

¹⁰¹ Consejo Europeo, “Conclusiones, 28 de junio de 2018”, *EUCO 9/18*, <https://www.consilium.europa.eu/media/35940/28-euco-final-conclusions-es.pdf>.

¹⁰² Véase Consejo Europeo, “Declaración UE-Turquía, 18 de marzo de 2016”, Comunicado de prensa 144/16, <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>.

pagando a Turquía para utilizar una violencia contra los migrantes que sería ilegal en el territorio de la Unión Europea”¹⁰³.

Cabe destacar que dicho acuerdo forma parte de una serie de acuerdos de readmisión, que la Unión Europea ha venido firmando con los países vecinos mucho antes de que se decretara la crisis migratoria¹⁰⁴. De hecho, en la agenda sobre la migración de la Comisión Europea del 13 de mayo de 2015, se insistió en el hecho de continuar con las medidas para frenar los migrantes que intentan llegar a Europa y para expulsar a los que consiguieron llegar irregularmente¹⁰⁵. En ese contexto, la Comisión Europea publicó un plan de acción según el cual “la eficacia del sistema de la UE para el retorno de los inmigrantes irregulares debe reforzarse. Esto es esencial para mantener la confianza de los ciudadanos en el sistema de asilo de la UE y garantizar su apoyo a las personas en necesidad de protección internacional”¹⁰⁶.

El problema con la política de retorno de migrantes es que, en los hechos, es muy difícil de llevarse a cabo debido a la falta de identificación del inmigrante, la falta de documentación de viaje o el rechazo por parte del Estado de origen de readmitir al individuo. Así por ejemplo, desde la firma del acuerdo con Turquía hasta el 23 de octubre de 2016, solo 687 migrantes han sido regresados¹⁰⁷.

En definitiva, este tipo de políticas constituye una forma de bloqueo, cuyo objetivo no es la resolución de la crisis, sino la contención de los flujos. Sin duda

¹⁰³ Crépeau, François, *cit.*, p. 22. Véase también Human Rights Watch, “EU: Turkey Mass-Return Deal Threatens Rights, Would Harm Refugees, Undermine EU’s Principles”, *Press Release, HRW*, 15 de marzo de 2016, www.hrw.org/news/2016/03/15/eu-turkey-mass-return-deal-threatens-rights; UN High Commissioner for Refugees, “UNHCR’s reaction to the Statement of the EU Heads of State and Government of Turkey, 7 March”, Briefing Notes, UNHCR, Genova, 8 de marzo de 2016, www.unhcr.org/56de9e176.html.

¹⁰⁴ Los acuerdos de readmisión de la Unión Europea (UE) permiten que los Estados readmitan en su territorio tanto a sus propios ciudadanos como a los de otros países —“extranjeros”— en tránsito que se hallen en situación ilegal en el territorio de otro Estado; véase Comisión Europea, “Readmission Agreements”, Memo/05/351, 5 de octubre de 2005, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-05-351_en.htm. Véase también Directiva 2008/115 sobre el Retorno aprobada por la UE el 16 de diciembre de 2008, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008L0115&from=EN>.

¹⁰⁵ Véase Comisión Europea “Agenda europea en materia migratoria...” *cit.* p. 11.

¹⁰⁶ Véase Consejo de Justicia y de Asuntos del Interior, «Proyecto de Conclusiones del Consejo sobre el futuro de la política en materia de retorno», 8 de octubre de 2015, <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2015/10/08-jha-conclusions-return-policy/>.

¹⁰⁷ Véase UN High Commissioner for Refugees, Regional Bureau Europe, «Weekly Report », 28 de octubre de 2016, p. 3. El ACNUR ha manifestado su preocupación sobre el acuerdo puesto que se han detectado situaciones en las que se han regresado a nacionales sirios aun cuando estos habían manifestado su deseo de formular una solicitud de asilo, así como otras situaciones que implican a ciudadanos de Irak y Afganistán, en las que no existe suficiente documentación sobre el debido acceso al procedimiento de asilo.

es una medida radical, pero no busca resolver el fondo. Ello provoca el aumento de la tensión e incluso la agravación del problema, puesto que la tensión solamente se desplaza hacia otro lado.

1.3. La crisis migratoria en México-Estados Unidos

La crisis que ahora se está viviendo en México no es un fenómeno nuevo o aislado. La migración hacia los Estados Unidos ha sido una constante, pero en las últimas décadas se ha hecho más visible y dicha visibilidad ha tenido que ser atendida por medio de reformas migratorias. Por ejemplo, en agosto de 2010, los cuerpos de 72 migrantes en tránsito fueron encontrados en un rancho en San Fernando, Tamaulipas¹⁰⁸. El hecho fue condenado por organismos internacionales y organizaciones de la sociedad civil, lo que motivó la discusión sobre el tema migratorio en México¹⁰⁹. En 2011, el gobierno mexicano emitía la nueva *Ley de Migración*¹¹⁰, indicando en la exposición de motivos que el objetivo de dicha Ley es cambiar el paradigma de la migración mediante el reconocimiento de la igualdad en el goce y disfrute de derechos entre nacionales y no nacionales; sin embargo, se hace un especial énfasis en la necesidad de fortalecer las medidas en materia de seguridad pública y nacional¹¹¹.

Es evidente que México, al ser un país que envía y recibe migrantes, tiene que hacer frente a un doble discurso moral y político en el que se pide respeto para los migrantes mexicanos en el extranjero, al tiempo que se debe reconocer

¹⁰⁸ Aranda, Jesús, “Zetas ejecutaron por la espalda a los 72 migrantes; no pudieron pagar rescate”, *La Jornada*, 26 de agosto de 2010, <http://www.jornada.unam.mx/2010/08/26/politica/002n1pol>, consultado el 28 de abril de 2019.

¹⁰⁹ Por ejemplo, en 2010 Amnistía Internacional denunció la crisis de derechos humanos en México cuya principal víctima son los migrantes indocumentados, “Víctimas invisibles: migrantes en movimiento en México”, disponible en <https://www.amnesty.org/es/documents/AMR41/014/2010/es/>, consultado el 28 de abril de 2019. Según la Comisión Nacional de Derechos Humanos, en 2010, 20 000 migrantes centro y sudamericanos fueron secuestrados en México por bandas del crimen organizado que los extorsionan y los obligan a unirse a sus filas, información que dio a conocer a través de la nota *Identifica la CNDH 71 municipios de riesgos para inmigrantes*, en Excelsior online, disponible en www.excelsior.com.mx/index.php?m=nota&id_nota=730784, consultado el 208 de abril de 2019.

¹¹⁰ Guevara Bermúdez, José Antonio “La nueva Ley de Migración: una oportunidad perdida para garantizar derechos”, en *Dfensor*, CDHDF, núm. 6, junio 2011. Véase el análisis de la Ley realizado por Morales Vega, Luisa Gabriela, “Categorías migratorias en México: Análisis a la Ley de Migración”, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM 2011; Cruz Angulo, Javier, “Ley de Migración y derechos fundamentales” en Schiavon, Jorge y Díaz Prieto, Gabriela (ed), *Los derechos humanos de las personas migrantes en México: estudios de caso para promover su respeto y defensa*, México, CIDE, 2011.

¹¹¹ Véase el análisis realizado por Morales Vega, *et. al.*, “Derechos humanos y seguridad nacional en México. Programa Frontera Sur a cuatro años de la Ley de Migración”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2016, pp. 1-22.

que México no es un lugar seguro ni para sus ciudadanos ni para los migrantes que transitan por él. Miles de páginas se han escrito sobre los peligros que enfrentan los migrantes en su paso por México hacia Estados Unidos. Numerosos informes de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y de organismos sin fines de lucro de ayuda al migrante han dado cuenta de la complicidad de las autoridades migratorias y de la policía local con el crimen organizado, para el tráfico de migrantes y la trata de personas¹¹². Todas esas atrocidades parecen inevitables en un contexto en el que los propios migrantes están convencidos de no tener otra opción más que la de aceptar perder sus derechos con el fin de escapar de la violencia o las condiciones políticas y económicas de sus países.

La situación se ha convertido en algo tan “normal”, que las propias comunidades ya están acostumbradas a ver a los niños migrantes en las calles de Tapachula pidiendo dinero, a los migrantes centroamericanos montados en el tren llamado “la bestia” y a los migrantes haitianos en las calles de Tijuana. Pero esa “costumbre de ver” no significa que se entienda exactamente lo que estamos viendo. Pareciera que solo somos capaces de ver cuando se declara la existencia de una crisis¹¹³. Con un estimado de 380 000 migrantes atravesando anualmente el territorio mexicano con el propósito de llegar a Estados Unidos¹¹⁴, no se puede decir que la crisis acaba de comenzar con la entrada de Donald Trump al poder o con la amenaza de la construcción de un muro. Sin embargo, ante la visibilidad del fenómeno lo más que hemos podido notar es el doble discurso del gobierno mexicano. En los últimos años, tres fenómenos de migración han dado una particular visibilidad a la crisis que perdura en el territorio mexicano y en la frontera sur de Estados Unidos, las que expondremos brevemente con el fin de destacar las similitudes y las fallas: (i) la crisis de niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados; (ii) la migración haitiana; (iii) la caravana de migrantes centroamericanos.

¹¹² Véase, por ejemplo, Comisión Nacional de Derechos Humanos, “Informe especial sobre secuestro de migrantes en México”, 22 de febrero de 2011, http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/2011_secmigrantes.pdf.

¹¹³ Cfr. Brighenti, Andrea, “Visibility. A Category for the Social Sciences”, *Current Sociology*, vol. 55, núm. 3, 2007, p. 333.

¹¹⁴ Véase Hernández, Juan Miguel, “380 000 migrantes cruzan cada año, informó el investigador del Colegio de la Frontera Norte, José Manuel Valenzuela Arce”, *El Sol de Tijuana*, 12 de febrero de 2019.

1.3.1. Los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados

En junio de 2014, el entonces presidente de los Estados Unidos, Barack Obama, decretó una "emergencia humanitaria" debido al aumento del flujo de niñas, niños y adolescentes no acompañados o separados (NNAS) tratando de entrar a los Estados Unidos de forma irregular¹¹⁵. Para esa fecha, se contabilizaron 68,541 NNAS detenidos en la frontera de Estados Unidos con México¹¹⁶. En 2016, se detuvieron 59,692 NNAS y en 2017 41,435¹¹⁷. En 2018, se volvió a registrar un aumento con 50, 036 NNAS detenidos¹¹⁸.

Aunque por lo general los NNAS no viajan solos, no hay duda de que corren grandes riesgos durante el viaje debido a su vulnerabilidad, puesto que la trata de personas y el tráfico de menores es una actividad delictiva muy lucrativa¹¹⁹. De hecho, parece que las autoridades no detienen a los NNAS que están en tránsito por México, a menos de que sean identificados como víctimas potenciales de trata. Como la mayoría de los NNAS se quedan en las ciudades fronterizas, las autoridades no los detienen y los dejan trabajar sin problema¹²⁰.

De conformidad con el artículo 112 de la *Ley de Migración*, los agentes que detienen a NNAS deben canalizarlos al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF). Esta autoridad tendría la custodia hasta que se determine su situación jurídica y, si las detenciones se llevan a cabo excepcionalmente en un centro de detención, los NNAS deben ser colocados en

¹¹⁵ Véase White House, "Presidential Memorandum-Response to the Influx of Unaccompanied Alien Children across the Southwest Border", 2 junio 2014, <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2014/06/02/presidential-memorandum-response-influx-unaccompanied-alien-children-acr>.

¹¹⁶ Véase portal de Internet de U.S. Customs and Border Protection, <https://www.cbp.gov/newsroom/stats/southwest-border-unaccompanied-children/fy-2014>.

¹¹⁷ Véase U.S. Customs and Border Protection, "U.S. Border Patrol Southwest Border Apprehensions by Sector FY2017", <https://www.cbp.gov/newsroom/stats/usbp-sw-border-apprehensions-fy2017>.

¹¹⁸ U.S. Customs and Border Protection, "U.S. Border Patrol Southwest Border Apprehensions by Sector FY2018", <https://www.cbp.gov/newsroom/stats/usbp-sw-border-apprehensions>.

¹¹⁹ Véase Reale, Daniela, "Away from home: Protecting and supporting children on the move", Save the Children UK 2008, p. 11.

¹²⁰ Véase Casillas, Rodolfo, *Niños, niñas y adolescentes migrantes centroamericanos en poblaciones del sur de México*, Organización Internacional para las Migraciones, México, 2010, p. 36. Los NNAS de Guatemala permanecen a menudo en México. Por lo general trabajan en empleos informales y las autoridades no se preocupan por ellos, ya que están más enfocados en los NNAS que se dirigen hacia los Estados Unidos. Aunque a menudo no forman parte de las estadísticas, estos NNAS que son explotados laboralmente, demuestra la magnitud de la crisis humanitaria en la región.

un lugar "específico"¹²¹. En condiciones normales, el sistema debería funcionar relativamente bien; sin embargo, ante el aumento de NNAS provenientes de Centroamérica, la situación humanitaria parece haberse deteriorado. Según los informes oficiales, las autoridades mexicanas detuvieron en 2014 a 21,547 NNAS, lo que representa un incremento del 178%¹²². Esta situación puso a prueba la capacidad de las autoridades mexicanas para acoger a todos los NNAS, y para determinar su situación jurídica de forma rápida y eficaz¹²³.

Ahora bien, la duración de la detención varía en función de los acuerdos suscritos por México con los países de origen de los NNAS, sin embargo, en la práctica, depende de la carga de trabajo de los distintos consulados. Así, se ha venido informando que los NNAS pueden pasar entre una semana y 10 días en un centro de detención. Sólo aquellos que necesitan permanecer más tiempo en México, debido a que han solicitado asilo o visa por razones humanitarias pueden permanecer hasta 3 meses¹²⁴.

Uno de los problemas detectados por varias organizaciones de derechos humanos es la falta de capacitación de los agentes de inmigración para identificar las necesidades de protección del niño. Mientras que en México hay 59 centros de detención, sólo existen dos centros diseñados específicamente para los niños, uno en el sur de México y el otro en la Ciudad de México¹²⁵.

¹²¹ Véase el análisis del marco jurídico aplicable realizado por Ortega Velázquez, Elisa, *Estándares para niñas, niños y adolescentes migrantes y obligaciones del Estado frente a ellos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2017.

¹²² Véase "La detención en México de migrantes menores de 11 años aumentó un 541% en 2014", Animal Político, 31 de diciembre de 2014, <http://www.animalpolitico.com/2014/12/detencion-en-mexico-de-migrantes-menores-de-11-anos-aumento-un-541/>.

¹²³ Por ejemplo, en 2015 y 2016 se informó que al menos 5 migrantes murieron en los centros de detención de México. Al respecto, véase «Aumentan suicidios en cárceles de migrantes en MX», *Progreso Hispano News*, 3 de julio de 2016, <http://progresohispanonews.com/aumentan-suicidios-en-carceles-de-migrantes-en-mx/>, consultado el 28 de abril de 2019.

¹²⁴ Véase Casillas, Rodolfo, *cit.* p. 21. Con frecuencia los NNAS no quieren solicitar asilo o abandonan sus solicitudes porque no quieren quedarse retenidos mucho tiempo, sino que prefieren ser devueltos rápidamente para volver a intentar cruzar.

¹²⁵ Véase Sin Fronteras, « La Ruta del Encierro » mayo de 2014 p. 30 y 50, <http://sinfronteras.org.mx/attachments/informe-2014.pdf>; Centro de derechos humanos Fray Matías de Córdova, *Segundo informe sobre derechos humanos y condiciones de vida de las personas migrantes en el centro de detención de la Ciudad de Tapachula*, Chiapas, marzo de 2013; Véase también, Consejo Ciudadano del Instituto Nacional de Migración, "Personas en detención migratoria en México Misión de Monitoreo de Estaciones Migratorias y Estancias Provisionales del Instituto Nacional de Migración", julio de 2017, <http://cdhfraymatias.org/web/wp-content/uploads/2017/08/CCINM-Resumen-Ejecutivo.pdf>, pp. 20-21.

Cabe destacar que, según un informe del ACNUR, México fue el único país en el que la detención de niños migrantes se ha incrementado en los últimos dos años. Además, el organismo internacional informó de una serie de violaciones de las normas internacionales en materia de detención de los migrantes en México¹²⁶.

1.3.2. El flujo migratorio haitiano

A finales de mayo de 2016, las autoridades de migración, mexicanas y estadounidenses alertaban sobre la llegada masiva de ciudadanos haitianos al cruce fronterizo de Tijuana. Los haitianos atravesaron las fronteras de Perú, Ecuador, Colombia, Panamá, Costa Rica, Nicaragua, Honduras y Guatemala hasta llegar al cruce fronterizo de Tijuana con la intención de solicitar un permiso temporal en Estados Unidos¹²⁷. En la espera de su fecha de entrevista, los ciudadanos haitianos se vieron obligados a permanecer en alguno de los albergues que normalmente estaban disponibles para los migrantes de paso por Tijuana o para los mexicanos deportados de Estados Unidos. Muy pronto todos los alberges se declararon saturados, pues la llegada de los haitianos se conjugaba con la de otros migrantes provenientes de África, de Cuba, los centroamericanos y los deportados mexicanos, por lo que se tuvieron que abrir nuevos albergues. Así, fueron las asociaciones civiles, la mayoría de ellas religiosas, las que se encargaron de darles un techo y comida¹²⁸.

La situación empeoró cuando, al constatar el aumento de los flujos de migrantes haitianos en la frontera de San Diego y Tijuana, el gobierno de Barack Obama anunció, el 22 de septiembre de 2016, que reanudaría las deportaciones

¹²⁶ Véase Tourliere, Mathieu, “En dos años México empeoró atención a niños migrantes: ACNUR”, *El Colegio de la Frontera Norte*, 18 de agosto de 2016, <http://observatoriocolef.org/?articulos=en-dos-anos-mexico-empeoro-atencion-a-ninos-migrantes-acnur>, consultado el 28 de abril de 2019.

¹²⁷ U.S. Department of Homeland Security, U.S. Citizenship and Immigration Services, “Designation of Haiti for Temporary Protected Status,” 75 Federal Register 3476-3479, 21 de enero de 2010; Wilson, Jill “Temporary Protected Status: Current Immigration Policy and Issues”, *Congressional research Service*, 29 de marzo de 2019, <https://fas.org/sgp/crs/homsec/RS20844.pdf>, pp. 7-8

¹²⁸ Murphy, Pat, “Reflections from the Border, Refugee Crisis in Tijuana”, *Center for migration studies*, Nueva York, <http://cmsny.org/reflections-from-the-border-refugee-crisis-in-tijuana/>. Para julio de 2016, diversas asociaciones civiles habían recibido a más de 4000 solicitantes de asilo, por lo que se comenzó a hablar de una verdadera crisis migratoria. Véase igualmente Murphy, Pat, “Refugee/Displaced Person Crisis Continues in Tijuana”, *Center for migration studies*, Nueva York, <http://cmsny.org/reflections-from-the-border-refugee-crisis-continues-in-tijuana/>; véase también París Pombo, María Dolores (coord), « Informe: migrantes haitianos y centroamericanos en Tijuana, Baja California, 2016-2017. Políticas gubernamentales y acciones de la sociedad civil », *Comisión Nacional de Derechos Humanos y El Colegio de la Frontera Norte*, mayo de 2018, pp. 62-94.

de migrantes haitianos indocumentados¹²⁹. La justificación de la medida era que la situación económica y política de Haití había mejorado lo suficiente para permitir que los haitianos fueran deportados con seguridad¹³⁰. Se estima que entre octubre de 2016 y enero de 2017, 7,588 haitianos pasaron a Estados Unidos, de los cuales 6,424 fueron declarados inadmisibles y deportados¹³¹. Ante esa situación, unos 3,400 haitianos decidieron quedarse en México¹³².

Siendo una situación sin precedentes, se hizo evidente la incapacidad para gestionar ese tipo de flujos, provocando una crisis humanitaria. Al respecto, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) solicitó al gobierno federal, estatal y municipal, así como a diversas autoridades la adopción de “medidas cautelares urgentes” en favor de esas personas ante su situación de vulnerabilidad¹³³. En efecto, la CNDH había detectado que los ciudadanos haitianos, entre otros migrantes, no contaban con las mínimas condiciones de estancia y seguridad durante el tiempo de espera para ser entrevistados, por lo cual solicitó una acción coordinada para que se proporcionara toda la asistencia humanitaria necesaria. No obstante, en ese periodo Tijuana vivió un ambiente de solidaridad, pues la mayor parte de las personas que estaban atendiendo a esa población eran miembros de la sociedad civil, quienes hicieron esfuerzos importantes para dar albergue, alimentación y cobijo a esa población. A pesar de que por su visibilidad algunos sectores de la sociedad tijuana comenzaron a preocuparse, e incluso a rechazarlos, en la práctica la generosidad de la sociedad civil sobrepasó los prejuicios y la xenofobia.

¹²⁹ Department of Homeland Security, “Statement by Secretary Johnson Concerning His Directive to Resume Regular Removals to Haiti”, September 22, 2016, <https://www.dhs.gov/news/2016/09/22/statement-secretary-johnson-concerning-his-directive-resume-regular-removals-haiti>.

¹³⁰ Véase Semple, Kirk, “Estados Unidos aumenta de manera inesperada las deportaciones de haitianos”, *The New York Times*, 23 de septiembre de 2016, <https://www.nytimes.com/es/2016/09/23/estados-unidos-aumenta-de-manera-inesperada-las-deportaciones-de-haitianos/>, consultado el 28 de abril de 2019.

¹³¹ CBP, “Southwest Border Inadmissibles by Field Office”, 8 de junio de 2017, <https://www.cbp.gov/newsroom/stats/fo-sw-border-inadmissibles>.

¹³² Secretaría de Gobernación, « Boletín Estadístico 2017 », http://www.politicamigratoria.gob.mx/work/models/SEGOB/CEM/PDF/Estadisticas/Boletines_Estadisticos/2017/Boletin_2017.pdf.

¹³³ CNDH (2016). “Solicita CNDH más medidas cautelares ante el gran flujo de personas africanas y de Haití, que ha rebasado la capacidad de albergues y recintos que ofrecen ayuda humanitaria en Tijuana y Mexicali”, Comunicado de Prensa DGC/256/16, http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Comunicados/2016/Com_2016_256.pdf.

Derivado de lo anterior, la frustración no solo la vivían los ciudadanos haitianos, sino también los coordinadores de los refugios quienes exigían constantemente que el gobierno declarara una crisis migratoria. Los representantes de la sociedad civil alegaban que la situación se había salido de control y que no existía un plan coordinado entre las autoridades, tanto mexicanas como estadounidenses. En una carta enviada al presidente de México, la Coalición Pro-Defensa del Migrante, A.C., solicitaba la intervención urgente del gobierno federal, sobre todo para garantizar la protección de los derechos humanos y la seguridad humana de los migrantes varados. Asimismo, se solicitaban recursos adicionales pues pareciera que, en lugar de disminuir, los flujos migratorios extra continentales seguirán en aumento¹³⁴.

Aunque esas recomendaciones no fueron aceptadas, el gobierno mexicano no tuvo más remedio que reconocer la existencia de una situación que salía de la normalidad. La retórica utilizada por los representantes del gobierno estuvo centrada principalmente en la responsabilidad de los otros países¹³⁵, lo que puso de manifiesto que en realidad el gobierno mexicano no quería hacerse responsable de la población haitiana varada en Tijuana. Así, se anunció que el gobierno mexicano ofrecería visas de visitante por razones humanitarias a los haitianos que no hubieren logrado su objetivo de ingresar a Estados Unidos, lo que les permitiría permanecer en México y conseguir trabajo.

Investigadores del Colegio de la Frontera Norte, hicieron notar el carácter excepcional con el que se trató esa crisis migratoria, pues al parecer hubo una serie de irregularidades en cuanto a la aplicación del régimen jurídico aplicable para aceptar el paso de los haitianos por México y luego para su regularización, haciéndolos sujetos de un trato diferenciado o exclusivo e incluso privilegiado: “Desde la perspectiva de los derechos humanos, particularmente de la libertad de movimiento y del principio de *non refoulement*, la actitud del INM fue ejemplar al arribo de la migración haitiana. Eventualmente, su apertura favorable a los

¹³⁴ García, Camelia, “Organizaciones promigrantes esperan respuesta de Peña Nieto este miércoles”, *La Jornada Baja California*, 11 de enero de 2017, <http://jornadabc.mx/tijuana/11-01-2017/organizaciones-promigrantes-esperan-respuesta-de-pena-nieto-este-miercoles>.

¹³⁵ Véase “Son un grave problema migrantes haitianos en Tijuana y Mexicali: Osorio. Con López Dóriga”, *Grupo Fórmula*, 24 de octubre de 2016, <http://www.radioformula.com.mx/notas.asp?Idn=635691&idFC=2016>.

haitianos pudo incluso ser contraria a las disposiciones internas y procedimientos del INM. Sobre todo, esa peculiar hospitalidad fue contrastante con su práctica habitual ante la migración centroamericana”¹³⁶.

De ese modo, la visibilidad de los haitianos logró poner sobre la mesa el debate sobre temas migratorios pendientes, específicamente el hecho de que las políticas migratorias de un país afectan invariablemente al resto de los países de la región, así como el que ninguna autoridad municipal, local o federal tienen competencia para hacer frente a las entradas masivas de migración en México.

1.3.3. La caravana de migrantes centroamericanos

En marzo de 2018, el organismo *Pueblo sin Fronteras* anunciaba que se realizaría el “Viacrucis migrante”¹³⁷, el cual se había estado realizando cada año durante la semana santa con dos objetivos: por un lado, para resaltar los peligros que enfrentan los migrantes cuando viajan a través de México y, por otro lado, como una forma de protección a esos migrantes en su tránsito por México¹³⁸. Ese año el viacrucis fue más visible, primero porque había entre 1200 y 1550 personas participando, y segundo porque el presidente Donald Trump lo utilizó como campaña en contra de la migración hacia los Estados Unidos. El 1 de abril de 2018, el presidente Trump comenzó a *tuitear* al respecto, asegurando que había “manadas” de migrantes peligrosos camino a la frontera. Asimismo, solicitó que los funcionarios mexicanos detuvieran al grupo, *so pena* de castigarlos en la renegociación de pactos comerciales como el TLCAN¹³⁹.

El hecho es que, más allá del número de personas que participaron en el viacrucis, y de la visibilidad del fenómeno gracias a los *tuits* de Donald Trump, el

¹³⁶ París Pombo, María Dolores, *cit.*, pp. 98-99.

¹³⁷ Pueblo sin fronteras, “Caravana migrante 2018”, <http://www.pueblosinfronteras.org/members.html>.

¹³⁸ En noviembre de 2016, se llevó a cabo la doceava caravana de madres migrantes por México en la que familiares de personas migrantes desaparecidas recorren el país en busca de sus seres queridos desaparecidos en su tránsito por México. Se calcula que en México, a lo largo de los 12 años que llevan realizando esta actividad, han desaparecido más de 70 mil migrantes. Al respecto véase Hernández López, Alonso y Morante Aguirre, Mariana, “Personas Migrantes en Tránsito Desaparecidas en México”, en Pérez Verónica, César Octavio y Cabral Pacheco, Ana Elizabeth, dir., *Frente a la Desaparición Forzada y la Desaparición por Particulares en Jalisco: la Lucha por la Verdad y la Justicia*, Centro de Justicia para la Paz y el Desarrollo, A.C., septiembre, 2017, p. 22. Véase también, Vargas Carrasco, Felipe de Jesús, “El vía crucis del migrante: demandas y membresía”, *Trace 73*, CEMCA, enero de 2018, pp. 117-133.

¹³⁹ Semple, Kirk, “Así es la caravana migrante criticada por Trump”, 5 de abril de 2018, <https://www.nytimes.com/es/2018/04/05/caravana-trump-mexico/>.

paso de los migrantes centroamericanos da visibilidad a la crisis migratoria en México, la cual ha sido mucho tiempo ignorada.

Según múltiples informes, Honduras es el país más peligroso de América¹⁴⁰, y al menos el 80% de las personas que piden asilo en México provienen de ese país. Los datos de inmigración de México apuntan a un fuerte aumento posterior a diciembre en el número de migrantes hondureños que viajan a través del país. Los migrantes de Centroamérica que tratan de llegar a los Estados Unidos de forma irregular tienen que atravesar el territorio mexicano, lo que los hace vulnerables a todo tipo de abusos y violaciones de derechos humanos por parte del crimen organizado y de las autoridades mexicanas¹⁴¹. Aunque la mayoría de los migrantes conocen los riesgos y los peligros existentes en el tránsito por México, existe un sentimiento generalizado de que no tienen otra opción¹⁴², de ahí la situación de crisis humanitaria que provoca un movimiento de personas.

Como hasta hace poco la frontera sur de México no estaba “cerrada”, en realidad el cruce de migrantes se realizaba de forma fluida. El verdadero reto comenzaba una vez que los migrantes llegaban a territorio mexicano. El viaje comienza normalmente en Tapachula, luego se dirigen hacia Arriaga para evitar los controles migratorios y luego toman el tren mercancía conocido como “La Bestia”¹⁴³. Durante el trayecto, además de los robos y abusos que sufren los migrantes, existe la presencia de Maras y los Zetas que secuestran a los

¹⁴⁰ Véase por ejemplo, United Nations High Commissioner for Human Rights, “Human rights violations in the context of the 2017 elections in Honduras”, http://www.ohchr.org/Documents/Countries/HN/2017ReportElectionsHRViolations_Honduras_EN.pdf; InSight Crime, *Maras y pandillas en Honduras*, 25 de noviembre de 2015, <http://www.insightcrime.org/images/PDFs/2015/MarasHonduras.pdf>

¹⁴¹ En un informe de 2013, la Red de Documentación de las Organizaciones Defensoras de Migrantes y el Servicio Jesuita a Migrantes, analizaron 931 testimonios de migrantes, y encontraron que 52% declararon haber sido víctimas de robo, 33% víctimas de extorsión por parte de grupos criminales. Alrededor de 18% de los abusos fueron cometidos por las autoridades mexicanas. Véase Red de Documentación de las Organizaciones Defensoras de Migrantes, “Narrativas de la Trasmigración centroamericana en su paso por México”, <http://www.flacsi.net/wp-content/uploads/2013/12/Trilog%C3%ADa3.-Resumen-ejecutivo.pdf>; véase también el análisis a partir del concepto de precariedad realizado por Basok, Tanya, *et.al.*, *Rethinking Transit Migration: Precarity, Mobility, and Self-Making in Mexico*, Estados Unidos, Palgrave Macmillan, 2015.

¹⁴² Al respecto, véase Isacson, Adam, *et. al.*, *Mexico other's border: security, migration, and the humanitarian crisis at the line with Central America*, Washington Office on Latin America, Agosto de 2014, p. 20.

¹⁴³ Véase International Crisis Group, Crisis Group, “Easy Prey: Criminal Violence and Central American Migration”, Latin America Report núm. 57, 28 de julio de 2016, p. 5.

migrantes para pedir rescates de sus parientes en los Estados Unidos¹⁴⁴. Además, el propio tren es un riesgo puesto que los migrantes viajan encima del tren, el tren viaja cada vez más rápido, y se ha incrementado la presencia policial a lo largo de la ruta migratoria. Por ejemplo, se ha reportado que más de 100 migrantes han caído del tren o perdido partes de su cuerpo desde 2012¹⁴⁵. Desde el 2014 se había invertido en medidas para evitar que los migrantes abordaran la *Bestia*, sobre todo para incrementar la velocidad de los trenes y otras acciones de vigilancia en los 23 municipios limítrofes con Guatemala y Belice¹⁴⁶.

En este contexto, los migrantes no tienen más remedio que confiar en los traficantes de migrantes y guías con el fin de evitar los puestos de control y al crimen organizado. El problema es que ahora los traficantes de migrantes, conocidos como “coyotes” o “polleros”, son utilizados por el crimen organizado para el secuestro de migrantes¹⁴⁷. También se ha reportado que los traficantes utilizan ahora camiones de carga refrigerados, así como líneas de auto transporte federales, por lo que pareciera que algunas autoridades están implicadas.

Para tratar de controlar esos flujos de migración, se presentó el “Plan de la Frontera Sur” como una forma de “proteger y salvaguardar los derechos humanos de los migrantes que ingresan y que transitan por México, así como ordenar los cruces internacionales para incrementar el desarrollo y la seguridad de la región.”¹⁴⁸ Los objetivos específicos del Plan son los siguientes: Instaurar un paso formal y ordenado a través de la entrega de tarjetas de Trabajadores Fronterizos y Visitantes Regionales a ciudadanos de Guatemala y Belice, en una primera

¹⁴⁴ Véase Isacson, Adam, *cit.*, p. 19; International Crisis Group, “Easy Prey...”, *cit* p. 10; Pérez Corona, Fernando, «Rescatan a 9 centroamericanos indocumentados secuestrados», *Excelsior*, 22 de marzo de 2016, <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2016/03/22/1082369>; “Explosión pone al descubierto casa con 60 migrantes secuestrados”, *Excelsior*, 9 de febrero de 2016, <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2016/02/09/1073926>.

¹⁴⁵ Véase International Crisis Group, “Easy prey...” *cit* p. 10; Xicontécatl, Fabiola, «Por huir de Migración, indocumentado cae de ‘La Bestia’ y le amputa un pie », *Excelsior*, <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2016/04/05/1084690>.

¹⁴⁶ Márquez Covarrubias, Humberto, “No vale nada la vida: éxodo y criminalización de migrantes centroamericanos en México”, *Migración y Desarrollo*, núm. 25, segundo semestre, 2015, p. 164.

¹⁴⁷ Véase International Crisis Group, “Easy prey...” *cit* pp. 11-12. Se desconoce cuántos migrantes han sido secuestrados puesto que muy pocos denuncian y algunos son asesinados porque no pueden pagar el rescate. Véase también Casillas, Rodolfo, *cit.*, p. 145.

¹⁴⁸ Véase Presidencia de la República, “Pone en marcha el Presidente Enrique Peña Nieto el Programa Frontera Sur”, <http://www.gob.mx/presidencia/prensa/pone-en-marcha-el-presidente-enrique-pena-nieto-el-programa-frontera-sur>.

etapa y más tarde pudiera extenderse a hondureños y salvadoreños; b) garantizar la seguridad para los migrantes, a partir de la mejora en la infraestructura con que se cuenta, por ejemplo, los cinco puntos de revisión aduanales se transformarán en Centros de Atención Integral al Tránsito Fronterizo; c) reforzar la protección social y de salud para aquellos migrantes, en particular menores de edad, que sean detectados en territorio nacional; d) poner en marcha un mecanismo especial para la atención de los NNAS, en el que también participan El Salvador, Estados Unidos, Guatemala y Honduras; e) creación de la Coordinación para la Atención Integral de la Migración en la Frontera Sur¹⁴⁹.

Este plan ha sido muy criticado, sobre todo porque los detalles en cuanto a su puesta en práctica no son del todo claros¹⁵⁰. En efecto, en ninguna parte se encuentran las medidas concretas que serán tomadas, por lo que algunos consideran que el Plan fue elaborado rápidamente por orden de Estados Unidos¹⁵¹. Además, desde la puesta en marcha del *Plan Frontera Sur*, las autoridades provinciales han informado de un aumento en la comisión de delitos. La realización de operativos por parte de las autoridades en áreas cercanas a los refugios para migrantes ha provocado la disminución de los migrantes, no porque los flujos hayan disminuido, sino porque los migrantes ahora tienen miedo de acercarse a los refugios. Asimismo, se ha venido denunciando la realización de operativos en la selva para bajar los migrantes del tren, lo que los deja en manos del crimen organizado¹⁵². Además, se ha señalado el aumento de detenciones de migrantes irregulares comparado con 2013, con 200 mil migrantes detenidos, 92% originarios de Centroamérica¹⁵³.

¹⁴⁹ Véase Sánchez, Enrique, «Apertura temporal en la frontera sur; México pone en marcha programa para migrantes» *Excélsior*, 8 de julio de 2014, <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2014/07/08/969522>.

¹⁵⁰ Véase, por ejemplo, el análisis realizado por Morales Vega, *et. al., cit.*, pp. 355-366.

¹⁵¹ Véase «Programa frontera sur: cacería de migrantes», <http://www.animalpolitico.com/caceriademigrantes/textoi.html>.

¹⁵² Véase Paz Carrasco, Miguel Ángel, *et. al., Mirar las fronteras desde el sur: salud y migración en la frontera México-Centroamérica*, Universidad Nacional Autónoma Metropolitana y Voces Mesoamericanas, Acción con Pueblos Migrantes, A.C, Guatemala-México, 2016, p. 37, http://vocesmesoamericanas.org/wp-content/uploads/2016/08/Mirar_Las_Fronteras.pdf.

¹⁵³ Martínez, F. “Cifra récord de migrantes detenidos en México; casi 200 mil al cierre de 2015: SG”, *La Jornada*, 26 de diciembre de 2015, <http://www.jornada.unam.mx/2015/12/27/politica/004n1pol>. De las 178,254 personas presentadas al Instituto Nacional de Migración, 81,3% fueron devueltas a sus países.

Es ante ese panorama que ha ido en aumento el número de personas que deciden viajar en caravanas para atravesar México, con la intención de solicitar el asilo en Estados Unidos. Al principio las caravanas eran movilizaciones sociales como la Caravana de Madres en busca de sus hijos desaparecidos¹⁵⁴ y el Movimiento Migrante Mesoamericano¹⁵⁵. Esos movimientos dieron la forma para la nueva forma de movilidad de migrantes centroamericanos para aminorar los riesgos en tránsito por México.

La caravana que se empezó a gestar en octubre de 2018, con alrededor de dos mil personas, la mayoría de nacionalidad hondureña, incluía a familias enteras. A la primera caravana se fueron integrando otras personas de diversas nacionalidades y nuevas caravanas se fueron formando desde entonces desde Centroamérica, la segunda con mil hondureños y otras tres caravanas conformadas por salvadoreños. Para noviembre de 2018 se estima que llegaron a Tijuana más de 6 mil migrantes centroamericanos en la caravana generando una crisis humanitaria en la ciudad debido a la falta de preparación y a pesar de contar ya con la experiencia de la crisis con los haitianos¹⁵⁶.

Una vez más, la visibilidad de la crisis corrió a cargo del presidente Donald Trump a través de diferentes *tweets* que tuvieron una amplia cobertura mediática, amenazando con cortar la ayuda económica a Honduras, El Salvador y Guatemala si no impedían que sus ciudadanos entraran a Estados Unidos de forma ilegal¹⁵⁷. Posteriormente dijo que militarizaría la frontera con México para impedir la entrada de la caravana¹⁵⁸ y luego que cerraría la frontera con México¹⁵⁹. También culpó en repetidas ocasiones a los demócratas de estar detrás de la

¹⁵⁴ Varela Huerta, Amarela, “Caravana de Madres Centroamericanas, un ejemplo de las nuevas luchas migrantes”, en Vázquez, Luis Daniel y Estévez, Ariadna, coord., *Derechos humanos y transformación política en contextos de violencia*, México, UNAM, 2015, pp. 315-352.

¹⁵⁵ <https://movimientomigrantemesoamericano.org/>

¹⁵⁶ El Colegio de la Frontera Norte, “La caravana de migrantes centroamericanos en Tijuana 2018: diagnóstico y propuestas de acción”, Primera etapa, 13 de diciembre de 2018, <https://www.colef.mx/estudiosdeelcolegf/la-caravana-de-migrantes-centroamericanos-en-tijuana-2018-diagnostico-y-propuestas-de-accion/>.

¹⁵⁷ EFE, «Trump amenaza con cortar la ayuda a Honduras si no se detiene la caravana de migrantes», *Público*, 17 de octubre de 2018.

¹⁵⁸ Ocaño, Manuel, «Por caravana migrante, Trump quiere militarizar la frontera con México». *Excelsior*. 25 de octubre de 2018, <https://www.excelsior.com.mx/global/por-caravana-migrante-trump-quiere-militarizar-la-frontera-con-mexico/1274061>, consultado el 28 de abril de 2019.

¹⁵⁹ *Excelsior*, “Trump amenaza con cerrar la 'maldita frontera' con México”, 29 de marzo de 2019.

caravana, y dijo que en la misma se encuentran mezcladas personas del Medio Oriente, incluidos miembros de Estado Islámico.

No obstante, lo que llamó la atención en esta caravana fue la polarización de la población mexicana. Según un informe del *Colegio de la Frontera Norte*, las condiciones de la recepción por parte de los municipios o ciudades de tránsito no eran las mismas en cada etapa. “Algunos gobiernos locales brindaron apoyos tales como carpas, alimentos, servicios de salud y convocaron a la ciudadanía mientras que otros manifestaron actitudes de rechazo o franca animadversión. Igualmente, las manifestaciones de la ciudadanía al paso de la caravana fueron muchas veces de gran solidaridad y amistad, y en otras ocasiones de enojo o incluso de agresión contra los migrantes”¹⁶⁰. Quedó en evidencia que no hay municipio que cuente con la infraestructura necesaria para recibir a tantos migrantes al mismo tiempo.

El impacto humanitario fue evidente, pues al principio se abrió un albergue temporal en la Unidad Deportiva Benito Juárez, a cargo del municipio de Tijuana, con la participación de Desarrollo Integral para la Familia (DIF), la Dirección de Desarrollo Social y la Dirección de Atención al Migrante, pero su cupo era para 2,000 personas. Al 28 de noviembre ya había en el deportivo 6,151 personas¹⁶¹. En ese contexto, el presidente municipal se manifestó en diversas ocasiones en contra de la caravana¹⁶², y pidiendo recursos tanto al gobierno estatal como al gobierno federal. Al comenzar las lluvias, las condiciones de vida se degradaron, por lo que se trasladó a los migrantes a un inmueble abandonado, conocido como “El Barretal”, pero con una gestión federal¹⁶³. Esta forma de proceder es algo que nunca se había experimentado en Tijuana, pues normalmente son las organizaciones de la sociedad civil las que reciben a los migrantes y organizan la ayuda humanitaria. Esta vez, a diferencia de la llegada masiva de ciudadanos

¹⁶⁰ El Colegio de la Frontera Norte, *cit.*, p. 6 y ss.

¹⁶¹ *Ibid*, p. 8.

¹⁶² Milenio Digital, “Ya no queremos migrantes en Tijuana: alcalde”, *Milenio*, 15 de noviembre de 2018, <https://www.milenio.com/estados/ya-no-queremos-migrantes-en-tijuana-alcalde>, consultado el 29 de abril de 2019.

¹⁶³ El Colegio de la Frontera Norte, “La caravana de migrantes centroamericanos en Tijuana 2018-2019 (Segunda etapa)”, 25 de marzo de 2019, <https://www.colef.mx/wp-content/uploads/2019/03/2o.-Reporte-Caravana-Tijuana.250319.pdf>.

haitianos en 2016, dichas organizaciones jugaron un rol secundario, pero siguieron presentes en la coordinación de la ayuda a los migrantes¹⁶⁴.

El problema es el sistema que se implementó desde la llegada de los haitianos, a través del registro de las personas que desean atravesar hacia Estados Unidos, la cual es gestionada por el Instituto Nacional de Migración. Según los datos del Colegio de la Frontera Norte, al momento de la llegada de la caravana había una lista de espera de cerca de 5,000 personas y se permitía cada día la entrada de entre 40 y 100 solicitantes para llevar a cabo entrevistas de temores fundados, por lo que el tiempo de espera en Tijuana es de tres meses mínimo¹⁶⁵.

Ante las lamentables condiciones en las que se encuentran los migrantes de las caravanas, muchos han tomado decisiones drásticas como cruzar de forma ilegal, asentarse en Tijuana de forma definitiva e incluso regresar a sus países¹⁶⁶. Tal vez el evento que más despertó la atención internacional fue el del 25 de noviembre, en el que decenas de personas intentaron saltar y cruzar la valla hacia Estados Unidos, pero fueron repelidos por agentes de la Patrulla Fronteriza, quienes lanzaron bombas de gas lacrimógeno y armas sónicas. Entre ellos había muchos niños quienes sufrieron intoxicación producida por el gas, lo cual fue denunciado internacionalmente.

Con la llegada del nuevo gobierno en México, se abrió una nueva oportunidad para los migrantes centroamericanos, pues el presidente Andrés Manuel López Obrador anunció que se iban a flexibilizar las condiciones de los centroamericanos para obtener un visado y poder permanecer legalmente en México, incluso les ofreció quedarse a trabajar en México¹⁶⁷. Para febrero de 2019, el sistema ya estaba saturado y ya se habían entregado 13,270 tarjetas de visitante por razones humanitarias, por lo que se anunció el fin de ese tipo de

¹⁶⁴ *Ibid*, p. 12.

¹⁶⁵ El Colegio de la Frontera Norte (primera etapa) *cit.*, p. 39.

¹⁶⁶ El Colegio de la Frontera Norte (segunda etapa) *cit.*, pp. 28-32.

¹⁶⁷ Notimex «Nada de maltrato a migrantes centroamericanos, pide AMLO; habrá empleo para ellos, asegura», *Animal Político*, 21 de octubre de 2018.

visados¹⁶⁸, provocando otra crisis, pero ahora en Chiapas¹⁶⁹. Parece que la nueva línea del gobierno mexicano, en un discurso de protección de los migrantes¹⁷⁰, es el de regresarlos a sus países, es decir, parece que ya no se va a permitir la formación de nuevas caravanas¹⁷¹.

Por otra parte, ante las constantes amenazas del presidente Donald Trump¹⁷², y ante la evidencia de que la mayoría de los centroamericanos son deportados¹⁷³, el destino de los migrantes que integraron las caravanas es incierto. Aunque se asegura que muchos se quedarían en México, la realidad es que las caravanas varadas en Tijuana se fueron dispersando y poco a poco se les ha ido perdiendo el rastro a esos migrantes, volviéndose nuevamente invisibles. La conclusión sigue siendo la misma, ni el sistema de migración mexicano, ni el de Estados Unidos están preparados para recibir y tratar las solicitudes de todas esas personas.

1.3.4. La falla del sistema de migración mexicano

En una investigación realizada por el organismo *Sin Fronteras*, se pone en evidencia que, a pesar de la existencia de un nuevo marco normativo en México, los casos de violación de derechos humanos siguen presentándose en nuestro país¹⁷⁴. No obstante, parece claro que entre más visible sea el fenómeno, las autoridades utilizan el régimen aplicable como una forma de controlar la ingobernabilidad, pero sobre todo para evitar el debate de fondo, es decir, el clima de violencia en México, que México no es un país seguro ni para los migrantes ni para sus ciudadanos y, sobre todo, mantener las relaciones cordiales con sus

¹⁶⁸ Martínez, Fabiola, “INM: concluyó el programa para visitante por razones humanitarias”, *La Jornada*, 13 de febrero de 2019, <https://www.jornada.com.mx/2019/02/13/politica/011n4pol>, consultado el 28 de abril de 2019.

¹⁶⁹ Romero, Gaspar, “Reportan sobrepoblación en estación migratoria de Chiapas”, *Excelsior*, 3 de abril de 2019; Henríquez, Elio, “Esperan salvoconductos de tránsito unos 5 mil migrantes en Chiapas”, *La Jornada*, 22 de abril de 2019; Martínez, Fabiola, “Fuga masiva de migrantes en estación migratoria de Tapachula”, *La Jornada*, 25 de abril de 2019.

¹⁷⁰ Notimex, “Niega López Obrador contradicción en política migratoria”, *Excelsior*, 23 de abril de 2019.

¹⁷¹ Sánchez Dórame, “Van más de dos mil migrantes detenidos”, *Excelsior*, 18 de abril de 2019; Sánchez, Jacob, “Pedirán visa a Salvadoreños y Hondureños”, *El Sol de Tijuana*, 23 de abril de 2019; Henríquez, Elio, “Agentes del INM detienen a cientos de centroamericanos que iban a EU”, *La Jornada*, .

¹⁷² EFE, “‘Nuestro país está lleno’, dice Trump a migrantes”, *Excelsior*, 5 de abril de 2019.

¹⁷³ Véase el informe realizado por Meissner Doris, *et. al.*, *The U.S. Asylum System in Crisis: Charting a Way Forward*, Migration Policy Institute, Septiembre de 2018.

¹⁷⁴ Arias Muñoz, Karina y Carmona Arellano Nancy, “Evolución y retos del marco normativo migratorio en México: Una perspectiva histórica”, *Sin Fronteras IAP*, diciembre de 2012.

vecinos a pesar de que es evidente que el tema migratorio está rebasando la capacidad de todos los niveles de gobierno.

Por otro lado, cada vez es más evidente que México es un país de destino. Basta con analizar el aumento importante de las solicitudes de asilo por parte de los ciudadanos de Honduras, el Salvador y Guatemala¹⁷⁵, para darnos cuenta de que el paradigma migratorio ha cambiado en México¹⁷⁶. En 2016, México detuvo 112,720 migrantes de Centroamérica y deportó 104,707¹⁷⁷. Las solicitudes de asilo en México aumentaron un 66% en el año 2017, en comparación del año anterior, según los datos de la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR), sin embargo, solamente 1,907 personas fueron reconocidas y otras 7,719 se encuentra en trámite. En 2018, las peticiones de asilo aumentaron en un 103% con 29,623 solicitudes de ciudadanos provenientes de Honduras, El Salvador, Venezuela, Guatemala y Nicaragua¹⁷⁸.

Según el Comunicado de Prensa DGC/046/18, de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, de las 14,596 solicitudes iniciadas durante el 2017 por la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR), cerca del 60% no habían sido atendidas. Tal situación preocupa al considerar que han sido reportados 2,400 procedimientos abandonados y desistidos, presumiblemente como respuesta a los largos plazos de resolución y la poca información que se proporciona a los interesados.

Al respecto, el Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova denuncia la existencia de una política informal que busca disuadir a los migrantes para realizar solicitudes de asilo, sometiéndolos a una detención prolongada en condiciones muy duras y en clara violación de los derechos humanos¹⁷⁹. El simple

¹⁷⁵ Véase, Amnistía Internacional, “¿Hogar dulce hogar? El papel de Honduras, Guatemala y El Salvador en la creciente crisis de refugiados”, 14 de octubre de 2016,

<https://www.amnesty.org/es/documents/amr01/4865/2016/es/>.

¹⁷⁶ Sin Fronteras, “Evolución y retos del asilo en México: 20 años de asistencia legal e incidencia por las personas refugiadas”, septiembre de 2016, https://sinfronteras.org.mx/wp-content/uploads/2017/06/InformeAsilo_2016_WEB_02.pdf.

¹⁷⁷ Unidad de Política Migratoria, “Boletín Mensual de Políticas Migratorias 2017”; véase Isacson, Adam, *cit.*

¹⁷⁸ Véase UNHCR, « Asylum claims in Mexico », abril de 2019,

<https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/UNHCR%20Factsheet%20Mexico%20-%20April%202019.pdf>.

¹⁷⁹ Al respecto, véase Isacson, Adam, *cit.*, pp. 16-18.

hecho de que no se estén presentando solicitudes de asilo, así como el bajo índice de aceptación, hacen evidente la crisis migratoria por la deficiencia del derecho migratorio. En ese sentido, lejos de resolver el fondo, en realidad el sistema actual está desplazando el problema, la irregularidad continúa y provoca la crisis humanitaria que se vive tanto en el trayecto como en los centros de detención.

Por último, la inseguridad y la violencia que se vive en México no solo afecta a los mexicanos, sino también a los migrantes. El organismo *Human Rights First* considera que México está lejos de ser un país seguro por los motivos siguientes: (i) los migrantes y refugiados enfrentan riesgos graves de secuestro, desaparición, agresión sexual, tráfico y otros daños graves en México; (ii) los oficiales migratorios mexicanos deportan a los centroamericanos que han expresado temor a regresar a pesar de la no devolución y los derechos humanos del país; (iii) a medida que el número de solicitudes de asilo presentadas en México aumenta significativamente, el sistema de asilo mexicano carece de alcance nacional efectivo; (iv) las deficiencias, barreras y fallas en el sistema de asilo mexicano dejan a muchos refugiados desprotegidos; (v) la detención se usa para castigar a las personas que solicitan asilo y como una amenaza para presionar a las personas que expresan temor a regresar a solicitar asilo.

1.3.5. El fracaso del sistema migratorio de los Estados Unidos

En 2014, el presidente de Estados Unidos, Barack Obama, declaró: «America's *immigration system is broken*», que el sistema migratorio estadounidense no estaba funcionando y que una reforma estructural era necesaria¹⁸⁰. Desde entonces, existe en Estados Unidos todo un debate respecto a la forma en que se debe solucionar el problema, lo cual está lejos de solucionarse con la entrada de Donald Trump al poder y su política de “cero tolerancia”¹⁸¹.

Algunos piensan que los agentes de migración y la patrulla fronteriza tienen la obligación de proteger a los ciudadanos estadounidenses y no a los migrantes

¹⁸⁰ The White House, President Barack Obama, “Remarks by the President in Address to the Nation on Immigration », 20 de noviembre de 2014, <https://www.whitehouse.gov/issues/immigration/immigration-action#>.

¹⁸¹ Congressional Research Services, “The Trump Administration’s “Zero Tolerance” Immigration Enforcement Policy” 26 de febrero de 2019, <https://fas.org/sgp/crs/homesecc/R45266.pdf>.

irregulares, aunque estos sean menores de edad y estén huyendo de situaciones de violencia¹⁸². Así, hasta el momento, todas las políticas estadounidenses tienen un solo objetivo: expulsar lo más rápidamente posible a los migrantes irregulares y a aquellos que no cumplan con los requisitos para ser admitidos como refugiados¹⁸³.

Por lo que respecta a la presión que ha ejercido Estados Unidos en Centroamérica, lo más que se ha logrado es la «Declaración extraordinaria de Managua», adoptada en 25 de junio de 2014¹⁸⁴, con el fin de asegurar la responsabilidad de todos los Estados en la gestión de la crisis.

Como resultado de lo que se conoce como la “Alianza para la Prosperidad”, el Congreso de Estados Unidos aprobó un programa de ayuda de 750 millones de dólares para el año 2016, y el presidente Obama solicitó el mismo monto para el 2017. Estos fondos deberían ser usados para reducir la pobreza en los países en Centroamérica y para establecer medidas contra la corrupción, así como para reformar el sistema de justicia. Además, en una reunión celebrada en febrero de 2015, los presidentes de Honduras, Guatemala y El Salvador se comprometieron a destinar cada uno 2.6 mil millones de dólares de sus presupuestos nacionales para apoyar los objetivos del plan¹⁸⁵.

La Orden Ejecutiva del 25 de enero del presidente Trump "Mejoras en la Seguridad Fronteriza y la Inmigración" propuso devolver algunas llegadas fronterizas a "territorios contiguos", como México, mientras esperan las audiencias de remoción de la corte de inmigración de los Estados Unidos. A raíz de esta orden y la otra orden ejecutiva del presidente relativa a los refugiados, algunos agentes estadounidenses en la frontera sur han dicho a las personas que buscan

¹⁸² Al respecto, véase Ordoñez, Franco, « Despite danger there, U.S. to continue deportations to Central America », McClatchy DC, 3 de agosto de 2016, <http://www.mcclatchydc.com/news/nation-world/national/article93508402.html>.

¹⁸³ Véase por ejemplo, Department of Homeland Security, “Southern Border and Approaches Campaign”, 20 noviembre 2014, https://www.dhs.gov/sites/default/files/publications/14_1120_memo_southern_border_campaign_plan.pdf.

¹⁸⁴ Véase CRM, “Declaración Extraordinaria”, junio de 2014, http://www.crmsv.org/ReunionesCRM_GRCM.htm.

¹⁸⁵ Véase Biden, Joseph « Joe Biden: A Plan for Central America », The New York Times, 29 de febrero de 2015, http://www.nytimes.com/2015/01/30/opinion/joe-biden-a-plan-for-central-america.html?_r=2.

protección que Estados Unidos ya no acepta a los solicitantes de asilo¹⁸⁶. Además, las propuestas legislativas cambiarían la ley estadounidense para exigir el rechazo de asilo a muchos refugiados que viajan a través de México, incluso si carecen de protección real allí, y permitirían al Secretario de Seguridad Nacional declarar a México un "tercer país seguro" al que los Estados Unidos devolvería a los refugiados, impidiéndoles buscar protección a través del proceso de asilo. Sin embargo, Estados Unidos sigue presionando a México para que "gestione" la frontera sur.

Todas esas medidas constituyen una forma de bloqueo, cuyo objetivo no es la resolución de la crisis, sino la contención de los flujos que no busca resolver el fondo. Ello provoca el aumento de la tensión e incluso la agravación del problema, puesto que la tensión solamente se desplaza hacia otro lado provocando precariedad¹⁸⁷. Por ejemplo, Amnistía Internacional indica que pese a las políticas de "mano dura" de control fronterizo de México y de Estados Unidos el flujo de personas no se ha detenido, por el contrario, solo "condenan a los migrantes a seguir unas rutas más precarias y fortalecen las redes delictivas violentas que alimentan el tráfico de seres humanos y dan lugar a un aumento de la pérdida de vidas"¹⁸⁸. En realidad, la gobernabilidad contradictoria de ambos países ha provocado la invisibilidad de los migrantes. Estos no quieren ser vistos para no ser repatriados, aunque ello implique tener que pagar cantidades importantes a los traficantes de migrantes.

1.4. Las lecciones de las crisis

Las situaciones de urgencia humanitaria, que a la fecha de redacción de esta tesis siguen vigentes, nos hacen pensar que todavía no se ha encontrado el hilo conductor en el replanteamiento del derecho migratorio. De lo que hemos venido analizando a lo largo del presente capítulo, se pueden destacar varias

¹⁸⁶ Véase Departamento de Seguridad Nacional, "Implementing Memo on the President's Border Security Enforcement Policies", 20 de febrero de 2017, https://www.dhs.gov/sites/default/files/publications/17_0220_S1_Implementing-the-Presidents-Border-Security-ImmigrationEnforcement-Improvement-Policies.pdf.

¹⁸⁷ Véase el análisis sobre la creación de la precariedad realizado por Basok, Tanya, *cit.*, p. 70 y ss.

¹⁸⁸ Amnistía Internacional, "Enfrentando muros: violaciones de los derechos de solicitantes de asilo en Estados Unidos y México", 15 de junio de 2017, <https://www.amnesty.org/download/Documents/AMR0164262017SPANISH.PDF>.

lecciones con el fin de detectar los errores y de revelar las áreas de oportunidad, pues las crisis analizadas tienen varios puntos en común.

Antes de exponer dichas lecciones, nos parece importante subrayar que, a pesar de que ambas crisis presentan estadísticas diferentes, en el fondo parten de la misma idea de conflicto subyacente y de incapacidad o falta de voluntad política. En ese sentido, en Europa existe igualmente una crisis de NNAS¹⁸⁹, y en Centroamérica y México se vive una real situación de urgencia humanitaria que abarca a todos los migrantes irregulares en general¹⁹⁰. Si elegimos tratar el tema de forma separada es por el tipo de respuesta política que se ha venido dando en ambos casos. En efecto, en Europa se está tratando toda la crisis de forma conjunta, mientras que en México y Estados Unidos se han realizado acciones separadas para cada una de las tres situaciones expuestas, pero la respuesta que se está dando a ese respecto afecta sin duda a la gestión en general de los movimientos masivos de migración. No obstante lo anterior, reconocemos que el tema de los NNAS es un tema complejo que requiere mucho más investigación puesto que, entre todos los migrantes, los NNAS constituyen el grupo más vulnerable porque son menores de edad y no están acompañados de sus tutores. De esa forma, los NNAS terminan fácilmente en situaciones de criminalidad, violencia y abuso infantil. Dichas situaciones salen del marco que nos hemos propuesto analizar, pero sin duda tienen un impacto importante en el derecho migratorio internacional y en el cambio de paradigma que hemos venido argumentando.

Así pues, los países de Europa, México y Estados Unidos están confrontados con dos obligaciones: proteger a quienes lo necesitan y deportar a

¹⁸⁹ Por ejemplo, más de 20,000 NNAS llegaron a Italia por el Mediterráneo en los primeros nueve meses de 2016, según la Agencia de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). Véase EuroEFE, “Este año 20,000 niños refugiados cruzaron solos el Mediterráneo hacia Italia”, 16 de octubre de 2016, http://euroefe.euractiv.es/6286_mediterraneo/4108210_este-ano-20-000-ninos-refugiados-cruzar-on-solos-el-mediterraneo-hacia-italia.html.

¹⁹⁰ Amnistía Internacional asegura que América Central y del Norte se enfrentan a la crisis más aguda de personas en movimiento que la región ha presenciado en décadas. Simplemente destaca que el número de solicitudes de asilo presentadas en todo el mundo por solicitantes de El Salvador, Honduras y Guatemala se incrementó en un 597 por ciento. Véase Amnistía Internacional, “¿Hogar dulce hogar?...” *cit.*

quienes no¹⁹¹. Por ello, se puede decir que el desafío se presenta como consecuencia de la entrada masiva de personas con necesidades diferentes.

1.4.1. Del momento en que se decretan las crisis

Como lo hemos venido analizando, las crisis son fenómenos complejos, por lo que es difícil determinar en qué momento comienzan, sobre todo porque desde la primera perturbación del sistema ya se está en situación de crisis. En materia migratoria, hemos visto que la crisis corresponde normalmente a la falla del marco jurídico migratorio. En ese sentido, no es propiamente el desplazamiento o el aumento de flujos de migración lo que provoca la crisis, sino la imposibilidad de aplicar un derecho migratorio con múltiples lagunas y contradicciones. Así pues, en los casos que hemos analizado, la crisis no fue declarada o reconocida por los diferentes gobiernos y organismos internacionales sino hasta que el sistema migratorio en vigor ya no pudo ser aplicado en la misma forma que se aplica ante movimientos “normales”.

Al respecto, es interesante la forma en que se realizó en cada caso el reconocimiento de una situación de crisis. En el caso de la Unión Europea, la crisis migratoria fue decretada con motivo del reconocimiento de todos los Estados Europeos de que el sistema de Dublín no estaba funcionando. En efecto, no se trataba solamente de un aumento de flujos, sino de la percepción de que las responsabilidades no se estaban compartiendo, y que ello era causado por el propio régimen en vigor. En el caso de la crisis en México a pesar de que antes de 2014, se había registrado un aumento importante en el flujo migratorio proveniente de Centroamérica, no fue sino hasta que el gobierno no tuvo más remedio que reconocer que su sistema migratorio no estaba adaptado para recibir a familias enteras y NNAS, que se decretó una situación de urgencia. En este punto, es importante destacar que el gobierno de Barack Obama nunca habló expresamente de una crisis migratoria, sino al contrario, su discurso estaba enfocado en asegurar a los ciudadanos estadounidenses que las fronteras eran seguras, aunque el sistema migratorio ya no funcione. De lo que sí hablaba

¹⁹¹ Véase por ejemplo Ziebarth, Astrid, “Broken systems: the 2014 humanitarian crisis in the US and policy insights for Europe”, *European View*, vol. 14, 2015, p.196.

Obama es de una crisis humanitaria, con el objetivo de aplicar otro tipo de medidas. Con Donald Trump, el discurso es de seguridad, tratando expresamente la cuestión de los movimientos masivos como una cuestión de crisis migratoria con una amenaza a la seguridad de las fronteras.

En cuanto a la crisis humanitaria, pareciera que el momento en que se declaran situaciones de urgencia dependen más bien de la incapacidad material y humana de recibir adecuadamente a los migrantes. En los casos de estudio, los países que reciben a los migrantes tienen una cierta experiencia e instalaciones para retenerlos. Sin embargo, debido al aumento de los flujos en periodos muy cortos de tiempo y ante la rigidez del sistema que implica retener a los migrantes hasta que se determine su categoría, ha sido imposible la recepción en condiciones “humanas”. Los migrantes se encuentran frecuentemente hacinados en los centros de retención, en albergues, en campos de refugiados o incluso en las calles, en lugares muy fríos, con escasa comida y agua, y con condiciones sanitarias inadecuadas.

En las crisis que estudiamos, se ha tratado de desplazar el problema con el fin de evitar más llegadas, sin embargo, esas medidas han agravado la crisis humanitaria. Sirva como ejemplo, en el caso de Europa, el número aún creciente de muertes en el Mediterráneo y, en el caso de los migrantes en su paso por México, el número cada vez más elevado de secuestros, trata humana y desapariciones en territorio mexicano. Además, esta situación denunciada globalmente por los organismos internacionales y por organismos no gubernamentales, es un llamado a la necesidad imperiosa de tomar conciencia de que detrás de lo que se ha generalizado como crisis migratoria existen seres humanos que siguen y seguirán arriesgando sus vidas hasta en tanto el sistema no se reorganice.

1.4.2. La falla sistemática de las políticas de migración

Las políticas de migración siguen la lógica sobre la cual está construida la idea del Estado en las relaciones internacionales, esto es, que cada Estado es soberano y que su soberanía le otorga el poder absoluto para decidir quién puede entrar, quién puede permanecer en el territorio y quién debe ser expulsado por no

corresponder a los parámetros establecidos por dicho Estado o por representar un riesgo para la seguridad del país. El objetivo es entonces, por un lado, elegir a los candidatos que cubren un perfil específico y, por otro lado, evitar que los que no cubren ese perfil intenten ingresar por vías irregulares, como se analizará en el siguiente capítulo.

Así, ante un problema que sobrepasa las fronteras, se siguen dando respuestas locales: cada Estado aplica su política migratoria, siguiendo los lineamientos, procedimientos y requisitos que él mismo ha establecido¹⁹². Esa forma tradicional de construir políticas migratorias es factible cuando se trata de elegir candidatos para la migración económica, pero no funciona ante flujos masivos de migración mixta¹⁹³.

En las crisis que hemos analizado en el presente capítulo, los propios Estados han tenido que ir reconociendo que sus políticas migratorias no funcionan en periodos de grandes desplazamientos. En el caso de Europa, la situación es compleja puesto que cada Estado miembro posee su propia política migratoria, pero es signatario de la Política Común de Protección y Asilo. Aunque el sistema parecía ser lógico, la realidad de la crisis migratoria nos muestra que se está lejos de tener una respuesta común sobre la migración. En ese contexto, cada país miembro de la Unión Europea hace lo que puede en periodo de crisis, siguiendo sus propias normas y no las de la Unión. Así por ejemplo, Alemania y Suecia recibieron a casi la mitad de todos los solicitantes de asilo de la Unión Europea, mientras que los países de Europa del Este han rechazado de forma generalizada hacerse cargo de grandes cantidades de personas. No existe pues una respuesta común, y es precisamente ahí en donde radica el fallo de la política migratoria de la Unión Europea.

En el caso de los migrantes en tránsito por México, hay dos políticas migratorias en juego, la de México y la de Estados Unidos. En el caso de las políticas de Estados Unidos, el problema es que se sigue privilegiando la protección de las fronteras y el discurso de seguridad nacional. La falla de la

¹⁹² Véase por ejemplo el análisis realizado por Den Heijer, Maarten, *cit.*, pp. 609-610.

¹⁹³ Véase por ejemplo Amaya-Castro, Juan M., *cit.* pp. 67 y ss.

política de Estados Unidos no se encuentra solamente en el hecho de que no ha servido para desmotivar las entradas irregulares, sino sobre todo porque el objetivo no es proteger al ser humano, sino al territorio. Desgraciadamente, México ha seguido la línea de Estados Unidos, y se va ajustando según se presentan los movimientos, con un doble discurso que está aún muy lejos de ser una respuesta coherente para las situaciones de crisis.

Cada pequeña falla conduce a la desorganización del sistema migratorio tradicional, puesto que pareciera que entre más restricciones se realizan para la entrada de migrantes, más desordenado y peligroso es el desplazamiento, lo que provoca el tráfico de migrantes y la trata de personas, así como la búsqueda de otras vías. El hecho de que existan cada vez más migrantes irregulares denota en sí mismo la falla sistemática de las políticas de migración y la situación de urgencia humanitaria. Con esto queremos resaltar el hecho de que la crisis migratoria proviene precisamente del rompimiento que surge por generalizar situaciones para categorizar a las personas en movimiento.

1.4.3. Las consecuencias de la contención de la migración irregular

Como ha quedado expuesto, la respuesta de los Estados ha sido la de querer frenar los desplazamientos. Se ha intentado por todos los medios que las personas no salgan de sus países, y que si salen no logren llegar ni a Europa, en el caso de la crisis en Europa, ni a Estados Unidos, en el caso de los migrantes en tránsito por México. En Europa se ha trasladado el problema cada vez más lejos, interceptando las embarcaciones, previniendo las salidas desde Turquía, construyendo vallas en las fronteras interiores para evitar el traslado hacia los países del norte, e incluso desmantelando campos de refugiados. En el caso de Estados Unidos, se ha ejercido una presión importante en los países de origen y constantes amenazas en contra del gobierno mexicano.

Todo ello no parece funcionar. Al contrario, se está viviendo una nueva era en la forma y los peligros que están dispuestos a correr los migrantes para llegar al destino que han elegido. La contención de la migración irregular provoca no solo mayor inmigración irregular, sino que incentiva el desarrollo de actividades delictivas tales como el tráfico de migrantes y la trata de personas. En efecto, en

las fronteras existen miles de personas “atrapadas” por no poder ni pasar a los países a los que quieren llegar, ni estar en posibilidades de regresar a sus países de origen. Pueden pasar meses e incluso años antes de que se encuentre una solución durable para las poblaciones que se encuentran entre dos países. Literalmente, esas personas viven de la ayuda humanitaria proporcionada por los municipios, el ACNUR, la Cruz Roja Internacional o por asociaciones civiles y religiosas de ayuda a migrantes.

A pesar de la cantidad de esfuerzos que se han venido realizando para salvar vidas y evitar más llegadas, las cifras nos muestran que, hasta ahora, ambas situaciones de crisis están en un punto de bloqueo-desbloqueo-rebloqueo en el que ya nada es previsible. De ese modo, las soluciones planteadas hasta ahora solo han provocado el aumento de los desórdenes. Ante dicho panorama, y aun cuando el debate está polarizado, tanto los actores políticos como la sociedad en general parecen estar de acuerdo en que una solución radical es necesaria, la cual incluye la reconstrucción de todo el sistema migratorio.

Es en ese marco, que se ha venido hablando cada vez más de la responsabilidad internacional y de la crisis de solidaridad, por lo que poco a poco el debate se ha ido extendiendo más allá de las cifras para insertarse en un debate más profundo sobre el rol de cada uno de los actores, tanto por las causas de las crisis como en su gestión.

1.4.4. La imposibilidad de resolver las crisis de forma local

Las situaciones de crisis migratorias que hemos estudiado nos muestran que no pueden ser resueltas de forma local. La perturbación de la capacidad local es evidente, puesto que los municipios no cuentan con los recursos necesarios para atender a esas poblaciones, y sobre todo no tienen competencia en materia migratoria. Además, los propios Estados que se encuentran saturados, sin posibilidad material o humana de recibir más migrantes, han solicitado la ayuda internacional. Pero no se trata únicamente del número de personas que han ingresado, sino también la toma de conciencia de que las políticas locales deben ser modificadas y otorgar mayores poderes a las instancias municipales e internacionales.

De hecho, la entrada masiva de flujos migratorios mixtos al mismo tiempo provoca un conflicto que afecta no solo a los migrantes, sino al país que los recibe y a sus ciudadanos. Así pues, dado que el Estado tiene la obligación de proteger a sus ciudadanos, pero también tiene la responsabilidad de garantizar el respeto irrestricto de los derechos humanos de las personas que se encuentran en su territorio, parece existir una ruptura entre dos fuerzas antagónicas que se encuentran en el seno de la propia función estatal. El clima de recepción de los migrantes es muy tenso, lo cual agrava la crisis.

En el caso de Europa, en un primer tiempo se hizo un llamado a la solidaridad al interior de la Unión Europea. Algunos países respondieron de forma inmediata a la crisis, con políticas para la recepción de mayor número de refugiados. Algunos otros, decidieron simplemente dejar de recibir solicitudes de asilo, al considerar que no tenían ni la experiencia ni la capacidad para enfrentar a un mayor número de refugiados. No obstante, el hecho de que al menos cinco millones de refugiados sirios se encuentran en países pobres como Líbano, Turquía, Pakistán y Etiopía, y que solo se consideró como una crisis humanitaria a partir del momento en que algunos de los migrantes comenzaron a atravesar hacia Europa, demuestra la falta de voluntad política de algunos países para aceptar ciertos flujos de migrantes. El llamado se fue entonces extendiendo hacia la comunidad internacional. Por ejemplo, Canadá respondió al llamado, aunque la crisis no les afecta directamente, con la recepción, desde el 4 de noviembre de 2015 hasta el 23 de octubre de 2016, de 33,239 refugiados sirios¹⁹⁴.

En el caso de la crisis en la frontera entre Estados Unidos y México, existe igualmente un reconocimiento de que la crisis no puede ser resuelta únicamente a través de una reforma migratoria en Estados Unidos. Este último, ha tratado de responsabilizar a los Estados de origen y a México, por lo que ahora se está hablando del tema desde una perspectiva regional. Por ejemplo, en el marco de la Conferencia Regional sobre la Migración, celebrada el 8 y 9 de junio de 2016, el tema fue “La Migración: Una Responsabilidad Compartida”, destacando el

¹⁹⁴ La forma en que Canadá ha participado en la solución de la crisis en Europa incluye la participación del sector privado, el cual ha recibido a 12,402 refugiados sirios. Véase Government of Canada, “Welcome Refugees: Key Figures”, <http://www.cic.gc.ca/english/refugees/welcome/milestones.asp>.

compromiso de los Estados de crear la Red de Funcionarios de Enlace en Materia de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes Migrantes, con el objetivo de hacer frente conjuntamente a la crisis de NNAS¹⁹⁵.

Lo anterior significa principalmente que los movimientos masivos de migración sobrepasan las funciones tradicionales de los Estados. Su tratamiento entonces no puede limitarse al desarrollo de políticas nacionales, sino que reclama con urgencia el cambio de percepción, con una lógica diferente a nivel internacional. De este modo, un replanteamiento se está haciendo evidente para dejar al ámbito interno únicamente las cuestiones migratorias de impacto nacional, así como la necesidad de dejar al ámbito internacional las cuestiones que tocan a dos o más países, entre otros la seguridad nacional, la calidad de refugiado y la migración irregular.

1.5. Conclusión

De lo que hemos expuesto en el presente capítulo, a través del análisis de las crisis migratorias y humanitarias en Europa y en México-Estados Unidos, es posible concluir que dichas crisis son el resultado de un cambio profundo o perturbación que provoca inestabilidad y aumento del desorden e incertidumbre entre el marco regulatorio, las respuestas políticas y las percepciones sobre el fenómeno migratorio.

Por lo que se refiere a las crisis migratorias, la amenaza de rompimiento se da entre la idea del Estado soberano y los derechos humanos universalmente reconocidos, los cuales normalmente coexisten, pero cuyas exigencias cada vez más contradictorias hacen que el sistema se paralice ante el aumento de la tensión. La crisis migratoria es entonces el desorden que deriva de dicho rompimiento y la incertidumbre existente hasta en tanto dichas fuerzas no se reorganicen. El derecho es una forma de reorganizar el desorden en tiempos de crisis, pero como la crisis resulta de la incongruencia del propio derecho, resulta

¹⁹⁵ En esta conferencia participaron los gobiernos de Canadá, Costa Rica, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Honduras, México, Panamá y República Dominicana. Véase Conferencia Regional sobre Migración, “La Migración: Una Responsabilidad Compartida”, 2016, http://www.crmsv.org/ReunionesCRM_GRCM.htm.

indispensable cambiar la lógica con la que dicho derecho se ha venido formulando, para incluir a los movimientos masivos de migración.

La incongruencia del derecho migratorio, nacional e internacional proviene del hecho de que las crisis son gestionadas desde diferentes lógicas. Así, por ejemplo, hasta ahora los Estados han hecho un énfasis particular en los desplazamientos con motivo de las crisis subyacentes en los países de origen. En ese sentido, pareciera existir un consenso en la necesidad de proteger a las personas vulnerables que están huyendo de ciertos conflictos, pero se reprueba fuertemente la inmigración irregular. Desde el punto de vista del Estado, no se trata entonces de una situación que pone en riesgo a los migrantes, sino de una situación que se está saliendo del control estatal. La situación parece agravarse ante la percepción del propio migrante de que merece una vida mejor en otro lado, que dicha posibilidad existe y que vale la pena sacrificar todo para buscarla.

Ahora bien, en época de crisis el cruce de diferentes perspectivas es un desafío puesto que, de conformidad con el derecho en vigor, el movimiento representa un flujo migratorio mixto, por lo que, en el intento de categorizar a todas las personas en movimiento, la lógica estatal se rompe y provoca situaciones de crisis humanitaria. En ese sentido, la crisis humanitaria no resulta únicamente de la gestión deficiente de flujos de migración de los Estados de origen, tránsito y destino, sino de la tensión entre el marco jurídico vigente, nacional o internacional y el movimiento masivo que no entra en ninguna categoría.

De lo anterior, se infiere que la crisis humanitaria es el punto neurálgico de la crisis migratoria, que sirve para tomar conciencia de las condiciones “inhumanas” que pueden llegar a vivir los seres humanos en movimiento. Como la dignidad humana es una aspiración universal, coexisten un sentimiento de frustración y la impresión que se ha llegado demasiado tarde en la resolución de la crisis migratoria. A pesar de ello, entrevemos una vía de salida en el marco del propio derecho internacional, el cual deberá ser reconstruido a partir de los que los Estados han ido reconociendo como fallas internas que deben ser tratadas globalmente.

Resultan especialmente reveladoras las medidas jurídicas que se están tomando para evitar que los migrantes lleguen a Europa y a Estados Unidos, las cuales engloban la idea de que todos los países deben compartir la responsabilidad. Además, cada vez más se está haciendo un llamado a la solidaridad internacional, noción que hace un llamado a la compasión y al deber moral no solo de los Estados, sino de la humanidad en general. Por lo tanto, el paradigma del derecho migratorio parece irse perfilando cada vez más hacia el ser humano detrás del migrante.

Las lecciones que hemos mencionado nos proporcionan los elementos a considerar en la reconstrucción del marco jurídico migratorio internacional, todo lo cual será analizado a detalle en los siguientes capítulos: (i) la ineficacia en periodo de crisis de las políticas de migración construidas a partir de una lógica nacional y que vincula a la migración con la seguridad nacional; (ii) el rol de cada uno de los actores en la gestión de las crisis, a través de nociones como responsabilidad compartida, solidaridad internacional y responsabilidad de proteger; (iii) la constatación de que al decretar una crisis migratoria y humanitaria, los Estados no tienen más remedio que aceptar la intervención de instancias internacionales; (iv) el llamado urgente a respetar los compromisos internacionales, al cambio de conciencia sobre el fenómeno migratorio ante movimientos masivos, a la necesidad de bien definir las competencias, y al reconocimiento de las crisis como concepto jurídico.

CAPÍTULO II

EL VÍNCULO ENTRE MIGRACIÓN Y SEGURIDAD NACIONAL

Introducción

Las impactantes imágenes de los movimientos masivos de migración en Europa y en América han sido utilizadas, tanto por los organismos humanitarios como por los gobiernos, para resaltar que algo no está bien. Generalmente, los gobiernos utilizan esas imágenes para indicar que la migración se está saliendo de control y que es necesario proteger las fronteras. Hasta el momento se han detectado discursos que van desde la llamada a “salvar vidas”, la urgencia de dismantelar a los grupos delictivos y a las organizaciones criminales de traficantes de migrantes¹, hasta la advertencia de la “invasión” ante la llegada de miles de personas de otras culturas al mismo tiempo². Como quiera que sea, ante el aumento de los flujos de migración, el discurso político está generalmente centrado en una amenaza que requiere reforzar el control fronterizo.

Tanto en Europa como en Estados Unidos, la principal amenaza pareciera ser el terrorismo. Algunos políticos centran el problema de las entradas masivas en el temor de que los terroristas se hagan pasar por refugiados³. Dicho argumento parece haberse legitimado desde los ataques terroristas en París y en Bruselas en 2015 y 2016, pues se sostuvo que los atacantes eran refugiados que habían aprovechado los flujos masivos de migración para entrar sin problema a Europa⁴. El miedo a los terroristas que se hacen pasar como refugiados parece que se ha ido generalizado e incluso considerando como una amenaza existencial

¹ Albahari, Maurizio, “From Right to Permission: Asylum, Mediterranean Migrations, and Europe’s War on Smuggling”, *Journal on Migration and Human Security*, núm. 1, abril de 2018, pp. 3-4; Gereben Schaefer, Agnes, et. al., *Security in Mexico Implications for U.S. Policy Options*, Rand Corporation, 2009, p. xvii.

² Scribner, Todd, “You are Not Welcome Here Anymore: Restoring Support for Refugee Resettlement in the Age of Trump”, *Journal on Migration and Human Security*, vol. 5, núm. 2, 2017, p. 273.

³ Frelick, Bill, “The Impact of Externalization of Migration Controls on the Rights of Asylum Seekers and Other Migrants”, *Journal on Migration and Human Security*, vol. 4, núm. 4, 2016, p. 192; International Crisis Group, “Turkey’s Refugee Crisis: The Politics of Permanence”, *Europe Report*, núm. 241, 30 de Noviembre de 2016, p.14.

⁴ Lendaro Annalisa, « A ‘European Migrant Crisis’? Some Thoughts on Mediterranean Borders », *Studies in Ethnicity and Nationalism*, vol. 16, núm. 1, 2016, p.150; Thioly, Boris y Axel Gylden, « Attentats de Paris et Bruxelles : faux réfugiés, vrais terroristes », *l’express.fr*, 31 de marzo de 2016.

para la seguridad nacional⁵. Pero no es solo el terrorismo, sino la idea de que pudiera haber criminales que son una amenaza al orden público. Como en el caso de Estados Unidos, en el que el vínculo se hace también con respecto a la amenaza que representan los cárteles de la droga mexicanos para la seguridad nacional de los Estados Unidos.

Según el diagnóstico de las crisis que realizamos en el capítulo anterior, constantemente se hace un vínculo entre los movimientos masivos y la seguridad nacional, por lo que nos surge la pregunta siguiente: ¿cuál es la lógica subyacente que vincula la migración con la seguridad nacional?

Para responder esa pregunta, analizaremos los diferentes elementos asociados con la migración en general y con la seguridad nacional en particular. Nuestro objetivo es determinar la lógica subyacente y su impacto en la gestión de las crisis migratorias, ya que como vimos en el capítulo anterior, generalmente las crisis humanitarias son consecuencia del desorden en el control fronterizo. Para ello, analizaremos cómo se ha ido formando ese vínculo, qué argumentos se han utilizado para justificarlo y legitimarlo, particularmente en el caso de las crisis migratorias que nos ocupan, qué consecuencias ha traído, y cuál sería el diagnóstico que nos permitirá establecer lo que realmente está sucediendo y lo que objetivamente se puede hacer.

Lo que pretendemos demostrar en este capítulo es que la cuestión de la seguridad nacional es tan legítima como la de la protección de los seres humanos en movimiento, por lo que consideramos que la reconstrucción del derecho migratorio internacional debe partir de la depuración del vínculo entre migración y seguridad. Creemos que esa depuración es posible únicamente cambiando la forma de estudiar las migraciones en tiempos de crisis, es decir, aceptar que el marco normativo nacional no está adaptado a las situaciones de entradas masivas de personas en un territorio, lo cual es normal pues las causas y las consecuencias son globales. Así, al conocer la lógica subyacente, podemos determinar lo que el derecho nacional no está dispuesto a aceptar y de ese modo,

⁵ Véase por ejemplo Border Security and Immigration Enforcement Improvements, *Executive Order No. 13767*, 82 Fed. Reg. 8793, 25 de enero de 2017.

sentar las bases para incluir a las crisis y a los movimientos masivos de migración en la reconstrucción del derecho migratorio internacional.

2.1. El paradigma de las políticas migratorias

Los Estados están frecuentemente confrontados con el fenómeno migratorio, ya sea como países de origen, de tránsito o de destino, o los tres al mismo tiempo, como en el caso de México. Esta situación ha llevado a iniciar un diálogo entre naciones con el objetivo de determinar, entre otros, los riesgos que derivan de la migración forzada y de la migración irregular. La voluntad mostrada en dichos diálogos hace pensar en la posibilidad de crear políticas migratorias en un marco de cooperación y coordinación internacional, pero con base en el respeto del poder soberano de cada Estado⁶.

Teniendo en cuenta que la cooperación internacional parte del principio del poder soberano del Estado, pareciera que el punto de partida no es una visión común sino múltiples visiones “nacionales” de un mismo fenómeno. Cada visión se encuentra contenida en lo que se conoce como “política migratoria”, la cual es en realidad la estrategia de gobernabilidad de la migración, la cual se refleja a menudo en leyes y reglamentos. Para Lelio Mármora, se trata de “la formalización de la propuesta de política migratoria en términos de la modalidad que va a asumir, el patrón migratorio en el cual se encuadra y la intencionalidad que se otorga a sus objetivos”⁷. Al respecto, algunos investigadores enfatizan el hecho de que las políticas migratorias se conciben en un marco de fronteras abiertas o cerradas, lo que conlleva a la imposición de limitaciones en materia migratoria, las cuales difieren según las prioridades de cada Estado⁸. Por ejemplo, en Estados Unidos el debate pareciera concentrarse en la migración irregular, mientras que en Europa existe un debate permanente sobre el hecho de que toda migración es problemática⁹.

⁶ Al respecto, véase Lottar Weiss, Thomas, “International dialogue on migration”, Organización Internacional para las migraciones, 2002, p. 10.

⁷ Mármora, Lelio, *Las políticas de migraciones internacionales*, Organización Internacional para las migraciones, Buenos Aires, Paidós, 2002, p. 79.

⁸ Véase por ejemplo, Massey, Douglas, *et. al.*, *Detrás de la trama. Políticas migratorias entre México y Estados Unidos*, Universidad Autónoma de Zacatecas, México, 2009, pp. 161-162.

⁹ Cfr. Rosemblum, Marc R. y Cornelius, Wayne A. “Dimensions of Immigration Policy” en Rosemblum, Marc y Tichenor, Daniel J., *The Oxford Handbook of the politics of international migration*, Nueva York, Oxford University Press, 2012, p. 246.

Aunado a lo anterior, existe un consenso internacional sobre la necesidad de tratar conjuntamente ciertos fenómenos relacionados con la migración, especialmente aquéllos que tienen que ver con las medidas para prevenir la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes y, por otro lado, se reconoce el derecho de los Estados de controlar la migración. Además, pareciera existir una tendencia mundial a excluir de toda protección a los migrantes que sean o pudieran constituir una amenaza para la seguridad nacional¹⁰. Así, las políticas de migración incluyen las categorías de migrantes, los términos de admisión, así como las medidas para prevenir la entrada de migrantes irregulares e incluso para su expulsión¹¹.

De este modo, el primer objetivo de una política migratoria es la categorización de las personas que pueden residir en el país de forma temporal o permanente, tomando en consideración la capacidad del Estado para aceptar la carga que la recepción de los migrantes puede representar en términos reales. Ahora bien, aunque por su propia naturaleza las políticas migratorias son “nacionales”, normalmente deben tomar en consideración las aspiraciones consagradas en el derecho internacional, específicamente a las obligaciones que derivan de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y de refugiados. Así, por ejemplo, en principio los Estados no deberían incluir en sus políticas migratorias criterios que pudieran ser discriminatorios, como la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o nacionalidad¹². Lo anterior significa que, si bien existen ciertos aspectos que los Estados deben considerar antes de emitir sus políticas migratorias, ello no impide la existencia de un derecho soberano casi absoluto para determinar qué tipo de migración es aceptable.

Pareciera entonces que el primer paso para vincular la migración con la seguridad nacional es categorizar a los migrantes en deseables e indeseables. Es siguiendo esa idea que, para efectos de nuestra tesis, expondremos las

¹⁰ Para algunos investigadores, las políticas migratorias se basan en lo que se considera como deseable o indeseable, así, los migrantes que no cubren el perfil legal establecido, serán considerados como indeseables. Si a pesar de ello deciden entrar al país, entonces serán considerados como una amenaza para la seguridad nacional. Al respecto, véase Wackermann, Gabriel, *Les frontières dans un monde en mouvement*, Paris, 2a ed, Ellipses, 2003, p. 35. Véase igualmente Du Gay, Paul y Alan Scott, « Transformation de l'État ou changement de régime? De quelques confusions en théorie et sociologie de l'État », *Revista francesa de sociología*, núm. 3, vol. 52, 2011, pp. 537-557.

¹¹ Véase Rosenblum, Marc R. y Wayne Cornelius, *cit.*, pp. 253-259.

¹² Véase artículo 2 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* del 10 de diciembre de 1948.

principales características de la política migratoria de Estados Unidos y de la Unión Europea, las cuales explican en cierta forma la lógica subyacente para vincular la migración con la seguridad nacional.

2.1.1. La política migratoria de Estados Unidos

La política migratoria estadounidense está prevista en *The Immigration and Naturalization Act (INA)*, adoptada en 1952. Esta ley establece una serie de categorías de migración fundadas sobre todo en la reunificación familiar, la migración económica y la condición de refugiados¹³.

La sección 212 establece las categorías de migrantes indeseables, las cuales se pueden resumir como sigue: (i) por motivos relacionados con la salud; (ii) por motivos de criminalidad y penales; (iii) porque pudiera convertirse en una carga pública; (iv) porque no cuenta con las certificaciones necesarias para realizar un trabajo calificado; (v) por motivos de seguridad nacional; (vi) porque entra de forma irregular o contraviniendo la ley de migración.

De una simple lectura del artículo completo, se desprende que el mayor peso se otorga a la categoría relacionada con los riesgos a la seguridad nacional. En esta categoría se encuentra, en general, todo extranjero respecto del cual un agente de migración tenga motivos razonables para creer que busca entrar a los Estados Unidos para violar las leyes en materia de espionaje, sabotaje o relacionadas con la información clasificada; que haya participado en genocidios, tortura o crímenes de lesa humanidad; que haya participado o sean parte de organizaciones criminales; que es o ha sido miembro o afiliado al Partido Comunista o cualquier otro régimen totalitario; así como aquellos que hayan participado en actividades terroristas, está o ha estado relacionado con alguna organización terrorista o incitado a la realización de actividades terroristas¹⁴.

¹³ *INA* establece los límites de visas que pueden ser otorgados por año. Así, se pueden otorgar hasta 480,000 visas para reunificación familiar y 140,000 visas para los trabajadores permanentes. En cuanto a los refugiados, cada año el Presidente, previa consulta al Congreso, determina la cantidad de refugiados que está dispuesto a recibir. Véase *INA: ACT 201 y ACT 207*. Véase igualmente American Immigration Council, “How the United States Immigration System Works: A Fact Sheet”, <http://www.immigrationpolicy.org/just-facts/how-united-states-immigration-system-works-fact-sheet>.

¹⁴ Una serie de definiciones relacionadas con el terrorismo completan esta categoría de migrantes no deseables, las cuales no se mencionan porque son muchos los supuestos y variantes, lo que excede del objeto de nuestra investigación.

Llama la atención el vínculo expreso que se hace entre las autoridades de migración y las de seguridad nacional en el *Act 105*, adicionado mediante la Ley 107-56 del 26 de octubre de 2001:

El Comisario y el Administrador deberán mantener un enlace directo y permanente con los directores de la Oficina Federal de Investigaciones y de la Agencia Central de Inteligencia, así como con los demás agentes de seguridad internos del Gobierno con el fin de obtener e intercambiar la información necesaria para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Ley, en interés de la seguridad nacional y de la frontera de los Estados Unidos.

Con la llegada de Donald Trump al poder, la seguridad fronteriza y la restricción de la entrada de migrantes se convirtió en una de las principales batallas por las cuales, hasta el momento, el presidente está dispuesto a seguir luchando. Por ejemplo, la tercera orden ejecutiva sobre migración del presidente, emitida el 27 de enero de 2017, se centró en su preocupación de que el programa de reasentamiento de refugiados permitiera potencialmente la admisión de terroristas en los Estados Unidos. Para minimizar esta posibilidad, el presidente pidió una reducción en el número de admisiones de refugiados en el año fiscal 2017 a 50,000. Entre otras disposiciones, esta orden impuso un paro de 120 días al programa de reasentamiento de refugiados, y una prohibición de 90 días sobre la emisión de visas o el reasentamiento de refugiados de siete países de mayoría musulmana¹⁵.

2.1.2. La política migratoria de la Unión Europea

Al constituirse, la Unión Europea se fijó como uno de sus objetivos el de “[...] contar con una política de migración europea completa, con visión de futuro y basada en la solidaridad. La política de migración tiene por objeto establecer un enfoque equilibrado para abordar tanto la migración legal como la irregular”¹⁶.

¹⁵ Enhancing Public Safety in the Interior of the United States, Exec. Order No. 13768, 82 Fed. Reg. 8799 (Jan. 25, 2017). Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States, Exec. Order No. 13769, 82 Fed. Reg. 8977 (Jan. 27, 2017). Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States, Exec. Order No. 13780, 82 Fed. Reg. 13209 (March 6, 2017).

¹⁶ Véase Portal de internet del Parlamento europeo, «La Política de Inmigración», http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.12.3.html.

Así, la Unión Europea está facultada para establecer las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países que deseen entrar y residir legalmente en un Estado miembro, sin embargo, los Estados miembros siguen teniendo derecho a establecer los porcentajes de admisión en sus territorios¹⁷.

Respecto a la migración irregular, el enfoque de la Unión Europea se centra en el diálogo regional y bilateral entre los países de origen, de tránsito y de destino, por lo que la tendencia es la celebración de convenios de movilidad con los países de origen, particularmente aquellos más cercanos, aunque en el caso de los países del sur de Europa, como España, Italia y Grecia, la tendencia es la creación de programas de legalización de los migrantes irregulares¹⁸.

Asimismo, de conformidad con las orientaciones estratégicas para el periodo 2014-2020, “se hace hincapié en la necesidad de un planteamiento general de la migración que optimice los beneficios de la migración legal y ofrezca protección a quienes la necesitan, combatiendo al mismo tiempo la migración irregular y gestionando de modo eficiente las fronteras”¹⁹.

A mediano y largo plazo, las orientaciones buscan, entre otros, reducir los incentivos a la migración irregular; gestionar las fronteras salvando vidas y garantizando la seguridad, así como elaborar una política común de asilo. Además, se han realizado propuestas concretas para la materialización del principio de solidaridad: por una parte, a través de un régimen de reparto temporal de los solicitantes de asilo; por otra, mediante un programa de reasentamiento a escala de la Unión Europea dirigido a las personas desplazadas que necesitan manifiestamente protección internacional en Europa²⁰.

El artículo 5 del “Código de Fronteras Schengen” establece las siguientes condiciones para la entrada de nacionales de terceros países: (i) deben estar en posesión de documentos de viaje válidos y un visado, si así lo exige la legislación de la Unión Europea; (ii) deben justificar el propósito y las condiciones de su

¹⁷ Cornelisse, Galina, “Territory, Procedures and Rights: Border Procedures in European Asylum Law”, *Refugee Survey Quarterly*, vol. 35 núm. 1, 2016, pp. 74-75.

¹⁸ Sobre este tema véase Rosenblum, Marc R. y Wayne Cornelius, *cit.*, p. 267.

¹⁹ Véase Portal de internet del Parlamento europeo, «La Política de Inmigración», http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.12.3.html.

²⁰ Esta política se estudiará a detalle en el siguiente capítulo para determinar su eficacia en la situación de crisis migratoria con motivo del desplazamiento masivo de refugiados sirios.

estancia y tener suficientes medios de subsistencia; (iii) no haber sido objeto de una alerta en el Sistema de Información de Schengen, y (iv) no deben suponer una amenaza para las políticas públicas, la seguridad interna, la salud pública o las relaciones internacionales de ninguno de los Estados miembros. Si no se cumplen las condiciones para la entrada, la entrada debe ser rechazada, de conformidad con el Artículo 13.

Cabe destacar que, con motivo de la crisis migratoria, el Consejo Europeo emitió el 28 de junio de 2018, una resolución que vincula directamente a la crisis con la seguridad nacional, por lo que se dice, seguirán realizando una estrategia de contención y defensa para la gestión de los flujos de migración, pues indican, esa estrategia permitió reducir en un 95% dichos flujos: “El Consejo Europeo reitera que un requisito imprescindible para que la política de la UE funcione correctamente se sustenta en un planteamiento general sobre la migración que combine un control más efectivo de las fronteras exteriores de la UE, una mayor acción exterior, así como los aspectos internos, en consonancia con nuestros principios y valores”²¹.

Todo lo anterior parece confirmar que, a pesar de las diferentes visiones que pudieran existir entre los diferentes países, un aspecto es similar: las políticas migratorias están relacionadas con las políticas de seguridad nacional. En efecto, una de las condiciones para admitir a un extranjero o para permitir su estancia en el territorio, es que no constituyan un riesgo para la seguridad nacional²².

2.2. El paradigma de las políticas de seguridad nacional

Tradicionalmente se ha considerado que el poder y la estabilidad de un Estado dependen de su capacidad para estructurar y aplicar una o varias políticas de seguridad²³. Normalmente, esas políticas dependen de la predisposición nacional, es decir, de lo que el Estado está dispuesto a aceptar sin importar el problema de seguridad que se presente. Dichas predisposiciones pueden ser

²¹ Consejo Europeo, “Conclusiones adoptadas por el Consejo Europeo”, EUCO 9/18, reunión del 28 de junio de 2018, <https://www.consilium.europa.eu/media/35940/28-euco-final-conclusions-es.pdf>.

²² Incluso la Convención sobre el estatuto de los Refugiados excluye expresamente de la aplicación de la Convención a aquellas personas que constituyan un riesgo para la seguridad nacional. Véase artículo 1, apartado F y artículo 33. Véase la crítica realizada por Cornelisse, Galina, *cit.*, p. 90.

²³ Al respecto, véase Balzacq, Thierry, « Qu'est-ce que la sécurité nationale? », *Revue internationale et stratégique*, vol. 52, núm 4, 2003, pp. 27-28.

ideológicas o institucionales y comúnmente se reflejan en estrategias de seguridad. Por ejemplo, el Estado puede elegir usar la fuerza contra toda amenaza existente²⁴.

Ahora bien, la predisposición del Estado deriva normalmente de un marco normativo superior, como la Constitución o las leyes supremas, las cuales por su propia naturaleza contienen principios lo suficientemente amplios como para ser interpretados en función de la fuerza política en el poder al momento de la toma de decisiones. De este modo, las estrategias contenidas en las políticas de seguridad son determinadas de conformidad con lo que el poder político considere que se debe proteger de manera prioritaria²⁵, y obviamente dependiendo del tipo de organización política que se tenga. Es por ello que se habla de “seguridad nacional”, basada en el poder soberano del Estado, lo que complica la posibilidad de crear, al menos conceptualmente, una “seguridad internacional” sin que se deje de lado la noción clásica de la soberanía, aunque como se verá más adelante, en los hechos el fin último sea el bien común en un sentido amplio²⁶.

2.2.1. Concepto de seguridad nacional

Doctrinalmente se considera que la noción de seguridad es imprecisa, confusa y extremadamente controvertida²⁷. La razón de dicha controversia parece radicar en el hecho de que cualquier concepto que se dé sobre la seguridad nacional debe coincidir con la naturaleza del Estado, la cual incluye tanto una ideología, como una institución física compleja. Esas dos nociones se encuentran entonces ligadas y el sentido que se le dé a una afectará invariablemente a la otra²⁸. Por otro lado, pareciera que la noción de seguridad está arraigada como tema de “defensa de la nación” contra todo tipo de agresión contrario a los

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Cfr.* Lizurey, Richard y Régis Bourçois, «La sécurité des territoires», en Nicolas Arpagian y Eric Delbecque (dir.), *Pour une stratégie globale de sécurité nationale*, Francia, Dalloz, 2008, p. 77, para estos autores la seguridad es el resultado de interacciones públicas y privadas con el objetivo de hacer frente a las necesidades nacionales, lo que ha llevado a cada país a construir una arquitectura de seguridad propia.

²⁶ Sobre este punto, Thierry Balzacq advierte que la política de seguridad nacional de un Estado está íntimamente relacionada con la suma total de las políticas de seguridad nacional de los otros Estados, así como de la presión ejercida por el sistema internacional. Balzacq, Thierry, *cit.* p. 34.

²⁷ Véase por ejemplo Bigo, Didier « Sécurité et immigration : vers une gouvernementalité par l'inquiétude? », *Cultures & conflits*, 31-32, primavera-verano 1998, p. 10; Lizury, Richard y Régis Bourçois, *cit.*, pp. 77-78.

²⁸ Véase McSweeney, Bill, *Security, Identity and Interests. A Sociology of International Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 84.

intereses de la nación, en defensa de la identidad nacional, lo cual no corresponde siempre a su aplicación en la práctica, sobre todo en materia migratoria²⁹.

En ese contexto, Thierry Balzacq se dio a la tarea de desentrañar el alcance de la noción de seguridad nacional, analizando cada uno de los sentidos utilizados en la doctrina. Al preguntarse ¿qué es la seguridad nacional? el autor subraya que la doctrina no clarifica el alcance real de dicho concepto además de que, aunque existen diversas definiciones, en realidad no existe interacción o coherencia entre ellas³⁰. El autor concluye que los sentidos otorgados a la noción de seguridad nacional son todos demasiado restrictivos; sin embargo, a través del análisis de dichos conceptos, Balzacq entrevé un elemento común: “la seguridad se analiza en términos de amenaza y de vulnerabilidad”³¹. El problema es que, siguiendo su razonamiento, aunque es relativamente fácil evaluar la vulnerabilidad (por ejemplo, la economía, el medio ambiente, la política y la cultura), es mucho más complejo evaluar la amenaza³².

A pesar de los esfuerzos de Balzacq por desentrañar el sentido último de la “seguridad nacional”, la conclusión sigue siendo la misma: todo depende del poder político. En ese sentido, encontramos dos tendencias doctrinales:

- La tesis de Didier Bigo, para quien la seguridad nacional es construida sobre la base del miedo. Para Bigo, los actores políticos lanzan mensajes de inquietud y de desconfianza para demostrar que las nociones de soberanía y de seguridad del territorio son necesarias³³.
- La tesis de la Escuela de Copenhage, según la cual la seguridad nacional es un “acto de discurso político”. Según esta escuela de pensamiento, la retórica presenta una cuestión como una amenaza a la existencia o a la seguridad de la identidad colectiva de la sociedad o del Estado. La seguridad responde entonces a una amenaza existencial, siguiendo una lógica de excepción, por lo que el poder discursivo es

²⁹ Véase Belleface, Alain y Delbecque, Éric « Les logiques de sécurité nationale ou les différents moyens de la puissance », en Arpagian, Nicolas y Delbecque, Éric (dir.), *Pour une stratégie globale de sécurité nationale*, Paris, Dalloz, 2008, p. 240.

³⁰ Balzacq, Thierry, *cit.* p. 9.

³¹ *Ibid.*, p. 15.

³² *Ibid.*, p. 16.

³³ Véase Bigo, Didier, *cit.*, p. 10-12.

central en la construcción de lo que habrá de considerarse como una cuestión de seguridad³⁴.

Nosotros coincidimos en el elemento de vínculo político e ideológico que depende de lo que cada Estado determine. Sin embargo, el hecho de considerar que se trata de un término ambiguo dificulta la comprensión de la utilización que en la práctica se da de dicho término. En efecto, si aceptamos que se trata de un término confuso que solo responde a intereses políticos, entonces el vínculo que se da entre migración y seguridad nacional sería completamente arbitrario, lo cual, como veremos más adelante, no es el caso. En ese contexto, nos parece indispensable conceptualizar el término de seguridad nacional en términos del interés que se está protegiendo y de la forma en que se realiza dicha protección.

Tal vez para conceptualizar dicho término debamos partir de los diferentes niveles de seguridad. Al respecto, nos parece interesante el trabajo realizado por la autora Ana María Salazar quien se dio a la tarea de describir cada una de las etapas de la construcción de la seguridad nacional. Según esta autora, para llegar a determinar lo que es la seguridad nacional para un Estado es necesario identificar cómo se resuelven los conflictos. Así, en un principio la sociedad busca resolver sus conflictos en el seno de sus comunidades, y solo cuando no pueden resolverlos solos, solicitan la intervención del gobierno, quien puede resolver los conflictos por ejemplo por el consenso o mediante la emisión de leyes³⁵. Si el gobierno no puede resolver los problemas de ese modo, entonces quiere decir que la situación se agravó y entran en el ámbito de seguridad pública. Los conflictos se resolverían entonces mediante el sistema de justicia y algunos mecanismos de represión. Pero cuando los conflictos no pueden resolverse con los mecanismos de seguridad pública, entonces adquieren prioridad sobre las demás dificultades que enfrenta el Estado³⁶. En conclusión, son los individuos quienes exigen al Estado la protección cuando se sienten amenazados³⁷.

³⁴ Véase Buzan, Barry, Weaver, Ole y Jaap de Wilde, *Security: A New Framework for Analysis*, Colorado, Lynne Rienner, 1998, pp. 23-24.

³⁵ Salazar, Ana María, *Seguridad nacional hoy: el reto de las democracias*, México, Nuevo Siglo, 2002, pp. 62-64.

³⁶ *Ibid.*, p. 65.

³⁷ *Ibid.*, pp. 57-59.

Derivado de lo anterior, si aceptamos que el contenido del concepto de seguridad nacional varía según la percepción de las amenazas, así como de la capacidad del Estado para hacerles frente, nos parece que más que depender del poder político, el concepto de seguridad nacional depende de las situaciones que provocan conflicto. En ese sentido, para nosotros, la seguridad nacional es la estrategia adoptada por un Estado para hacer frente a fenómenos que se presentan de forma excepcional y que podrían poner en riesgo su existencia como Estado, su capacidad para asegurar la paz interna en su territorio, así como la percepción de seguridad de sus ciudadanos.

Aseguramos que se trata de una estrategia, puesto que, por su propia naturaleza, la noción de seguridad implica una visión del peligro que se presenta para tomar medidas efectivas para atenuarlo o desaparecerlo. Esas medidas normalmente son consideradas como de “inteligencia”, puesto que se requiere un conocimiento profesional sobre dichos eventos. Además, la seguridad nacional entendida en términos de estrategia implica, por un lado, el reconocimiento de que las amenazas pueden ser diversas en función de la capacidad que tiene un Estado para hacerles frente y, por otro lado, el reconocimiento del carácter evolutivo, no del concepto, sino de las amenazas.

Por último, entender la seguridad en términos de estrategia nos permite no solamente reducir las ambigüedades e imprecisiones del concepto, sino también comprender la forma en que se realiza el vínculo entre la seguridad nacional y la migración. Como veremos más adelante, el vínculo que se da entre migración y seguridad nacional parte precisamente de la estrategia utilizada para hacer frente a una problemática detectada que está directa o indirectamente relacionada con la migración.

2.2.2. Las políticas de seguridad

De lo que venimos desarrollando hasta ahora, resulta claro que la seguridad nacional es la estrategia adoptada por cada Estado, de conformidad con su ideología política y de las circunstancias excepcionales, internas y externas, con el fin de asegurar la protección de su territorio, de su soberanía y de sus ciudadanos. Por ello, considerando las crisis migratorias objeto de nuestra

investigación, nos parece indispensable analizar las políticas de Estados Unidos y de la Unión Europea, las cuales además influyen de una u otra forma en la construcción de las políticas de los demás países.

2.2.2.1. La estrategia de seguridad nacional de Estados Unidos

La *National Security Strategy* fue emitida por el presidente Donald Trump en diciembre de 2017³⁸. Entre las estrategias de seguridad se enuncia la de fortalecer la política de inmigración y control fronterizo considerando la amenaza que representan los terroristas, los traficantes de drogas y los cárteles, pero haciendo especial mención a la amenaza, para la economía y la seguridad pública, que representan los migrantes irregulares, ligando la existencia de los traficantes de migrantes y la criminalidad a ese tipo de migración³⁹. Los cuatro puntos para lograrlo son:

- a) Mejorar la seguridad fronteriza, mediante la construcción de un muro fronterizo, el uso de defensa y tecnología avanzada, el empleo de personal adicional y otras medidas. Se indica además que el gobierno de Estados Unidos trabajará con socios extranjeros para disuadir, detectar e interrumpir a las personas sospechosas mucho antes de que ingresen a los Estados Unidos.
- b) Mejorar la investigación de posibles inmigrantes, refugiados y otros visitantes extranjeros para identificar a las personas que puedan representar un riesgo para la seguridad nacional o la seguridad pública.
- c) Aplicación estricta de las leyes de inmigración, tanto en la frontera como en el interior, para proporcionar un elemento de disuasión eficaz contra

³⁸ Seal of the President of The United States, “National Security Strategy of the United States of America”, diciembre de 2017, <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2017/12/NSS-Final-12-18-2017-0905.pdf>.

³⁹ Por ejemplo, en un reporte de abril de 2009 de la Corporación Rand, institución pública estadounidense que tiene como mandato mejorar la política y la toma de decisiones mediante la investigación y el análisis, se señala que la violencia en México afecta la seguridad de los Estados Unidos en tres rubros: 1) crimen organizado, incluyendo el tráfico de drogas y de armas; 2) la migración ilegal y el tráfico de seres humanos, y 3) las insurgencias terroristas y rebeldes. Sobre la migración irregular, el reporte de la Corporación Rand menciona que se trata de una clara amenaza a la seguridad nacional de Estados Unidos, puesto que los terroristas pueden usar las redes de traficantes de personas para ingresar a Estados Unidos. Además de que el tráfico de personas fortalece al crimen organizado y presenta oportunidades adicionales de expansión en los Estados Unidos. Véase, Agnes Gereben Schaefer, *et al*, “Security in Mexico. Implications for U. S. Policy Options”, *Rand Corporation*, Santa Mónica, 2009, pp. 20-25.

la inmigración ilegal, privilegiando la aprehensión y la eliminación rápida de extranjeros ilegales.

- d) Mejorar el intercambio de información con socios extranjeros para mejorar la seguridad de las rutas a través de las cuales las personas y bienes ingresan al país.

Notamos pues que la estrategia actual de los Estados Unidos es la disuasión por la fuerza, más que la prevención. En contraste con la visión del presidente Barack Obama, pareciera que no existe una estrategia de colaboración con países como Guatemala, El Salvador y Honduras, en donde las instituciones gubernamentales están amenazadas por organizaciones criminales, lo que ha provocado la crisis migratoria.

Entonces, el vínculo que se hace entre migración y seguridad nacional no se encuentra en la ley, sino en los medios utilizados para impedir la entrada irregular. Así, por ejemplo, el presupuesto autorizado para el control de las fronteras es mayor al que se otorga al conjunto de las demás agencias federales⁴⁰. Además, los agentes de control fronterizo cuentan con equipamiento militar⁴¹.

2.2.2.2. La política común de seguridad y defensa en Europa

La política exterior y de seguridad común (PESC) se regula por las disposiciones contenidas en el título V del *Tratado sobre la Unión Europea* de 1993, mejor conocido como el Tratado de Maastricht⁴². En el artículo J.1 se establece lo siguiente: “La Unión y sus Estados miembros definirán y realizarán una política exterior y de seguridad común, que se regirá por las disposiciones del presente título y abarcará todos los ámbitos de la política exterior y de seguridad.”

⁴⁰ Véase, The Economist, “The US-Mexico Border: Secure Enough. Spending Billions More on Fences and Drones Will Do More Harm than Good”, 22 de junio de 2013, <http://www.economist.com/news/unitedstates/21579828-spending-billions-more-fences-and-drones-will-do-more-harm-good-secure-enough>. El 27 de julio de 2017, el Congreso aprobó un presupuesto de 1.6 mil millones de dólares para la extensión de una cerca fronteriza y el fortalecimiento de la barrera existente en tres segmentos, 784 millones de dólares para una nueva cerca de treinta y dos millas y 498 millones para un muro elevado en el Valle del Río Grande en Texas, así como trabajos de consolidación en San Diego.

⁴¹ Véase U.S. Department of Homeland Security, “Securing and Managing Our Borders: Implementing 9/11 Commission Recommendations, Progress Report 2011”, 10 de septiembre de 2013, <https://www.dhs.gov/securing-and-managing-our-borders>.

⁴² Véase Consejo de las Comunidades Europeas, *Tratado de la Unión Europea*, Luxemburgo, 1992.

Asimismo, se prevé que la política tiene por objeto, entre otros, el fortalecimiento de la seguridad de la Unión y de sus Estados miembros en todas sus formas; el mantenimiento de la paz y el fortalecimiento de la seguridad internacional; el fomento de la cooperación internacional; el desarrollo y la consolidación de la democracia y del Estado de Derecho, así como el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Esta política contiene únicamente los principios generales de “buena voluntad” de los Estados miembros, pero el propio texto reconoce que dicha política está en desarrollo, por lo que se parte de un llamado a la cooperación sistemática entre los Estados miembros para establecer las estrategias de seguridad. Para ello, se faculta al Consejo de las Comunidades Europeas para definir una posición común cuando lo considere necesario. Además, el Consejo Europeo está facultado para definir los principios y las orientaciones generales de la política, en virtud del artículo J.8.

Es importante destacar que, de conformidad con el artículo J.4, párrafo 4, 4, la política de la Unión no afectará al carácter específico de la política de seguridad y de defensa de los Estados miembros.

Con el Tratado de Ámsterdam de 1999⁴³, se introdujo un nuevo instrumento de política exterior, que se añade a la acción común y a la posición común: la estrategia común. Así, El Consejo Europeo, que es el organismo que define los principios y las orientaciones generales determina, por consenso, estrategias comunes en los ámbitos en los que los Estados miembros tienen intereses comunes importantes. En una estrategia común se precisan sus objetivos, su duración y los medios aportados por la Unión y los Estados miembros.

Derivado de lo anterior, en 2003 se publicó la Estrategia de Seguridad Europea (la Estrategia), revisada en 2008⁴⁴. Entre las amenazas detectadas se encuentran: el terrorismo, la proliferación de armas de destrucción masiva, los conflictos regionales, la delincuencia organizada y la descomposición del Estado.

⁴³ Véase Unión Europea, *Tratado de Ámsterdam*, Luxemburgo, 1997.

⁴⁴ Consejo de la “Estrategia Europea de Seguridad: una Europa segura en un mundo mejor”, 12 de Diciembre de 2003, <https://www.consilium.europa.eu/media/30808/qc7809568esc.pdf>.

Además, la Estrategia señala que es necesario el reforzamiento de la seguridad de los países vecinos, considerando que los vecinos inmersos en conflictos violentos, los Estados débiles en donde prolifera la delincuencia organizada, así como las sociedades disfuncionales o que viven una explosión demográfica, pueden provocar problemas para Europa. También se plantea la necesidad de contribuir a un orden internacional basado en un multilateralismo eficaz, considerando que las amenazas, los mercados y los medios de comunicación son globales, por lo que la seguridad y la prosperidad dependen en gran medida del desarrollo de la sociedad internacional, del buen funcionamiento de las instituciones internacionales y del orden jurídico internacional.

Por otro lado, con motivo de la evaluación de la Estrategia efectuada en 2009⁴⁵, se mencionan los desafíos a los que se enfrenta Europa por las diversas problemáticas que se viven en los países vecinos. Así, se considera al Mediterráneo como una zona con retos complejos, entre los que se cuentan la insuficiente reforma política y las migraciones ilegales. Se plantea entonces mejorar la estrategia para enfocarse en la prevención temprana de la evolución de las amenazas, lo que requiere medidas de pacificación y de reducción de la pobreza a largo plazo.

La Estrategia no trata a las migraciones como un problema de seguridad nacional, sino más bien centra la mirada en las causas de dicha migración, puesto que cada una de las amenazas puede derivar en movimientos de personas. Por ello, se insiste en el hecho de que se debe prestar especialmente atención en lo que está pasando en los países vecinos, así como en las zonas de conflicto, puesto que puede provocar un impacto, directo o indirecto, en Europa.

2.3. Relación entre migración y seguridad nacional

Hasta el momento queda claro que el vínculo que se hace entre migración y seguridad nacional es en el control de la migración, por lo que mucho depende de las circunstancias de entrada del migrante. Por ejemplo, la política de migración estadounidense prevé que cualquier persona podría ser rechazada del territorio por el simple hecho de constituir una amenaza para la seguridad nacional, además

⁴⁵ *Ibidem.*

de que la *Política de arresto, detención y expulsión de los migrantes irregulares*, establece que la migración irregular es una amenaza para la seguridad nacional. Por su parte, las políticas de seguridad nacional desarrollan los supuestos en que un migrante que intenta entrar en un territorio o que ya se encuentra en dicho territorio pudiera ser considerado como una amenaza. Para ello, es necesario identificar debidamente a esas personas. La consecuencia de la imposibilidad de identificar a una persona es el establecimiento de una amenaza potencial, aunque se ignore de qué tipo.

Así pues, no toda la migración es tratada como una amenaza a la seguridad nacional, pero sin duda los movimientos masivos de personas representan un reto para la seguridad nacional. Por ello, las políticas de seguridad parecieran estar enfocadas en la prevención, en la intervención regional y en la presencia en zonas de conflicto. Además, se parte del hecho de que ciertas personas pudieran encontrarse en los supuestos que un Estado ha establecido como amenazas para su territorio, como es el caso del terrorismo y del crimen organizado. Pareciera entonces que el objetivo no es ir en contra de los migrantes que se mueven en flujos masivos, sino de los de los delincuentes que pudieran estar infiltrados, pues es sumamente difícil detectarlos cuando atraviesan una frontera de esa forma. En efecto, se ha detectado que los terroristas tratarán de entrar en Estados específicos a través de cualquier ruta, legal o ilegal, y que incluso utilizando procesos de selección de migrantes exhaustivos los terroristas pueden entrar a un Estado, por lo que la amenaza es permanente⁴⁶.

Con base en lo anterior, resulta claro que los flujos masivos de migración mixta desafían la lógica estatal sobre la que se basan las políticas de migración y de seguridad, puesto que se pierde el control sobre la identidad de las personas que entran a un territorio, así como sus motivaciones. Nos parece entonces que es siguiendo este razonamiento que se debe estudiar el vínculo entre la migración y la seguridad nacional. Lo que nos parece desafortunado es que el discurso político no haga distinción entre la migración en general y la migración en tiempos

⁴⁶ Véase por ejemplo, Kerwin, Donald, "How Robust Refugee Protection Policies Can Strengthen Human and National Security", *Journal on Migration and Human Security*, vol. 4, núm. 3, 2016, p. 102.

de crisis, es decir, como motivo de entradas masivas y de la pérdida de control. Por ejemplo, en la crisis en Europa se ha hecho mucho énfasis en el tráfico de personas considerándolo como un problema de seguridad nacional, pero muy poco se dice de cómo entonces se debería acceder a los países de la Unión Europea para presentar una solicitud de asilo, ante la ausencia de rutas legales⁴⁷.

2.3.1. Politización de la migración como amenaza a la seguridad

La movilidad de las personas, que siempre se había visto como algo muy natural, comenzó a ser politizada cuando se consideró que las fronteras eran necesarias para la protección del Estado⁴⁸. De ese modo, la politización de la migración tiene una relación directa con el argumento de seguridad, lo que significa que se vincula a la migración con la seguridad nacional para justificar el uso de medidas excepcionales de control, vigilancia y expulsión. Desde esta perspectiva, a medida que el discurso político asocia la migración a la seguridad nacional, la estrategia que se adopta es la de impedir la entrada de inmigrantes que no tienen las autorizaciones requeridas, o bien expulsar a aquéllos que osen entrar sin permiso. Por lo tanto, pareciera que es suficiente usar el término "seguridad nacional" para justificar cualquier medida destinada a impedir la entrada o expulsar a un extranjero.

Para Gabriel Wackerman, en realidad lo que sucede es que se utiliza una noción para crear un mito⁴⁹. Otros autores introducen el concepto de "culpabilidad global", el cual designa y caracteriza a quienes la sociedad responsabiliza globalmente y de manera temporal por algún suceso o proceso, como es el caso de los migrantes⁵⁰. Así, a través de la politización de la migración como "culpable" de la inseguridad, se generarían una serie de discursos y se orientaría la toma de decisiones, así como los límites y controles para proteger las fronteras.

Por otro lado, existe el argumento del temor, expuesto por Philippe Bourbeau y Didier Bigo, para quienes la politización deriva del temor de la llegada

⁴⁷ Al respecto, véase la crítica realizada por Albahari, Maurizio, *cit.* pp. 3-6.

⁴⁸ Véase Bourbeau, Philippe, « Politisation et sécuritisation des migrations internationales : une relation à définir », *Critique internationale*, vol. 61, núm. 4, 2013, pp. 131 y 137.

⁴⁹ Wackermann, Gabriel, *cit.*, p. 61.

⁵⁰ Molina, Silvia, coord., *Desafíos a la migración*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2012, p. 257.

masiva de migrantes, puesto que se cree que ello podría modificar radicalmente los fundamentos de la identidad colectiva, además de que se asocia la pobreza y la delincuencia con los migrantes irregulares⁵¹. De este modo, el discurso de seguridad estaría centrado en el temor sobre los impactos de la migración para el Estado, lo que tendría como consecuencia la aceptación de dicho discurso sin problema⁵².

Si se acepta que los problemas de seguridad relacionados con la migración son una construcción política, basada en un mito, en el temor o en la culpabilidad global, la migración irregular o masiva justifica la necesidad de proteger las fronteras y las medidas represivas necesarias para contrarrestar la amenaza. Sobre este punto, algunos investigadores de la *Escuela de Copenhague*, aseguran que para que el discurso de seguridad produzca el efecto esperado, debe ser pronunciado por un agente que tenga cierta autoridad, poder o influencia política, por ejemplo el Presidente o el Primer Ministro de un Estado, los gobernadores o las personas elegidas en un proceso democrático que tengan cierto poder de decisión.⁵³ Evidentemente, al analizar el discurso se debe tomar en cuenta el contexto en el que se pronunció, lo que dificulta dicho análisis⁵⁴.

Para efectos de nuestra investigación nuestro interés está centrado en el discurso de “seguridad” que se relaciona con la crisis migratoria en la frontera de Estados Unidos con México, así como en el discurso relacionado con la seguridad de Europa ante la migración masiva desde 2014. Nuestro objetivo es determinar el papel que juegan ciertos actores políticos en el proceso de “seguridad de las migraciones”, qué tipo de mensaje se está dando y con qué fin, así como el impacto que puede generar la politización sobre los seres humanos, llámense migrantes irregulares o forzados.

⁵¹ Véase Bourbeau, Philippe, *cit.* p. 144 y Didier Bigo, « Sécurité et immigration : vers une gouvernementalité par l'inquiétude? », *cit.* p. 3 y 6.

⁵² Bourbeau, Philippe, *ibid.* p. 144.

⁵³ Véase Buzan, Barry, *et al.* *cit.* p. 24.

⁵⁴ Para Philippe Bourbeau, el contexto debe tener algún significado en términos de seguridad para que el discurso tenga un impacto. Véase Bourbeau, Philippe, « Processus et acteurs d'une vision sécuritaire des migrations : le cas du Canada », *Revista europea de migraciones internacionales* vol. 29, núm. 4, 2013, pp. 26-27.

En un informe ordenado por el ACNUR⁵⁵, se analizaron los artículos de prensa y las notas periodísticas en torno a la crisis migratoria en Europa entre 2014 y 2015, en cinco países europeos: España, Italia, Reino Unido, Alemania y Suecia. Se observaron discrepancias significativas en la forma de referirse a la crisis: (i) en el tipo de fuentes citadas, (ii) en el lenguaje utilizado, pues algunos se refieren a refugiados o solicitantes de asilo, mientras que otros se refieren a migrantes; (iii) en las razones que se exponen para justificar el aumento de los flujos de refugiados; (iv) en las soluciones sugeridas.

Los temas predominantes detectados son: las amenazas a los sistemas de bienestar social y las amenazas culturales (Italia, España y Reino Unido), mientras que los temas humanitarios eran más frecuentes en la cobertura italiana. En general, la prensa sueca fue más positiva hacia las llegadas, mientras que la prensa del Reino Unido fue la más negativa y la más polarizada. Algunos consideran que la falta de control sobre la migración fue uno de los argumentos con más peso para el voto en el Brexit.

En 2018, la tensión política en la Unión Europea sobre el tema de la crisis migratoria pareciera no ceder e incluso algunos consideran que la existencia misma del bloque está en riesgo. Más que nunca pareciera que el discurso está centrado en el tema de la seguridad, fundado en un sentimiento generalizado de invasión, y con la amenaza constante de los países miembros de cerrar sus fronteras interiores ante la incapacidad de la Unión de controlar los flujos masivos⁵⁶.

En Estados Unidos, con la entrada de Donald Trump a la presidencia, el discurso ha sido claramente en contra de la migración, haciendo un especial énfasis en la migración ilegal, pero generalizando en el caso de la caravana migrante de centroamericanos, pues la mayoría de ellos están en busca de asilo y eso no es ilegal. El presidente Trump ha utilizado las redes sociales para hacer

⁵⁵ Berry Mike, et. al. *Press Coverage of the Refugee and Migrant Crisis in the EU: A Content Analysis of Five European Countries*. Report prepared for the United Nations High Commission for Refugees. Cardiff School of Journalism, Media and Cultural Studies, diciembre de 2015.

⁵⁶ Gabriela Baczynska, "EU migration policies seen building blocks for 'Fortress Europe'", *Reuters*, 8 de julio de 2018, <https://www.reuters.com/article/us-europe-migrants/eu-migration-policies-seen-building-blocks-for-fortress-europe-idUSKBN1JY07X>.

sobresalir su retórica, lo que ha dado una gran visibilidad no solo a su discurso nacionalista, sino a los movimientos migratorios que atraviesan territorio mexicano. Las más recientes declaraciones son suficientes para demostrar el vínculo que el presidente realiza entre los movimientos migratorios y la seguridad nacional:

- “Tristemente, parece que la policía y el ejército mexicanos son incapaces de detener la caravana que se dirige a la frontera sur de Estados Unidos. Criminales y personas de Medio Oriente están infiltrados” - “Alerté a la Patrulla Fronteriza y al ejército de que esta es una emergencia nacional. ¡Debemos cambiar las leyes!”⁵⁷
- “Para los que están en la caravana, no vamos a dejar que ingresen a los Estados Unidos ilegalmente. ¡Vuelvan a tu país y si quieren, soliciten la ciudadanía como millones lo están haciendo!”⁵⁸
- “Nuestro ejército está siendo movilizado en la frontera sur. Muchas más tropas están yendo. NO permitiremos que estas caravanas, que también están formadas por algunos matones y pandilleros muy malos, ingresen a Estados Unidos. Nuestra frontera es sagrada, deben ingresar legalmente. ¡DEN VUELTA!”⁵⁹
- “Sería muy INTELIGENTE por parte de México detenerlos mucho antes de que lleguen a nuestra Frontera Sur o si los países de origen no permitieran que se formen”⁶⁰
- “El Departamento de Seguridad Nacional (DHS) ha estado trabajando con los departamentos de Estado, Defensa y Justicia para asegurarse de que estén disponibles todos los recursos posibles para atender esta caravana anárquica”⁶¹

⁵⁷ Donald J. Trump (@realDonaldTrump), 22 de octubre de 2018

⁵⁸ 25 de octubre de 2018

⁵⁹ 31 de octubre de 2018

⁶⁰ 25 de noviembre de 2018

⁶¹ 6 de febrero de 2019

- “Si México no detiene inmediatamente TODA la inmigración ilegal que viene hacia Estados Unidos por nuestra frontera sur, voy a CERRAR la frontera, o partes amplias de la frontera, la siguiente semana”⁶²

Considerando que las políticas permisivas o restrictivas de algunos países afectan a los demás países en general, el discurso político pareciera tener dos vertientes: (i) los que acusan a los otros países y pretenden cerrar sus fronteras o construir muros; (ii) los que hacen un llamado a trabajar juntos para asegurar la región. Sin embargo, el debate político pareciera tener un fundamento más profundo, basado en la criminalidad internacional, lo cual no puede descartarse cuando se realiza el control de la migración. Por ello, es importante conocer las causas de esa retórica que parece convencer pues ya se han vivido situaciones de inseguridad provocadas por extranjeros.

2.3.2. Los ataques terroristas de septiembre 2001

Los ataques terroristas del 11 de septiembre 2001 marcaron sin duda el futuro de las políticas migratorias en el mundo, aun y cuando los terroristas que atacaron el *World Trade Center* en septiembre de 2001 no eran inmigrantes, sino que la mayoría habían entrado como turistas, como hombres de negocios o como estudiantes⁶³.

El reporte emitido por la *Comisión Nacional de los ataques terroristas en los Estados Unidos*⁶⁴ contiene una sección denominada «terrorist travel» y menciona “Los Estados Unidos deben combinar la inteligencia para trazar los viajes terroristas, las operaciones y la aplicación de la ley en una estrategia para interceptar a los terroristas, encontrar a los facilitadores de los viajes de terroristas y restringir la movilidad de los terroristas”. Estas recomendaciones forman parte de la estrategia de seguridad de los Estados Unidos, como lo mencionamos

⁶² 29 de marzo de 2019

⁶³ Véase Herrera Lasso, Luis y Artola, Juan B, «Migración y seguridad: dilemas e interrogantes» en Armijo Canto, Natalia, *Migración y seguridad: nuevo desafío en México*, México, CASEDE, 2011, p. 20.

⁶⁴ La *Comisión del 11 de septiembre* fue establecida el 27 de noviembre de 2002 para preparar un recuento completo de las circunstancias en torno a los atentados del 11 de septiembre de 2001, así como emitir recomendaciones para evitar futuros ataques. El reporte final data del 22 de julio de 2004. Véase National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States, “9-11 Commission Report”, <http://govinfo.library.unt.edu/911/report/911Report.pdf>. Cabe destacar que esta Comisión demostró que los terroristas tienen una relación directa con los traficantes de migrantes.

anteriormente, y justifican la imposición de controles fronterizos cada vez más estrictos⁶⁵.

En respuesta a esos ataques, se creó el *Department of Homeland Security*, con dos organismos: *Customs and Border Protection (CBP)* y el *Immigration and Customs Enforcement (ICE)*. Estos dos organismos son los encargados de aplicar las leyes de migración y el control de las fronteras⁶⁶. La CBP está encargada de las inspecciones en los puertos de entrada a Estados Unidos y de prevenir los ingresos irregulares entre los puertos de entrada. Aunque su misión principal consiste en prevenir que terroristas y armamento de terroristas entren a Estados Unidos, la CBP también es responsable de aprehender a los que intenten entrar al país de manera irregular⁶⁷. Según un informe realizado por Marc Rosenblum, el Congreso y el Presidente Bush acordaron un total de seis medidas de cumplimiento de la ley de inmigración en el período 2001-2006, lo que disminuyó las detenciones pero aumentó las expulsiones, destacando que también se redujo el número de migrantes irregulares⁶⁸.

Ese control fronterizo no se limitó al territorio estadounidense, sino que se extendió prácticamente a todo el mundo, trayendo como consecuencia la creación de un cierto vínculo entre terrorismo y migración, bajo el argumento de que los terroristas podrían estar infiltrados entre los migrantes, regulares o irregulares⁶⁹. El objetivo general es entonces evitar, cueste lo que cueste, la entrada de migrantes irregulares y, el objetivo particular, erradicar el tráfico de migrantes⁷⁰.

Bajo este argumento, Estados Unidos estableció estrictas medidas de seguridad para proteger sus fronteras norte y sur, para lo cual celebró con los gobiernos de México y de Canadá diversos convenios de colaboración con el

⁶⁵ Véase Seal of the President of the United States, "National Security Strategy", 2017, pp. 29-30.

⁶⁶ Para un estudio detallado véase Meissner, Doris, *et. al.*, *Immigration enforcement in The United States: the rise of a formidable machinery*, Migration Policy Institute, 2016, pp. 16-20

⁶⁷ Véase US Homeland Security, "Operational and Support Components", <https://www.dhs.gov/operational-and-support-components>.

⁶⁸ Rosenblum, Marc, *US Immigration Policy Since 9/11: Understanding the Stalemate over Comprehensive Immigration Reform*, Washington, DC, Migration Policy Institute, 2011, p. 10.

⁶⁹ Para algunos autores esta situación ha llevado a considerar a los migrantes ilegales como criminales. Véase Molina, Silvia (coord.), *cit.* p. 273.

⁷⁰ Véase Mitsilegas, Valsamis, "Extraterritorial Immigration Control in the 21st Century: The Individual and the State Transformed", en Ryan Bernard et Valsamis Mitsilegas (ed.), *Extraterritorial Immigration Control: Legal challenges*, Boston, Martinus Publishers, 2010, p. 45.

objetivo de impedir el acceso de inmigrantes indocumentados y así disminuir el riesgo de ingreso de algún terrorista vía alguno de esos dos países.

En 2002, se inició la *Alianza para la frontera México-Estados Unidos*, en donde se planteó la creación de una “frontera inteligente”, con 22 objetivos, entre los que destacan la creación de un plan estratégico a largo plazo para asegurar las fronteras; establecer un mecanismo conjunto de intercambio de información de pasajeros; crear sistemas para intercambiar información e inteligencia; aumentar la cooperación para detectar, investigar y adoptar las medidas necesarias para tratar a los ciudadanos potencialmente peligrosos de terceros países, tomando en cuenta las amenazas que pueden representar para la seguridad.⁷¹

En marzo de 2005, los mandatarios de México, Estados Unidos y Canadá concretaron la firma de la *Alianza para la Seguridad y la Prosperidad de América del Norte (ASPAN)*, en la cual se hicieron diversos compromisos en los temas de seguridad contra las amenazas externas, entre otros, la seguridad marítima, seguridad de aviación, cooperación en procuración de justicia, cooperación en inteligencia, protección, prevención y respuesta⁷². Los objetivos de la ASPAN se centran en el impulso de la prosperidad de cada uno de los países tanto a nivel económico, comercial, social y de seguridad. “Los tres países se comprometieron a trabajar en estrategias para mejorar la seguridad fronteriza, la seguridad aérea y marítima, así como la creación de un modelo común para enfrentar emergencias”⁷³.

En el primer reporte sobre los avances y logros de la ASPAN, se incluyeron una serie de iniciativas destacando, en materia de seguridad, el establecimiento de un mayor control en la frontera por medio de la Seguridad Pública para reducir los delitos, así como el inicio del Programa de Procesamiento de Traficantes de Personas⁷⁴. En febrero de 2006 se presentaron otros avances sobre todo en

⁷¹ Véase Departamento de Seguridad de los Estados Unidos, “Frontera Inteligente”, 20 de marzo de 2002, <http://dosfan.lib.uic.edu/ERC/spanish/ti/pas/mx/gen/38661.htm>.

⁷² Véase Villarreal, M. Ángeles y Jennifer E. Lake, “Security and prosperity partnership of North America: an overview and selected issues”, en Congressional research services, mayo 2009, p. 4, <http://www.crs.gov>.

⁷³ Véase Trejo García, Elma del Carmen, “Alianza para la Seguridad y la Prosperidad de América del Norte (ASPAN)”, Cámara de Diputados, LIX Legislatura, julio de 2006, p. 11.

⁷⁴ *Ibid*, p. 19.

temas fronterizos, destacando los referentes a la introducción de equipos de alta tecnología en la frontera con los Estados Unidos para agilizar el flujo de personas y de bienes, mediante la puesta en marcha de un servicio seguro de flujo fronterizo conmutado entre El Paso y Ciudad Juárez⁷⁵.

Para algunos, la ASPAN no es más que un instrumento para la conformación del Perímetro de Seguridad de América del Norte, propuesto por el presidente George W. Bush después de los atentados del 11 de septiembre de 2001 y que se inició con las firmas de los acuerdos sobre “fronteras inteligentes” con Canadá y México, este último buscando que a cambio de ello Estados Unidos abra sus puertas a los migrantes mexicanos⁷⁶.

Así pues, Estados Unidos ha ido elaborando una estrategia global de seguridad partiendo de la premisa expresamente manifestada por el presidente George W. Bush: “el que no está conmigo está contra mí”, lo cual obligó no solo a los países vecinos, sino a los aliados más poderosos en Europa y Asia a conjuntar esfuerzos en el marco de la lucha contra el terrorismo, lo que irremediamente se ve reflejado en las políticas migratorias⁷⁷.

2.3.2.1. Acciones entre México y Estados Unidos

Como reacción a los ataques terroristas, el gobierno de México mostró colaboración para proteger la frontera con Estados Unidos, ante los requerimientos estadounidenses de control de tránsito de personas. Además, se fortaleció el intercambio de información sobre el movimiento de personas, y se implementaron programas de entrenamiento de personal de seguridad de aeropuertos y fronteras de México con apoyo del FBI⁷⁸.

El 31 de enero de 2005 se emitió la *Ley de Seguridad Nacional*, la cual crea el Consejo de Seguridad Nacional como una Instancia para la coordinación de

⁷⁵ *Ibid*, p. 21.

⁷⁶ Para un estudio detallado sobre este tema véase Sandoval Palacios, Juan Manuel “TLCAN y ASPAN: proyectos geoestratégicos de la seguridad nacional estadounidense”, en Sandoval Palacios, Juan Manuel (comp.), *La Alianza para la prosperidad y seguridad de América del Norte: nuevo desafío a la nación mexicana*, México, Universidad Autónoma Chapingo y Red Mexicana de Acción Frente al Libre Comercio, 2008, pp. 94-101. Véase también Villamar Calderón, Alejandro, “Procesos de integración y desintegración bajo la ASPAN”, en Sandoval Palacios *Ibid*, p. 28.

⁷⁷ Véase Herrera Lasso, Luis y Artola, Juan B., *cit.*, pp. 17-18.

⁷⁸ Véase Benitez Manaud, Raúl, “México, Centroamérica y Estados Unidos: migración y seguridad” en Armijo Canto, Natalia, *cit.*, p. 186.

acciones orientadas a preservar la Seguridad Nacional y establecer y articular la política en la materia. Dicha ley contempla como amenazas a la seguridad nacional, entre otras, los actos tendentes a consumir espionaje, sabotaje o terrorismo, de interferencia extranjera en los asuntos nacionales que puedan implicar una afectación al Estado Mexicano. En ese sentido, se estableció un vínculo directo con el Instituto Nacional de Migración designándolo como Instancia de Seguridad Nacional mediante Acuerdo publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de mayo de 2005. Ese vínculo se formó con base en las facultades legales del Instituto Nacional de Migración de restringir la emigración de nacionales cuando el interés nacional así lo exija; de vigilar la entrada y salida de los nacionales y extranjeros, y revisar la documentación de los mismos; de suspender o prohibir la admisión de extranjeros cuando así lo determine el interés nacional; y de expulsar a los extranjeros en casos de que se atente en contra de la soberanía o la seguridad nacional.

En 2010, los gobiernos de Estados Unidos y México acordaron, a través de la *Iniciativa Mérida*, ampliar el concepto de seguridad en la frontera, como consecuencia de la violencia generada por el narcotráfico. Aunque el propósito de la *Iniciativa Mérida* era el fortalecimiento de las instituciones del gobierno federal para el combate al narcotráfico, la lucha contra la corrupción, el acceso a nuevas tecnologías de detección y el equipamiento a las fuerzas armadas y la Policía Federal, llama la atención que uno de sus objetivos en materia de seguridad fronteriza es el de la seguridad en los flujos de personas, con el fin de distinguir y separar a los viajeros de alto riesgo de los de bajo riesgo⁷⁹. Además, fue a partir de la *Iniciativa Mérida* que todas las acciones relacionadas con el control migratorio comenzaron a realizarse conjuntamente con los Estados Unidos, puesto que se considera que las cuestiones de seguridad en la frontera son extremadamente complejas y ninguno de los problemas que se presentan en las fronteras pueden ser resueltos de manera unilateral⁸⁰.

⁷⁹ Véase Ramos, José María, “Gestión de la seguridad en la frontera norte e Iniciativa Mérida: antecedentes y desafíos”, en Armijo Canto, Natalia, *ibid.*, p. 83.

⁸⁰ Véase Agnes Gereben Schaefer, *et al.*, *cit.*, p. 66; Henia Prado; véase también U.S. Embassy-Mexico, “U.S.-Mexico at a Glance: Merida Initiative: Creating a 21st Century Border Structure,” diciembre de 2009, http://www.usembassy-mexico.gov/eng/pdf/21st_cent_brdr_2009dec9.pdf.

2.3.2.2. Acciones entre Estados Unidos y Canadá

Como consecuencia de los ataques del 11 de septiembre de 2001, Canadá modificó su legislación en materia de inmigración, incluyendo dentro de sus objetivos el de promover la justicia y la seguridad internacionales, fomentando el respeto de los derechos humanos, así como al negar el acceso al territorio canadiense a los delincuentes o a aquellas personas que representen un riesgo para la seguridad nacional⁸¹.

Además, el gobierno canadiense creó la *Agencia de Servicios Fronterizos*, encomendándole, entre otros objetivos, el de impedir la entrada ilegal de personas con base en la estrategia de seguridad nacional⁸². Aunado a lo anterior, en 2004 el gobierno de Canadá emitió su primer plan de seguridad nacional, en el que se hace un especial énfasis en la necesidad de prevenir el terrorismo, proteger el territorio canadiense de actos terroristas y aumentar la seguridad en la frontera con Estados Unidos. En 2005, Canadá y Estados Unidos firmaron un acuerdo para clasificar a los terceros países en seguros e inseguros. Para ello se creó el *Centro nacional de evaluación de riesgos*⁸³.

El 4 de febrero de 2011, los gobiernos de Estados Unidos y de Canadá emitieron una declaración conjunta para constituir una asociación a largo plazo basada en la seguridad de la frontera entre esos dos países. Lo anterior, significa que ambos países trabajarán juntos más allá de la frontera para mejorar la seguridad, sobre todo en lo que concierne al objetivo de impedir la entrada de personas inadmisibles⁸⁴. Derivado de ello, el gobierno de Canadá elaboró una estrategia antiterrorista en la cual se establece expresamente que la prioridad es el establecimiento de medidas para impedir que “personas inadmisibles” entren a Canadá puesto que ello podría comprometer la frontera canadiense. Específicamente, uno de los puntos elaborados en la estrategia antiterrorista de Canadá es el de evitar la migración irregular, para lo cual se establecen medidas

⁸¹ Véase, *Immigration and Refugee Protection Act*, 2001, c 27, arts. 33-43.

⁸² Art 5 de la *Loi sur l'Agence des services frontaliers du Canada*, L.C. 2005, ch. 38.

⁸³ Véase, Bureau du vérificateur général du Canada « Rapport de la vérificatrice générale du Canada à la Chambre des communes », octubre 2007, p. 24.

⁸⁴ Véase Public Safety Canada: “Beyond the Border: A Shared Vision for Perimeter Security and Economic Competitiveness”, <http://www.publicsafety.gc.ca/cnt/brdr-strtg/bynd-th-brdr/index-en.aspx>, consultado el 30 de abril de 2019.

extraterritoriales para que las personas que podrían ser una amenaza para la seguridad de Canadá sean identificadas lo más lejos posible, de preferencia antes de que lleguen a territorio canadiense⁸⁵.

2.3.3. Atentados terroristas de 2015 en París

El 13 de noviembre de 2015 se registraron en París tres ataques terroristas, en los que murieron 150 personas y otras 200 resultaron heridas. Los ataques se realizaron en diversos puntos el mismo día por varios hombres armados. Pareciera que los servicios de inteligencia sabían desde un mes anterior que un ataque sería perpetrado, pero no se sabía exactamente en dónde⁸⁶. Inmediatamente el Estado Islámico se adjudicó los ataques diciendo que se trataba de una represalia por los ataques aéreos de Francia en Siria e Irak⁸⁷. Lo que se sabe de los atacantes, hasta ahora, es que todos ellos eran ciudadanos de la Unión Europea y que habían combatido en Siria. Algunos de ellos regresaron a Europa entre el flujo de refugiados.

Así, los atentados del 13 de noviembre de 2015 han sido declarados como un fracaso en el intercambio de información entre las agencias de inteligencia, así como de la incapacidad de seguir a sospechosos en un contexto de fronteras abiertas⁸⁸. En efecto, parece que desde que comenzó la crisis migratoria en Europa, muchas de las personas que entraron a Europa a través de Grecia, no fueron objeto de la verificación normal de seguridad. Además, muy pocos de los que fueron declarados como refugiados tenían pasaportes válidos, y algunos de los que los tenían fueron detectados como falsificados⁸⁹.

⁸⁵ Véase Public Safety Canada, "Building Resilience Against Terrorism: Canada's Counter-terrorism Strategy", <http://www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/rsinc-gnst-trrrsm/index-en.aspx>.

⁸⁶ Murphy, Jack, "Breaking: French and German Police Knew Paris Attack Was Coming a Month Prior". *SOFREP.com*.

⁸⁷ Véase, Elgot, Jessica, *et. al.*, "Paris attacks: Islamic State says killings were response to Syria strikes", 14 de noviembre de 2015, <https://www.theguardian.com/world/live/2015/nov/14/paris-terror-attacks-attackers-dead-mass-killing-live-updates>, consultado el 30 de abril de 2019; CNN, « Paris suicide bomber identified, ISIS claims responsibility for 129 dead », 16 de noviembre de 2015, <http://www.cnn.com/2015/11/14/world/paris-attacks/>, consultado el 30 de abril de 2019.

⁸⁸ Véase Witte, Griff u Loveday Morris, "Failure to stop Paris attacks reveals fatal flaws at heart of European security" *Washington Post*, 29 de noviembre de 2015, https://www.washingtonpost.com/world/europe/paris-attacks-reveal-fatal-flaws-at-the-heart-of-european-security/2015/11/28/48b181da-9393-11e5-befa-99ceebcbb272_story.html, consultado el 30 de abril de 2019.

⁸⁹ Véase sobre este tema el estudio realizado por Schmid, Alex, "Links between Terrorism and Migration: An Exploration", *The International Centre for Counter-Terrorism*, 7, No. 4, La Haya, mayo de 2016, p. 44.

La incapacidad de la Unión Europea para establecer la identidad y detectar con eficacia a los migrantes se convirtió en una fuente de vulnerabilidad y los ataques de París parecen haber aumentado la percepción de la amenaza con respecto a los migrantes. En respuesta a los ataques, Francia declaró un “estado de emergencia”, y cerró sus fronteras temporalmente. Además, se impusieron una serie de medidas excepcionales, y se hizo un llamado a la comunidad internacional para eliminar al Estado Islámico⁹⁰.

Con respecto a la crisis migratoria, el presidente François Hollande declaró que los refugiados eran también víctimas de los terroristas, pero que solo tenían derecho a entrar los que tienen el derecho al asilo y expulsar a los que no lo tienen. Para ello, hizo un llamado a la protección de las fronteras, de lo contrario se corría el riesgo de regresar a las fronteras internas en la Unión Europea⁹¹.

La reacción de los países vecinos y de la opinión pública fue la de considerar que los terroristas utilizarían la crisis migratoria para infiltrarse en Europa⁹². Lo anterior parece confirmarse en el informe presentado a la Asamblea Legislativa, en el que se pone en evidencia la infiltración de yihadistas por la ruta utilizada por los migrantes irregulares, mencionando a dos terroristas que atacaron el Estadio de Francia y que habían sido detenidos en Grecia. Según dicho informe: “Obviamente, las fronteras exteriores de la Unión Europea ya no son un obstáculo para los terroristas procedentes de las zonas iraquíes sirias, que pueden, como Abdelhamid Abaaoud, circular por Europa con desconcertante facilidad”⁹³.

La Organización Internacional para las Migraciones confirma en un informe que desde 2015 el Dáesh amenazó con inundar Europa con medio millón de

⁹⁰ Véase « Discours du président de la République devant le Parlement réuni en Congrès, prononcé le 16 novembre 2015 »; « Après les attentats de Paris, Hollande prône un « autre régime constitutionnel », http://www.lemonde.fr/attaques-a-paris/article/2015/11/16/hollande-la-france-intensifiera-ses-operations-en-syrie_4811147_4809495.html, consultado el 30 de abril de 2019.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² Véase Paul Taylor, “Europe's populist right targets migration after Paris attacks”, *Reuters*, 14 de noviembre de 2015, <http://uk.reuters.com/article/uk-france-shooting-europe-migrants-idUKKCN0T30YI20151114>, consultado el 30 de abril de 2019.

⁹³ Pietrasanta, Sébastien, « Rapport fait au nom de la commission d'enquête relative aux moyens mis en œuvre par l'État pour lutter contre le terrorisme depuis le 7 janvier 2015 », presentado a la *Présidence de l'Assemblée Nationale*, el 5 de julio de 2016, p. 24.

refugiados a través de Libia. También afirmó que 4,000 combatientes yihadistas serían enviados a Europa a través de Turquía. Dos traficantes entrevistados en Turquía afirmaron haber trasladado combatientes a través del mar Mediterráneo, pero los traficantes nunca constituyen una fuente de información fiable. Sin embargo, según esta organización, los ataques terroristas perpetrados en Europa y en Estados Unidos de América fueron cometidos por ciudadanos de esos países, aunque su origen sea migrante. Por lo que, según este informe, “no hay prácticamente pruebas que respalden las afirmaciones de que el Dáesh y otros grupos están aprovechando de manera sistemática y a gran escala los flujos de solicitantes de asilo para enviar combatientes a Europa. Incluso si diéramos crédito a las palabras de los traficantes, el número de terroristas reclutas que presuntamente han logrado entrar en Europa es muy reducido en comparación con los cientos de miles de personas que buscan refugio en este territorio”⁹⁴.

2.3.4. El vínculo real entre migración y seguridad

De lo que venimos desarrollando hasta ahora, se desprende que se ha ido construyendo una visión de la migración como un asunto de seguridad ya que, al parecer, por su naturaleza transfronteriza, la migración está de algún modo relacionada con el terrorismo y el crimen organizado⁹⁵. Por lo tanto, como la criminalidad y el terrorismo son amenazas difíciles de detectar, la tendencia es tratar cualquier migración como una amenaza⁹⁶. Al respecto, la Organización Internacional para las Migraciones declara:

A pesar de que la política de inmigración puede no ser un punto clave para contrarrestar el terrorismo, puede ser una forma importante de abordarlo, particularmente facilitando la mejor aplicación de inteligencia y aplicación de la ley. Las autoridades de inmigración pueden contribuir a la inteligencia nacional e internacional a través de encuentros directos

⁹⁴ Organización Internacional para las Migraciones, *Informe sobre las migraciones en el mundo 2018*, pp. 245-246.

⁹⁵ Cfr. Pons, Noël, « Criminalité, économie et corruptions » en Arpagian, Nicolas et Éric Delbecque (dir), *Pour une stratégie globale de sécurité nationale*, France, Dalloz, 2008, pp. 280-281.

⁹⁶ Por ello algunos investigadores consideran que cada vez más los Estados actúan de forma esquizofrénica, viendo en todo migrante un potencial riesgo para la seguridad nacional. Véase Bigo, Didier « Frontières, territoire, sécurité, souveraineté », *Ceriscope frontières*, 2011.

con los migrantes, tanto legales como ilegales, y a través de redes de alianza con otras agencias de policía e inmigración⁹⁷.

Esa forma de concebir el control migratorio está ligada a la idea de que un Estado soberano tiene el derecho de decidir quiénes son los indeseables⁹⁸. Ese vínculo es polémico y ha provocado una vasta literatura en materia de “seguridad de las migraciones”, a partir de la cual se analiza a la migración como una cuestión de seguridad nacional, ligando a la migración con la amenaza terrorista⁹⁹. Así, se estarían utilizando las herramientas de control migratorio para combatir al terrorismo y el crimen internacional. Sin embargo, dichas herramientas no se utilizan de una forma generalizada, sino que la mayoría de las veces se concentran en el perfil de las personas que desean atravesar una frontera. Por ejemplo, como los últimos ataques terroristas están ligados a grupos terroristas del Estado Islámico, todos los musulmanes o personas provenientes de Siria y Afganistán son objeto de una revisión exhaustiva.

El vínculo de la migración con el terrorismo justifica la retórica de seguridad nacional, puesto que nadie se atrevería a decir que la seguridad de un territorio no es importante. Es evidente entonces que esa idea está muy arraigada en la lógica estatal basada en el Estado soberano que protege un territorio delimitado¹⁰⁰, por lo que resulta pertinente exponer la lógica estatal, pero antes quisiéramos exponer brevemente lo que implica concretamente el control de la migración en ejercicio del poder soberano.

⁹⁷ Organización Internacional para las Migraciones, “Migración y Seguridad: Fundamentos de gestión de la migración”, p. 6, http://publications.iom.int/es/system/files/pdf/mpp_25_0.pdf.

⁹⁸ Cfr. Véase Bourbeau, Philippe, « Processus et acteurs d’une vision sécuritaire des migrations : le cas du Canada », *cit.*, pp. 22-24. Para este autor, la idea de la amenaza no corresponde perfectamente al concepto de criminalidad, sino más bien a la idea de que las migraciones modifican a los Estados receptores y que la amenaza es entonces que se pierda el equilibrio social y la identidad de la sociedad.

⁹⁹ Véase por ejemplo, Koslowski, Rey, “Economic Globalization, Human Smuggling, and Global Governance” en Rosenblum, Marc R. y Daniel J. Tichenor, *The Oxford Handbook of the politics of international migration*, Nueva York, Oxford University Press, 2012, p. 521. Véase también Foucher, Michel, « Frontières : rejet, attachement, obsession », *Le Seuil*, « Pouvoirs », vol. 2 núm. 165, 2018, pp. 5-14.

¹⁰⁰ Sobre este tema véase Bigo, Didier, « Frontières, territoire, sécurité, souveraineté », *cit.*, en un tono crítico, el autor denuncia el hecho de que el control migratorio se funde en la idea del Estado soberano puesto que ello implica que si fracasa entonces será considerado como un Estado frágil.

2.4. Las prácticas de exclusión de migrantes por motivos de seguridad

En el ejercicio de su derecho soberano, para decidir quién puede entrar y permanecer en su territorio, los Estados utilizan diferentes medidas para prevenir, frenar o detener a las personas que no cuentan con los documentos necesarios para entrar al territorio. El objetivo es impedir la entrada de inmigrantes irregulares o de aquellos que no pueden ser plenamente identificados, ya que esto pondría en entredicho el poder del Estado para controlar sus fronteras y proteger a sus ciudadanos. Por lo tanto, se ha ido creando toda una infraestructura para impedir las entradas “indeseables”. Si una persona consigue entrar de forma irregular, esta puede ser detenida y confinada hasta que se determine su situación. Así, el control de los migrantes irregulares o que representan un riesgo para la seguridad se realiza a través de dos estrategias: la prevención y la expulsión, las cuales analizaremos a continuación.

2.4.1. Prevención de la entrada irregular

Históricamente, la prevención se realizaba únicamente en los puertos legales de entrada, pero con el vínculo que se ha hecho entre migración y seguridad, la prevención se extiende cada vez más a partir de los países de origen y de paso, e incluso por vía marítima. Para el autor Bernard Ryan, esas prácticas fueron instauradas para sustraerse de las obligaciones internacionales de *non-refoulement* y para eludir las garantías jurídicas que normalmente son ofrecidas a cualquier persona que se encuentra en el territorio¹⁰¹.

La desterritorialización es en realidad un concepto jurídico novedoso que permite a los Estados ejercer su jurisdicción más allá de las fronteras, de forma directa o indirecta. Sin embargo, esta práctica no significa que las personas que son interceptadas no puedan hacer valer sus derechos fundamentales¹⁰².

En los puertos de entrada existen dos prácticas: el monitoreo para detectar las entradas irregulares, y el despliegue de personal para frenar la migración irregular.

¹⁰¹ Ryan, Bernard, “Extraterritorial Immigration Control: What Role for Legal Guarantees?” en Ryan Bernard et Valsamis Mitsilegas (ed.), *Extraterritorial Immigration Control: Legal challenges*, Boston, Martinus Publishers, 2010, pp. 36-37.

¹⁰² Trevisanut, Seline, “The Principle of *Non-Refoulement* And the De-Territorialization of Border Control at Sea”, *Leiden Journal of International Law*, núm. 27, 2014, p. 675.

2.4.1.1. Monitoreo e intercepción de entradas irregulares

El primer objetivo en la lucha contra el terrorismo y la criminalidad internacional es prevenir la llegada de migrantes irregulares al territorio. Para ello, se han creado una serie de instituciones para interceptarlos y detener a los traficantes de personas. Por ejemplo, la vigilancia de la frontera Estados Unidos se centra principalmente en la frontera con México a través de la patrulla fronteriza¹⁰³. Además, a partir del 2001 Estados Unidos también invirtió considerablemente en sistemas de video vigilancia a distancia de alta tecnología, la cual es usada también en la frontera con Canadá¹⁰⁴. Asimismo, se realizan operaciones aéreas y marítimas para la seguridad fronteriza, con 1,200 agentes federales, 256 aeronaves, y 286 embarcaciones marítimas que operan desde 74 ubicaciones en todo el territorio de los Estados Unidos y Puerto Rico¹⁰⁵.

En 2014, Barack Obama solicitó al Secretario de Seguridad Nacional y al Fiscal General Eric Holder llevar a cabo una investigación para presentar recomendaciones sobre cómo reformar el sistema de inmigración “que no funciona”¹⁰⁶. La evaluación identificó diez áreas en las que, dentro de los límites de la ley, se podría tomar acción para aumentar la seguridad en la frontera. Entre dichas acciones se recomienda canalizar eficientemente los recursos para fortalecer la seguridad en la frontera, enfocada principalmente en interceptar aquellas personas que intentan entrar ilegalmente a través de tierra, mar y aire. Para lograr esto, el Secretario de Seguridad comisionó tres grupos de trabajo, el primero se centraría en la frontera marítima del sur, el segundo estaría a cargo de la frontera terrestre del sur y la Costa Oeste y el tercero se encargaría de

¹⁰³ De acuerdo con el Portal de internet de la Patrulla fronteriza de los Estados Unidos, su principal misión es “*to detect and prevent the illegal entry of aliens into de United States*”. Además se prevé que “*the primary mission of the Border Patrol is to protect our Nation by reducing the likelihood that dangerous people and capabilities enter the United States between the ports of entry.*” Se reporta que en 2012 se procedió a 364,000 arrestos de migrantes irregulares. Véase U.S. Customs and Border Protection, “Border Patrol Overview”, <https://www.cbp.gov/border-security/along-us-borders/overview>.

¹⁰⁴ Véase U.S. Customs and Border Protection, “Technology Innovation and Acquisition”, <https://www.cbp.gov/border-security/along-us-borders/technology-innovation-acquisition>.

¹⁰⁵ Véase U.S. Customs and Border Protection, “From the Air and Sea”, <https://www.cbp.gov/border-security/air-sea>.

¹⁰⁶ Véase U.S. Department of Homeland Security, “Arreglando Nuestro Sistema de Inmigración A Través de Acción Ejecutiva”. Véase igualmente, The White House, President Barack Obama, “Remarks by the President in Address to the Nation on Immigration », 20 de noviembre de 2014, <https://www.whitehouse.gov/issues/immigration/immigration-action#>.

investigaciones para apoyar a los otros dos grupos de trabajo. Además, se previó agentes de Patrulla Fronteriza adicionales y de otros profesionales de migración para el monitoreo, así como la reforma de los tribunales de migración¹⁰⁷.

A partir de la entrada al poder de Donald Trump, los problemas relacionados con la falla del sistema migratorio se han hecho más visibles, pues el propósito del presidente es penalizar al máximo las entradas irregulares con una política de “cero tolerancia”. Por ejemplo, el 12 de septiembre de 2018, el Departamento de Seguridad de los Estados Unidos, haciendo el informe mensual de las entradas irregulares al territorio, notaba no solamente el aumento constante de ese tipo de migración, sino que los traficantes saben que el sistema de migración es fallido y aprovechan entonces las brechas en el marco legal para hacer entrar a las familias, las cuales, de acuerdo con el derecho en vigor, no pueden permanecer en detención por más de veinte días, es decir, se les tiene que dejar entrar al territorio¹⁰⁸. Lo que se está buscando desde la entrada del presidente Trump es la posibilidad de deportar inmediatamente a los irregulares, sin excepción¹⁰⁹.

Por su parte, la Unión Europea, con su política de libre circulación, pero de fronteras comunes hacia el exterior, utiliza una agencia independiente para la localización, reconocimiento e intercepción de migrantes irregulares, denominada agencia Frontex¹¹⁰. Sin embargo, pareciera que la Unión Europea ha privilegiado la gestión del riesgo y la cooperación con los países de origen de los migrantes que no forman parte de la unión, especialmente la facilitación de deportación al

¹⁰⁷ U.S. Department of Homeland Security, “Southern Border and Approaches Campaign”, 20 de noviembre de 2014, https://www.dhs.gov/sites/default/files/publications/14_1120_memo_southern_border_campaign_plan.pdf.

¹⁰⁸ U.S. Homeland Security, “Statement from DHS Press Secretary on August Border Numbers”, 12 de septiembre de 2018, <https://www.dhs.gov/news/2018/09/12/statement-dhs-press-secretary-august-border-numbers>.

¹⁰⁹ U.S. Homeland Security, “DHS Secretary Nielsen's Remarks on the Illegal Immigration Crisis”, 18 de junio de 2018, <https://www.dhs.gov/news/2018/06/18/dhs-secretary-nielsens-remarks-illegal-immigration-crisis>.

¹¹⁰ Esta agencia fue establecida en 2004 con el objetivo de reforzar y racionalizar la cooperación entre las autoridades nacionales. Cabe destacar que Frontex es un organismo autónomo de la Unión Europea y, por lo tanto, no es considerado como un organismo gubernamental. Véase, Frontex, <http://frontex.europa.eu/>.

país de origen de los migrantes que intenten entrar de forma irregular a lo largo de la costa mediterránea¹¹¹.

Los migrantes que son interceptados son llevados a centros de detención al exterior de las fronteras¹¹². Conviene subrayar que los Estados están obligados a respetar la *Convención sobre el estatuto de los Refugiados*, en virtud de la cual los Estados tienen prohibido expulsar o regresar a personas que corren el riesgo de persecución en sus países. Sin embargo, pareciera que algunos Estados utilizan la intercepción en el mar para evitar las solicitudes de asilo¹¹³.

2.4.1.2. Despliegue de personal de migración

En el caso de Estados Unidos se han enviado agentes de migración para realizar el control preliminar de los viajeros desde los aeropuertos de origen. Por ejemplo, con Canadá tiene convenios para el control preliminar en 8 aeropuertos, y convenios con Bermuda, Aruba, Bahamas e Irlanda, lo que significa que las personas que deseen viajar a Estados Unidos desde esos países serán interrogadas por el personal estadounidense antes de su abordaje y así podrán entrar libremente al territorio estadounidense¹¹⁴.

En Europa, se han desarrollado controles yuxtapuestos entre Reino Unido, Francia y Bélgica para los viajeros que utilizan el túnel del canal de la Mancha y de control preliminar en las estaciones Eurostar. El objetivo inicial era el de facilitar la circulación entre esos países, pero ahora se utiliza para contrarrestar la migración irregular¹¹⁵.

2.4.2. Prácticas represivas

El principio básico en el control de la migración es la obtención de los documentos necesarios para entrar a un determinado país. Así, todo extranjero que desea entrar a un Estado debe asegurarse que cubre los requisitos exigidos por dicho Estado de conformidad con su política migratoria. De este modo, si una

¹¹¹ Rosenblum, Marc R. y Wayne A. Cornelius, "Dimensions of Immigration Policy" en Rosenblum, Marc R. y Daniel J. Tichenor, *The Oxford Handbook of the politics of international migration*, Nueva York, Oxford University Press, 2012, p. 258.

¹¹² Véase Rygiel, Kim, "Governing mobility and rights to movement post 9/11: managing irregular and refugee migration through detention", *Review of Constitutional Studies*, 2012, vol. 16 (2), p. 231.

¹¹³ Véase Ryan, Bernard, *cit.*, p. 28.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 14.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 16-18

persona entra a un territorio sin contar con las autorizaciones necesarias, el Estado estaría legitimado para ejercer su poder disciplinario soberano.

La detención y la deportación son las medidas más extremas para contrarrestar la migración y es la expresión más importante del poder soberano de un Estado para proteger sus fronteras. “La detención y la deportación continuamente constituyen y reconstituyen la soberanía de la nación expulsora y receptora, la ciudadanía "adecuada", la identidad de los ciudadanos, de los no ciudadanos y de las naciones, así como la concepción de las fronteras”¹¹⁶.

2.4.2.1. Arresto y detención

Tradicionalmente, los Estados justifican el arresto y la detención de migrantes por dos motivos: 1) porque la persona representa un peligro o, 2) porque es probable que no aparezca después si se le deja entrar libremente al territorio. De este modo, en los casos en que la persona no cuente con documentos o que un agente de migración no pueda determinar la identidad de una persona o considere que esa persona puede ser un riesgo para la seguridad, puede proceder a su arresto y detención, la cual dura hasta que se determine su situación. Sobre el particular, según un informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la detención es más bien usada para disuadir la migración irregular o las solicitudes de asilo¹¹⁷.

La detención de migrantes irregulares y de posibles solicitantes de asilo creció de manera exponencial en los Estados Unidos después de los atentados del 11 de septiembre. Por ejemplo, se implementó la denominada "Operación Escudo de la Libertad", que ordenó la detención de los solicitantes de asilo provenientes de Irak y de al menos otros treinta y tres países¹¹⁸. Además, según la política para el arresto, detención y expulsión de migrantes irregulares de los Estados Unidos de noviembre de 2014, la detención es una decisión discrecional del agente de migración y se especifica que los recursos asignados para llevar a cabo las detenciones deben ser asignados prioritariamente al arresto y la

¹¹⁶ Véase Pratt, Anna, *Securing borders: detentions and deportation in Canada*, Vancouver, UBC Press, 2005, p. 26.

¹¹⁷ United Nations High Commissioner for Refugees, “Global Strategy - Beyond Detention 2014-2019”, mayo 2014, <http://www.unhcr.org/53aa929f6.html>, p. 5.

¹¹⁸ Véase Pratt, Anna, *cit.*, p. 51.

detención de las personas consideradas como de alto riesgo para la seguridad nacional, entre los que se encuentran los migrantes irregulares¹¹⁹.

Una vez que los migrantes irregulares han sido detenidos, son conducidos a centros de detención, campos de refugiados, o si no se cuenta con tales infraestructuras, podrían ser incluso reclusos en centros penitenciarios¹²⁰. El objetivo es su expulsión lo más pronto posible, a menos que sean elegibles para ser considerados en la categoría de refugiados.

El problema se presenta cuando no se puede identificar plenamente al migrante, lo que impide el otorgamiento de una categoría migratoria o bien su expulsión. Por consiguiente, un migrante irregular puede pasar periodos muy extensos en las zonas de detención¹²¹, sobre todo si el propio migrante o su país de origen no cooperan para su reintegración. Esos migrantes se encuentran entonces en «órbita», completamente bloqueados¹²². Evidentemente, en el caso de los flujos masivos de migración, este es uno de los principales problemas y el origen de las crisis humanitarias que estudiamos en el primer capítulo.

El ACNUR procedió al análisis de las condiciones de detención de los migrantes irregulares, particularmente de los solicitantes de asilo, para lo cual elaboró una estrategia mundial con la finalidad de ayudar a los Estados a desarrollar alternativas para evitar la detención de migrantes. El ACNUR parte del hecho de que la entrada irregular no es un delito y no aceptar la llegada de solicitantes de asilo al territorio es contrario al derecho internacional¹²³. Así, la detención de personas que pudieran calificar para que se les considere como refugiados debería ser la excepción y no la regla.

¹¹⁹ Véase U.S. Department of Homeland Security Washington, *cit.*, p. 5.

¹²⁰ Este es el caso de Canadá, que solo tiene cuatro centros de detención para migrantes, por lo que si un migrante es detenido en una región en la que no existe centro de detención para migrantes, son dirigidos a los centros penitenciarios y reclusos junto con delincuentes hasta que se determine su situación. Véase United Nations High Commissioner for Refugees, “National Action Plan – Canada”, octubre de 2015, <http://www.unhcr.org/5631eb5c6.html>, p 2.

¹²¹ Véase Basilien-Gainche, Marie-Laure, « Sécurité des frontières et/ou protection des droits », vol. 2, núm 46, 2011, p. 60. Por ejemplo Said Shamilovich Kadzoev, un migrante ruso de origen checo arrestado en la frontera entre Turquía y Bulgaria, que estuvo en un centro de detención para migrantes cuarenta y cinco meses. En Canadá un caso conocido fue el de Hassan Almrei detenido en 2001 y fue liberado 8 años después puesto que no existían elementos suficientes para probar que constituía un riesgo para la seguridad nacional.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ United Nations High Commissioner for Refugees, “Global Strategy - Beyond Detention 2014-2019”, p. 5.

La estrategia mundial del ACNUR se enfoca en tres principios: 1) evitar la detención de los menores de edad; 2) garantizar alternativas legales para que la detención sea excepcional; 3) garantizar que la detención, en los casos en que sea necesaria e inevitable, se haga de conformidad con el derecho internacional, específicamente en respeto a los derechos humanos de los migrantes¹²⁴.

El documento del ACNUR es una serie de buenas intenciones, pero requiere de la plena colaboración de los Estados. Evidentemente, la obligación del Estado de respetar los derechos humanos de todas las personas que encuentren en su territorio, ciudadanos y extranjeros, así como de acatar el derecho humanitario, contrasta con su obligación de proteger su territorio y a sus ciudadanos de cualquier amenaza, incluso de los abusos a su sistema de migración. Con base en esa tensión, los poderes coercitivos de detención otorgados a los funcionarios de inmigración siguen siendo justificados¹²⁵.

En periodos de crisis, la situación sale de la esfera jurídica para centrarse en el aspecto moral. Las condiciones de hacinamiento denunciadas por los organismos internacionales y los organismos no gubernamentales o de la sociedad civil están en el centro del debate, dejando claro que el sistema no está pensado para hacer frente a las situaciones de entradas masivas de personas. Por ejemplo, en 2018 fueron mediatizadas las condiciones de detención en Libia y la cuestión de separación de familias en Estados Unidos, mostrando que la detención no es funcional en tiempos de crisis.

Además, otro debate se ha generado, pues en algunos países, como Estados Unidos, los migrantes son trasladados a agencias privadas de detención¹²⁶, por lo que en realidad la jurisdicción se estaría delegando a una agencia privada que no tiene evidentemente competencia en materia migratoria. Sin embargo, aunque se lleve a una persona a un centro de detención privado, el

¹²⁴ *Ibid.*, p. 7.

¹²⁵ Véase Pratt, Anna, *cit.*, p. 68. Véase también Bryan, Ian y Langford, Peter, “The Lawful Detention of Unauthorised Aliens under the European System for the Protection of Human Rights”, *Nordic Journal of International Law* núm. 80, 2011, p. 216.

¹²⁶ Véase Migration and Refugee Services, “Unlocking Human Dignity: A Plan to Transform the US Immigrant Detention System”, *Journal on Migration and Human Security*, vol. 3, núm. 2, 2015, p.184.

Estado no puede sustraerse de sus obligaciones internacionales en materia de respeto de los derechos humanos¹²⁷.

2.4.2.2. Expulsión o deportación

La expulsión o la deportación consisten en el ejercicio del poder soberano del Estado para forzar a una persona a dejar el territorio¹²⁸. Las prácticas de reenvío o deportación son aplicables a todos los que no sean ciudadanos de un territorio, incluidos aquellos que tuvieran una estancia legal en el país, como los residentes permanentes.

Un Estado puede utilizar la deportación con tres objetivos¹²⁹: (i) regulación administrativa de la población; (ii) como una sanción para los migrantes que hayan cometido algún ilícito en el territorio; (iii) como medio de disuasión.

Aunado a lo anterior, pareciera que la deportación es utilizada como indicador de rendimiento del Estado. En efecto, si el Estado logra identificar y excluir adecuadamente a los “migrantes indeseables”, entonces es considerado como exitoso en el cumplimiento de su función de protección del territorio¹³⁰. Por otro lado, algunos autores consideran que la utilización contemporánea de la deportación es totalmente ineficaz desde el punto de vista operacional, puesto que se necesita la identificación del migrante y la aceptación de otro país. Como lo sugieren Mathew Gibney y Randall Hansen, pareciera que el Estado conserva esa institución únicamente como un símbolo de su poder soberano¹³¹.

2.5. Justificación tradicional del control migratorio

La teoría del Estado moderno es compleja y surge de la evolución de la noción del poder político y de su función defensiva. Así, para comprender al

¹²⁷ Cfr. Flynn, Michael, “Kidnapped, Trafficked, Detained? The Implications of Non-state Actor Involvement in Immigration Detention”, *Journal on Migration and Human Security*, vol. 5, núm. 3, 2017, p. 603-605.

¹²⁸ Véase Barnes, Annmarie, « Displacing Danger: Managing crime Through Deportation », *International Migration & Integration*, vol. 10, 2009, p. 432. Véase también Godin, Christian, « Fin du territoire ou nouveaux territoires? », *Cités*, vol. 60, núm. 4, 2014, p. 152.

¹²⁹ Véase De Genova, Nicholas, “The Deportation Regime Sovereignty, Space, and the Freedom of Movement. Part One, theoretical overview”, en De Genova, Nicholas, Peutz Nathalie (ed), *The Deportation Regime: Sovereignty, Space, and the Freedom of Movement*, Durham, Duke University Press, 2010, p 35. Véase también Drotbohm, Heike y Hasselberg, Ines, “Deportation, Anxiety, Justice: New Ethnographic Perspectives”, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2014, pp.1-12.

¹³⁰ Véase Bibler Coutin, Susan, « Deportation Studies: Origins, Themes, and Directions », *Journal of Ethics and Migration Studies*, 2014, pp.1-11.

¹³¹ Véase Gibney, Matthew y Hansen, Randall, *cit.*, p. 15.

Estado, es necesario estudiar sus orígenes, lo cual no es una tarea fácil¹³². Esa complejidad ha llevado a la elaboración de una vasta literatura académica para explicar el origen y funciones del Estado moderno. Resulta por lo tanto difícil generalizar y aún hablar de una “teoría general del Estado”, sobre todo tomando en consideración que el Estado es producto de un contexto histórico, de un sistema social determinado, así como de las interrelaciones entre sus fuerzas y estructuras¹³³. Sin embargo, son precisamente esas variables las que permiten entender la importancia del Estado moderno. “Bien entendidas, las “lecciones de la historia” muestran que las fronteras no sólo son arcaísmos históricos, sino que revelan profundas realidades socio-espaciales, identidades, así como la necesidad de no diluir el espacio en un residuo impersonal, sin alma universalista ni conciencia precisa. El hombre, la sociedad, en su vida diaria, necesitan límites [...] requieren un mínimo de espacio de integración, así como la seguridad territorial [...]”¹³⁴.

En el desarrollo del derecho internacional se han reconocido ciertos elementos esenciales de todo Estado para comprender y delimitar sus relaciones con otros Estados y, así, garantizar la seguridad de las relaciones jurídicas internacionales. Lo anterior, es evidente si se toma en cuenta que, al existir una pluralidad de Estados en el mundo, sin tales determinaciones se estaría en conflicto permanente¹³⁵. Cabe destacar que los Tratados de Westfalia, que pusieron fin a la guerra de los 30 años en Europa, marcaron el inicio del Estado como lo conocemos actualmente¹³⁶.

En el mundo contemporáneo, los elementos del Estado se encuentran codificados en la Convención de Montevideo de 1933 sobre los derechos y obligaciones de los Estados. Entre los atributos que se le reconocen al Estado están: el gobierno, el territorio, la población y la soberanía, siendo este último

¹³² Véase por ejemplo Kaplan, Marcos, *Estado y Sociedad*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, pp. 153 a 159.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ Véase Wackermann, Gabriel, *cit.*, p. 169.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 14.

¹³⁶ Para un estudio exhaustivo del tema véase Bremer, Juan José, *De Westfalia a post-Westfalia: Hacia un nuevo orden internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013, p. 30.

elemento en el que descansa el orden mundial contemporáneo¹³⁷. Además, el artículo 2 (4) de la Carta de las Naciones Unidas firmada el 26 de junio de 1945, prevé lo siguiente: “Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”.

El derecho migratorio, aunque es relativamente reciente, se encuentra legitimado en las nociones tradicionales del Estado, las cuales son utilizadas cada vez que se habla sobre el tema, sobre todo cuando se trata de justificar los controles migratorios.

2.5.1. La soberanía y el territorio

Como en las últimas décadas se ha hecho evidente que el papel del Estado está cambiando como consecuencia de la globalización, el concepto de soberanía pareciera evolucionar. De hecho, la tendencia es a la apertura de fronteras a los flujos de capital, de información y de servicios. Sin embargo, cuando se toca el tema migratorio, los Estados proclaman su soberanía, su derecho a controlar su territorio y su derecho a proteger sus fronteras¹³⁸. El debate doctrinal al respecto es amplio, detallado, complejo, y hasta el momento parece que no ha llevado a ningún lado, puesto que los Estados siguen considerando a la soberanía como su principal atributo y ello, en su sentido clásico¹³⁹.

Dos objeciones clásicas se han formulado con respecto a la consideración clásica de la soberanía como un poder absoluto. Por un lado, Benjamin Constant considera que la soberanía es popular y que no puede ser absoluta si no se basa en el respeto irrestricto de las libertades humanas. En ese sentido, la noción de soberanía no puede servir para legitimar actos que sean contrarios a los derechos humanos. Así, cualquier soberano que viole los derechos fundamentales de cualquier hombre, deja de ser legítimo, por lo que el concepto de soberanía no

¹³⁷ *Ibid*, p. 66.

¹³⁸ Véase Sassen, Saskia, *Losing control? Sovereignty in an age of globalization*, New York, Columbia University Press, 1995, p 63.

¹³⁹ La noción clásica está expuesta por Jean Bodin, *Les six livres de la République*, Bravo Gala, Pedro (trad.), Madrid, Gráficos Molina, 3a. éd., 1997, p. 142. Véase también Duguit, Léon, *Traité de droit constitutionnel*, vol. 1, Paris, *The Making of Modern Law: Foreign, Comparative and International Law*, 1921, pp. 551-563.

puede ser visto como un poder superior e ilimitado¹⁴⁰. Por otro lado, encontramos la objeción clásica de Léon Duguit, quien al hacer un análisis profundo de las dos escuelas de soberanía, concluye, en los dos casos, que el concepto de soberanía no es usado más que como un medio para justificar toda arbitrariedad por parte del gobierno¹⁴¹.

A pesar de las objeciones en torno a la concepción clásica de la soberanía, resulta que ese concepto se sigue utilizando en su forma tradicional, es decir, como un poder abstracto, supremo, de fuerza legítima, reconocido y aceptado tanto por los ciudadanos como por el derecho internacional. En la doctrina del derecho internacional, se ha llegado a la conclusión de que el control de la migración constituye la máxima expresión de la soberanía del Estado, por lo que la soberanía no solo está ligada al control del territorio, sino también al control de las personas, como si el objeto principal del derecho migratorio fuera el control de las fronteras¹⁴². En efecto, como la soberanía es la base de la teoría del Estado, se asegura que el Estado está legitimado para determinar quién puede entrar y permanecer en su territorio¹⁴³.

Así, la afirmación del poder del Estado de controlar la migración se expresa de manera decisiva a través de sus fronteras, las cuales marcan en todas las direcciones la dualidad del exterior y del interior¹⁴⁴. Como las fronteras marcan los límites de los poderes del Estado para controlar quién puede entrar y permanecer en su territorio, si alguien osa atravesar la frontera sin el permiso del Estado soberano, entonces se convierte en un enemigo del soberano. Por lo tanto, los Estados prestan especial atención a la seguridad de sus fronteras. Sin embargo, en el contexto de la Unión Europea ha sido sumamente difícil defender la postura de fronteras internas abiertas y fronteras exteriores cerradas, precisamente

¹⁴⁰ Véase Feldman, Jean-Philippe, « Le constitutionalisme selon Benjamin Constant », *Revue française de droit constitutionnel*, 4, núm. 76, 2008, pp. 675-702, <http://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2008-4-page-675.htm>.

¹⁴¹ Duguit, Léon, vol. 1, *cit.* p. 563-564.

¹⁴² *Cfr.* Perruchoud, Richard, "State sovereignty and freedom of movement", en Opeskin, Brian, *et.al.*, *Conceptualising international migration law*, Cambridge University Press, Estados Unidos, 2012, p. 124.

¹⁴³ Giorgio Del Vecchio, *cit.*, pp. 13-14. Véase también, Thierry, Charles, *Les nouvelles perspectives de la souveraineté*, Paris, l'Harmattan, 2015, pp. 9-10.

¹⁴⁴ Véase Christian Godin, *cit.*, p. 152.

porque la noción de frontera delimita también la del poder soberano¹⁴⁵. Por eso, para algunos la noción de frontera es mejor definida no como barrera, sino como control. Para Michel Foucher, las fronteras no tienen por qué ser cerradas, pero tampoco se puede llegar al extremo de decir que no son necesarias o que no deberían existir en un mundo globalizado: “Los marcadores simbólicos son necesarios para cualquier vida colectiva, especialmente para abrirse y aprovechar las interacciones ofrecidas por un mundo interdependiente. Saber situarse en el tiempo y el espacio es una de las condiciones de la conciencia colectiva”¹⁴⁶.

2.5.2. Libertad de circulación versus derecho a inmigrar

El derecho a circular libremente proviene de la concepción clásica liberal según la cual la libertad de circulación es un derecho natural que debe prevalecer ante cualquier prerrogativa que pudiera tener un Estado¹⁴⁷. No obstante, históricamente, los principios liberales sobre los cuales se basan los derechos humanos se han ido desarrollando junto con los principios de formación de los Estados, principalmente el concepto de soberanía. La historia nos muestra igualmente, que la soberanía no garantiza necesariamente el respeto de los derechos humanos, por lo que la relación entre el derecho natural de circular libremente y la soberanía estatal es un tema complejo¹⁴⁸.

Independientemente de lo anterior, lo único que se ha reconocido globalmente es un derecho universal a circular libremente, establecido en el artículo 13 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* como sigue: “1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.”

¹⁴⁵ Véase por ejemplo el estudio realizado por Del Sarto, Raffaella A. y Steindler, Chiara, “Uncertainties at the European Union’s southern borders: actors, policies, and legal frameworks”, *European Security*, vol. 24, núm. 3, 2015, pp. 369–380.

¹⁴⁶ Véase Foucher, Michel, *cit.*, p. 14.

¹⁴⁷ El autor Peter Meilander, al hacer un análisis de la libertad de movimiento en el pensamiento liberal, concluye que ese derecho deriva de la construcción clásica del contrato social, principalmente de las ideas de Hobbes, para quien la libertad es la posibilidad de movimiento y de John Locke quien consideró que la esencia de todo contrato social es la libre auto determinación. Véase, Meilander, Peter, *Toward a Theory of Immigration*, New York, Palgrave, 2001, pp. 119-120.

¹⁴⁸ *Cfr.* Moses, Jonathon W. *International Migration, Globalization’s Last Frontier*, Londres y Nueva York, Zed Books, 2006, pp. 67-68.

Así pues, del derecho a circular libremente significa que: a) los nacionales de un Estado, y los extranjeros que se hallen en él legalmente, pueden circular libremente dentro de ese Estado; b) los nacionales de un Estado y los residentes permanentes pueden escoger su residencia dentro del Estado; c) todos los seres humanos tienen derecho a salir libremente de cualquier Estado; d) los nacionales de un Estado tienen derecho a regresar a su Estado.

Conviene subrayar que ese derecho humano a la libre circulación presenta dos dificultades. En primer lugar, como la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* no es un tratado internacional, por lo que ese derecho sería garantizado únicamente en aquellos Estados que hayan adoptado ese principio dentro de su derecho interno. En segundo lugar, aunque la Declaración tiene una cierta autoridad moral que deriva de su reconocimiento implícito por la mayoría de los Estados, dicha declaración solo reconoce el derecho a emigrar y a regresar a su país de origen.

En ese sentido, a pesar de que la formulación de la libertad de circulación pareciera reconocer el derecho a la movilidad humana universal, ese derecho es restringido por el propio derecho internacional, el cual está fundado en la soberanía de los Estados para determinar el régimen de circulación en su territorio¹⁴⁹. En rigor, aunque exista un derecho humano universalmente reconocido a emigrar, para completar el ciclo de migración, es necesario que el migrante sea aceptado en algún Estado y que dicho Estado haya reconocido en su régimen jurídico interno la libertad de circulación.

Al mismo tiempo, el derecho internacional ha ido elaborando un “derecho humanitario a migrar”, para proteger a las personas que se ven forzadas a dejar sus países. En efecto, con motivo de la adopción de la *Convención sobre el estatuto de los Refugiados*, los Estados que la han ratificado se comprometen a recibir en sus territorios a las personas que califiquen para ser consideradas como refugiados¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Principio de la autodeterminación contenido en artículos 2 (4) y 2 (7) de la *Carta de las Naciones Unidas*, de 25 de junio de 1945, que prohíbe la interferencia en los asuntos internos de los Estados soberanos.

¹⁵⁰ Del preámbulo de la *Convención sobre el estatuto de los Refugiados* se desprende que, si bien los Estados tienen la obligación de responder a las solicitudes de los refugiados, debido a la carga financiera que dicha obligación

Avanzando en nuestro análisis, el hecho de que no exista un derecho universalmente reconocido a inmigrar nos permite comprender uno de los componentes del vínculo entre migración y seguridad nacional. En efecto, la ausencia del derecho a inmigrar confirma el poder del Estado de determinar quién puede entrar en su territorio y quién debe ser excluido por motivos de seguridad nacional, incluso si se trata de refugiados como lo veremos más adelante.

2.5.3. El desafío de la migración irregular

Por lo que respecta a la migración irregular, la OIM señala que no existe una definición universalmente aceptada, pero normalmente implica que el migrante no cuenta con los permisos o documentos necesarios para entrar, residir y trabajar en el país de destino¹⁵¹. Por su propia definición, el migrante irregular representa una amenaza porque está fuera del control estatal¹⁵².

El problema de la noción de migración irregular es el uso que se hace de ella para justificar las medidas de represión y de exclusión. Como lo afirma la autora Anna Pratt, la producción y la inclusión del migrante “deseable”, (con talento, empresarial, con autonomía económica y alto potencial de establecimiento) y el que “merece” la categoría de refugiado (la víctima, el perseguido), sólo se hacen posible a través de la criminalización, represión y exclusión de los “indeseables”. Así, junto a la figura del migrante que “merece” protección, surge otra figura, la de aquél que no tiene escrúpulos, fraudulento, e incluso criminal. De esa forma se producen categorías opuestas que se mantienen una en contradicción con la otra, la última excluida con base en la primera¹⁵³.

Como se mencionó en el capítulo anterior, la característica de los flujos masivos de migración es que llegan a un territorio por medios irregulares, pero generalmente lo hacen con el objetivo de presentar una solicitud de asilo. En efecto, de conformidad con la *Convención sobre el Estatuto de Refugiado*, para

puede ocasionar para los Estados, estos pueden determinar discrecionalmente la forma en que cumplirán con dicha obligación.

¹⁵¹ Organización Internacional para las migraciones “Términos claves de la migración”, <http://www.iom.int/es/los-terminos-clave-de-migracion>.

¹⁵² Düvell, Franck, “Irregular Migration”, en Betts, Alexander, *Global Migration Governance*, Oxford Scholarship Online, 2011, p. 82.

¹⁵³ Véase Pratt, Anna, cit., p. 20. Aunque esta autora hace un análisis de la situación en Canadá, su marco conceptual lo sustenta en el derecho internacional, por lo que sus afirmaciones están basadas en el estudio de diversas políticas adoptadas por diferentes países, tales como Estados Unidos, Reino Unido y Australia.

solicitar el reconocimiento de esa calidad, la persona debe estar fuera de su país¹⁵⁴, por lo que normalmente una persona que quiere solicitar asilo en otro país debe presentarse a la frontera. Como las entradas son restringidas por cuestiones de seguridad, si una visa o un permiso es necesario para entrar, pareciera que las opciones son las de presentar una solicitud en el país vecino o usar vías irregulares. Todo ello pareciera depender entonces de la decisión del solicitante de asilo, por lo que pareciera que tanto las prácticas restrictivas para solicitar el asilo como las exigencias para obtener una visa provocan la irregularidad¹⁵⁵.

Es claro entonces que la “voluntad” de usar vías irregulares, así como la “percepción del Estado” de que el aumento de entradas irregulares representa una amenaza, son los dos elementos en los que se basa el vínculo entre ese tipo de migración y la seguridad nacional.

2.6. Consecuencias del vínculo entre migración y seguridad

Hasta ahora hemos analizado la forma en que se ha ido formando el vínculo entre control migratorio y seguridad nacional, así como su justificación siguiendo las nociones clásicas de soberanía, territorio y control fronterizo, lo cual parece lógico puesto que nada es más importante para un Estado soberano que proteger su territorio y a sus ciudadanos, incluso si el control debe ejercerse más allá de las fronteras.

En ese contexto, cuando ante la movilidad humana irregular o masiva se alega una amenaza a la seguridad nacional, el Estado está plenamente legitimado para reprimir dichos movimientos y para imponer medidas cada vez más estrictas. No obstante, esta forma de concebir el derecho migratorio no ha producido el efecto deseado, es decir, evitar la entrada irregular o masiva. Estamos en presencia de una situación en la que el derecho produce situaciones contrarias a las esperadas. Al respecto, existe una inmensa cantidad de estudios doctrinales consagrados a evidenciar las múltiples paradojas que derivan de la concepción actual del derecho migratorio que resumiremos a continuación.

¹⁵⁴ Trevisanut, Seline, *cit.* p. 666.

¹⁵⁵ Al respecto véase la investigación realizada en 29 países europeos por Czaika, Mathias y Hobolth, Mogens, “¿Do restrictive asylum and visa policies increase irregular migration into Europe?”, *European Union Politics*, vol. 17, núm. 3, 2016, pp. 357-361.

2.6.1. Violación de los derechos humanos y la responsabilidad humanitaria

Como ya lo hemos expuesto, una de las funciones más importantes del Estado es proteger su territorio y a sus ciudadanos. Sin embargo, esa protección se tiene que hacer en estricto apego al derecho internacional, principalmente en materia de derechos humanos¹⁵⁶. En ese sentido, aunque el Estado esté legitimado para contrarrestar la irregularidad o las entradas masivas, se encuentra al mismo tiempo obligado a elegir los medios que afecten en menor medida los derechos humanos de las personas implicadas, ello considerando que no existe un derecho humano a inmigrar¹⁵⁷. Asimismo, los Estados que suscribieron la *Convención sobre el estatuto de los refugiados* deberían permitir la llegada de los migrantes forzados a sus territorios para que puedan formular una solicitud de asilo. Además, en virtud del principio de *non-refoulement*, los Estados tienen prohibido expulsar o devolver a un refugiado a un territorio donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas¹⁵⁸.

Ahora bien, bajo el argumento de la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado, las políticas migratorias se centran cada vez más en la represión y en la idea de mantener a los migrantes que no cuentan con los permisos necesarios (entre los que pudiera haber terroristas y criminales) lejos del territorio. Así, cuando se justifica la intercepción de migrantes para impedir su acceso al territorio por motivos de seguridad nacional, si no se realiza una evaluación individual de su situación y de los riesgos relacionados con la expulsión, de conformidad con los tratados internacionales, en realidad se están negando derechos fundamentales a esas personas. De esa forma, las políticas de contención

¹⁵⁶ Véase el estudio realizado al respecto por Bustamante, Jorge A., “La paradoja de la autolimitación de la soberanía: derechos humanos y migraciones internacionales”, en Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Prevención de la violencia, atención de grupos vulnerables y los derechos fundamentales*, fascículo 5, *Los derechos de los migrantes*, México, CNDH, 2003.

¹⁵⁷ Sobre este punto, es necesario destacar que la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familiares* es el único tratado internacional en materia de derechos humanos que se refiere expresamente a los derechos de los migrantes.

¹⁵⁸ Véase artículo 31 y 33 de la *Convención sobre el estatuto de los refugiados*.

restringen los derechos humanos que solo pueden ser garantizados por un Estado¹⁵⁹.

Todo lo anterior ha llevado a cuestionar doctrinalmente lo que se considera como la “responsabilidad de los Estados en materia humanitaria”. Pareciera, según algunos investigadores, que los Estados tratan de evitar su responsabilidad en materia humanitaria al no permitir la entrada de personas forzadas a dejar sus países. Lo que pareciera estar sucediendo es la realización de controles extraterritoriales, bajo el argumento de seguridad nacional, para evitar las solicitudes de refugio, puesto que, si una persona logra llegar a un Estado, este tiene la responsabilidad de hacerse cargo de esa persona hasta que se determine su situación e incluso tienen prohibido expulsarla sin un debido proceso¹⁶⁰.

2.6.2. Aumento de la migración irregular

Según estimaciones de la Organización Internacional del Trabajo, la migración irregular sigue aumentando, a pesar de que uno de los objetivos de las políticas migratorias y de seguridad nacional es impedir la entrada irregular al territorio nacional, y no obstante los controles migratorios cada vez más estrictos para lograr dicho objetivo¹⁶¹. A medida que la migración irregular aumenta, las restricciones se endurecen: más políticas, más leyes, más reglamentos para controlar y administrar el flujo migratorio. Estamos frente a un círculo vicioso que algunos consideran como un callejón sin salida: la migración se convierte en irregular con motivo de las restricciones impuestas por los Estados y la migración se convierte en una amenaza a la seguridad nacional cuando es irregular, puesto que los Estados no pueden identificar a las personas que entran en sus territorios y los motivos. Sobre este punto, investigadores en todas las áreas han atribuido el aumento significativo de migrantes en situación irregular a las restricciones migratorias y controles cada vez más estrictos¹⁶².

¹⁵⁹ Al respecto, véase Basilien-Gainche, Marie-Laure, *cit.*, p. 68.

¹⁶⁰ Véase Ryan, Bernard, *cit.*, 36-37.

¹⁶¹ La OIT aclara que por su naturaleza la cantidad de migrantes irregulares es difícil de cuantificar, sin embargo, se estima que representa entre el 10 y el 15 por ciento de los flujos migratorios, los cuales se estiman en 235,5 millones de migrantes en el mundo, es decir, el 3% de la población mundial, y 57 millones más que en el 2000. Véase Organización Internacional del Trabajo, «Informe del Director General: Migración equitativa: un programa de la OIT», p. 9, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_243544.pdf.

¹⁶² Véase por ejemplo, Monika Wohlfeld, *cit.*, p. 67.

Es necesario destacar que las situaciones de irregularidad se pueden presentar por diversos motivos que nada tienen que ver con la seguridad nacional. Por ejemplo, el hecho de no renovar una visa, la entrada como turistas para después permanecer en el territorio, o el rechazo de una solicitud de asilo, seguido de la negativa del migrante de abandonar el país¹⁶³. En esos casos, no existe una relación lógica entre las medidas represivas y la permanencia en el territorio sin autorización, a menos que se demuestre que el migrante es o pudiera ser una amenaza para la seguridad nacional¹⁶⁴.

2.6.3. El tráfico de migrantes y la trata de personas

Como ha quedado expuesto, los migrantes que necesitan salir de sus países y que no reúnen los requisitos impuestos por los Estados para entrar legalmente al territorio, pueden ser el blanco de redes criminales que aprovechan las debilidades del sistema para obtener beneficios económicos¹⁶⁵. Dicha situación se convierte en una amenaza para la seguridad, pero no solo la de los Estados, sino la de las personas en movimiento.

En este punto, los investigadores en la materia son particularmente críticos al considerar que son los propios Estados los que provocan el tráfico de migrantes y la trata de personas. Algunos consideran que, si los Estados no impusieran fuertes restricciones a la migración, la migración irregular no existiría y nadie tendría que pagar a traficantes para cruzar una frontera¹⁶⁶. Ahora bien, como lo hemos analizado, en el punto actual de la teoría del Estado y del derecho, la apertura de las fronteras no es concebible. La migración irregular es vista entonces como una consecuencia normal del poder soberano del Estado de controlar sus fronteras de forma “eficaz”. Sin embargo, los expertos predicen que a medida que se impongan más restricciones a la migración y mayor control en

¹⁶³ Véase por ejemplo el caso de Estados Unidos descrito por Warren, Robert, “US Undocumented Population Continued to Fall from 2016 to 2017 and Visa Overstays Significantly Exceeded Illegal Crossings for the Seventh Consecutive Year”, *Journal on Migration and Human Security*, vol. 7, núm. 1, pp. 19-22.

¹⁶⁴ Sobre este punto, Anna Pratt, *cit.*, señala que incluso los criminales tienen más derechos que los migrantes irregulares.

¹⁶⁵ Basilien-Gainche, Marie-Laure, *cit.*, p. 65.

¹⁶⁶ Véase por ejemplo, Koslowski, Rey, *cit.*, p. 526.

las fronteras, el tráfico de migrantes y la trata de personas seguirán aumentando, con consecuencias repugnantes en materia humanitaria¹⁶⁷.

El hecho es que el tráfico de migrantes no puede ser visto de otra forma más que como un delito, pues por su propia naturaleza pone en riesgo la estructura del Estado. Aunque pareciera que en general los que ayudan a la migración irregular son los propios migrantes entre ellos (familiares, amigos, conocidos)¹⁶⁸, la realidad es que el riesgo para la seguridad del Estado y del migrante son evidentes. El problema es que la gestión de la migración irregular parece haberse concentrado en la lucha contra el tráfico de migrantes, sin considerar que existen seres humanos sin aparente opción más que la de utilizar esos medios irregulares. Como lo señala Maurizio Albahari: “El derecho a solicitar asilo se está transformando de facto en un permiso otorgado por el Estado para buscar asilo. Y uno no puede pedir permiso soberano sin pagar primero a los traficantes. Con la transformación de un derecho en un permiso mercantilizado, el precio que muchos refugiados terminan pagando es su propia vida”¹⁶⁹.

Pareciera entonces que el discurso de seguridad en este caso se basa en el combate al tráfico de migrantes, y no en la necesidad de protección de las personas que utilizan esos servicios. Por ello, resulta de especial interés la forma en que ha quedado regulado este delito en la *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*, suscrita en diciembre de 2002, que incluye un protocolo sobre la trata de personas y uno sobre el tráfico ilícito de migrantes (Protocolos de Palermo). En el prefacio de la Convención se lee lo siguiente:

Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ Véase por ejemplo, Sanchez, Gabriella, “Critical Perspectives on Clandestine Migration Facilitation: An Overview of Migrant Smuggling Research”, *Journal on Migration and Human Security*, vol. 5, núm. 1, 2017, pp. 12-22.

¹⁶⁹ Véase Albahari, Maurizio, *cit.* p. 6.

de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia, la corrupción y la trata de personas.

Los Protocolos de Palermo parten de tres distinciones: a) entre la coerción y el consentimiento; b) entre los migrantes irregulares (víctimas de los traficantes de migrantes) y las víctimas de la trata de personas¹⁷⁰; c) entre las víctimas y los criminales. Además, se hace énfasis en la necesidad de proteger a las víctimas inocentes de esos crímenes, particularmente cuando se trata de mujeres y niños y, por otro lado, existe un tratamiento jurídico diferente para los migrantes que deciden hacer uso de los traficantes para entrar ilegalmente a un Estado.

Por otro lado, los Protocolos de Palermo exigen que los Estados tipifiquen penalmente esos dos delitos, que instauren mecanismos nacionales de represión y que cooperen con los otros Estados en esa materia. Asimismo, se prevé expresamente que los migrantes no deben ser penalizados con motivo de su entrada “ilegal” a un país, aunque no se prohíbe la imposición de medidas represivas para evitar la ilegalidad. Al contrario, el *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes* impone la obligación de interceptar los medios de transporte de los cuales se sospeche que transportan migrantes y adoptar las medidas que sean necesarias para detener a los traficantes, para lo cual “garantizará la seguridad y el trato humano de las personas que se encuentren a bordo”. Llama especialmente la atención el que se prevea la necesidad de que los Estados refuercen sus controles fronterizos para prevenir y detectar la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes.

2.6.4. El movimiento anti-inmigrante y los problemas de integración

Otro problema para la seguridad de un país se ve reflejado en los movimientos xenofóbicos y en la consecuente dificultad para integrar a miles de personas en un corto tiempo. Los riesgos que se mencionan frecuentemente tienen que ver con la cultura, con el idioma, con la religión, con la salud, con la

¹⁷⁰ Para un estudio detallado de este tema véase, Conseil international des politiques des droits humains, « Migrations irrégulières, trafic d’êtres humains et droits humains : vers une cohérence », pp. 7-9, http://www.ichrp.org/files/summaries/39/122_pb_fr.pdf.

educación y con la inestabilidad laboral. La proliferación de *ghettos* o de colonias reservadas para cierto tipo de nacionalidades o razas, y el nacimiento de movimientos extremistas en el seno de migrantes que nunca se pudieron integrar a sus nuevas comunidades, son fuente de preocupación para los ciudadanos.

De ese modo, la aceptación de cantidades importantes de refugiados y de migrantes al mismo tiempo provoca un conflicto que afecta no solo a esas personas, sino al país que los recibe y a sus nacionales. Así pues, dado que el Estado tiene la obligación de proteger a sus nacionales, pero también tiene la responsabilidad de garantizar el respeto irrestricto de los derechos humanos de las personas que se encuentran en su territorio, parece existir una ruptura entre dos fuerzas antagónicas que se encuentran en el seno de la propia función estatal.

Por ejemplo, en el caso de la crisis en Europa, la percepción general de los ciudadanos es que los gobiernos han sido incapaces de gestionar la crisis migratoria basado en dos constataciones: (i) el número de migrantes que continúan llegando a la Unión Europea y (ii) el aumento de los ataques terroristas en Europa. Como consecuencia, la xenofobia y las expresiones de odio han proliferado¹⁷¹.

Solo en 2015 hubo más de un millar de ataques documentados contra los refugiados, los centros de asilo e instituciones islámicas¹⁷². Tal vez el ejemplo más claro de dicha situación es la oposición a la política de recepción de migrantes de la canciller alemana¹⁷³, la cual provocó un movimiento anti-inmigración denominado « PEGIDA »¹⁷⁴. También en Italia se ha registrado un sentimiento antiinmigrante que se ha hecho visible dentro de la sociedad italiana y también del

¹⁷¹ Véase UN High Commissioner for Refugees, “Regional refugee and migrant response plan for Europe”, enero-diciembre 2016, p. 11, <http://www.unhcr.org/570669806.pdf>. Véase también UNHCR «Europe’s refugee emergency response update #16 18 – 31 december 2015», <http://www.refworld.org/docid/56bda0bd4.html>. Según la OECD estas expresiones no son nuevas y comprenden a toda la migración en general, OECD, “Is this humanitarian migration crisis different?”, *Migration Policy Debates*, No. 7, septiembre de 2015, p. 10.

¹⁷² Por ejemplo, en 2015 en Alemania se registraron más de 747 delitos contra la vivienda de refugiados, en los que 222 personas resultaron heridas. Al respecto, véase The Local, “Just four convictions for refugee home attacks”, 4 de Diciembre de 2015, www.thelocal.de/20151204/just-four-convictions-after-wave-of-refugee-attacks.

¹⁷³ Expert Council of German Foundations on Integration and Migration (SVR), *Immigration Countries: Germany in an International Comparison, 2015 Annual Report*, SVR, Berlin, February 2015, www.svrmigration.de/wp-content/uploads/2015/06/SVR_Annual-Report-2015_WEB.pdf.

¹⁷⁴ Véase el análisis detallado del movimiento en Adam, Heribert, “Xenophobia, Asylum Seekers, and Immigration Policies in Germany », *Nationalism and Ethnic Politics*, núm. 21, 2015, pp. 446–464.

gobierno italiano¹⁷⁵. Otro ejemplo es lo que se conoce como el Brexit, o la salida del Reino Unido de la Unión Europea, lo que para algunos fue resultado de la percepción nacionalista y xenófoba del aumento de flujos migratorios hacia Inglaterra¹⁷⁶.

En el caso de la crisis en la frontera entre México y Estados Unidos, las expresiones xenófobas acompañaron a los migrantes centroamericanos a lo largo de su trayecto en caravanas hasta su llegada a Tijuana, en donde incluso hubo una manifestación para expulsar a los centroamericanos¹⁷⁷. Inclusive, en el caso de los haitianos, que ha sido un ejemplo de integración, se vivieron expresiones de fomento al odio y discriminación: declaraciones de que los haitianos no estaban acostumbrados a trabajar, la solicitud del Frente Amplio Nacionalista para expulsar a los haitianos porque su cultura estaba basada en la inmundicia y la miseria y agresiones verbales exigiendo que los haitianos hablaran en español¹⁷⁸.

2.7. Desvinculación de la migración y la seguridad nacional

El considerar la migración irregular como un problema de seguridad nacional, nos conduce a un callejón sin salida. A medida que la migración irregular aumenta, a pesar de los controles, la respuesta política es la emisión de un derecho más estricto, con efectos terribles desde el punto de vista humanitario. Creemos que este círculo vicioso continuará, con un efecto de bola de nieve, si se sigue considerando a toda la migración como una amenaza. Consideramos que no se trata de oponer esas dos fuerzas sino de pensar en ellas de forma alternativa. Para ello, es indispensable concentrarse en las amenazas reales a la seguridad nacional, conciliar la seguridad nacional con el derecho humanitario y

¹⁷⁵ Pacella, Jennifer M., “Welcoming the unwanted: Italy's response to the immigration phenomenon and European union involvement”, *Georgetown Immigration Law Journal*, Vol. 25, 2010-2011, p. 374.

¹⁷⁶ Véase por ejemplo BBC “Qué es el Brexit y cómo puede afectar a Reino Unido y a la Unión Europea”, 24 de junio de 2016, <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-36484790>.

¹⁷⁷ Véase la documentación de los actos de xenofobia en el análisis realizado por El Colegio de la Frontera Norte, “La caravana de migrantes centroamericanos en Tijuana 2018: diagnóstico y propuestas de acción”, Primera etapa, 13 de diciembre de 2018, <https://www.colef.mx/estudiosdecolef/la-caravana-de-migrantes-centroamericanos-en-tijuana-2018-diagnostico-y-propuestas-de-accion>.

¹⁷⁸ Hernández Peña, Yair Candelario, *et. al.*, “Participación de agencias internacionales, sociedad civil y sector privado en la gestión de la crisis migratoria de haitianos y africanos que buscan refugio en Estados Unidos: caso Tijuana y Mexicali en 2016”, en Organización Internacional para las Migraciones México, *Ser-Migrante*, mayo-junio 2017, p. 31.

ver al ser humano en movimiento en un mundo global y complejo más que a la idea tergiversada del migrante irregular.

2.7.1. Identificación de las amenazas reales

De lo que hemos expuesto hasta ahora, pareciera que no es la migración como tal lo que preocupa a los Estados, sino la pérdida de control sobre las personas que entran y salen de sus territorios. Pareciera que los Estados no están distinguiendo a los migrantes de las personas que representan un verdadero peligro, sino que se han enfocado a combatir un peligro potencial representado por una categoría especial: los irregulares. La migración irregular es percibida como una amenaza puesto que impide al Estado ejercer su poder soberano de controlar sus fronteras, no porque exista un peligro real a la seguridad nacional. No obstante, se considera que el no saber quién entra al territorio pone en riesgo a los ciudadanos y al territorio. Como lo menciona la autora Anna Pratt, el espectro del fraude y la inquietud respecto a la identificación de los migrantes han llevado a la construcción de la idea de que los migrantes constituyen un peligro debido a los riesgos imprevisibles y por lo tanto difíciles de controlar¹⁷⁹. Paradójicamente, existen miles de migrantes irregulares en el mundo que, dada su calidad irregular, no pueden ser identificados.

Ahora bien, aunque la migración irregular no constituye en sí misma un peligro, existen aspectos de ese tipo de migración que puedan derivar en riesgos para la seguridad. Lo anterior, es aún más evidente cuando se trata de entradas masivas en un territorio. Los esfuerzos de los Estados se centran entonces en detener las entradas, pasando de lo conocido a lo desconocido, es decir, sancionando a aquellos migrantes que son identificados como irregulares, aunque no constituyan una amenaza para la seguridad, para combatir a aquellos que no están identificados y que sí podrían ser una amenaza para la seguridad.

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que el reto es identificar las amenazas reales. Esto no es fácil, ya que los riesgos relacionados con la migración no son de factores conocidos o estables. Como Xavier Raufer lo expresa: "Hoy en día, las amenazas reales provienen de entidades híbridas,

¹⁷⁹ Pratt, Anna, *cit.*, p 213.

oportunistas, capaces de evolucionar rápidamente [...] la mayor amenaza no es la que parece ser la más grave según la opinión pública, sino aquella que es mal percibida"¹⁸⁰.

Como lo hemos descrito, fue a partir de los ataques terroristas que comenzó la paranoia reflejada en las políticas migratorias, con el fin de evitar que los terroristas se infiltraran entre los migrantes irregulares. Así, las amenazas reales son el fraude y el terrorismo, no la migración irregular, por lo que resulta indispensable separar esas dos amenazas del fenómeno migratorio. Se trataría entonces de dejar de pensar en la migración como un problema de seguridad nacional percibida como mafiosa, imprevisible e incontrolable. Para superar ese miedo es necesario cambiar de percepción del peligro, para lo cual se debe analizar lo que un Estado soberano puede hacer teniendo en cuenta las amenazas reales, pero sin perder de vista el interés nacional. Estamos conscientes de que eso no es una tarea fácil, sin embargo, para efectos de nuestra tesis, hemos elegido desvincular incluso la migración irregular de la seguridad nacional, para enfocarnos en las consecuencias de las entradas masivas. Como estas son vistas frecuentemente como una invasión, el argumento de seguridad pareciera más sólido, por lo que no lo podemos descartar. Sin embargo, creemos que existen alternativas para el control de las entradas masivas, las cuales expondremos en el capítulo quinto.

2.7.2. Enfoque global de la seguridad y su conciliación con los derechos humanos

Hasta ahora, el concepto tradicional de soberanía, sobre el cual se basa la seguridad nacional, justifica las acciones represivas para mantener a los migrantes irregulares fuera del territorio. Sin embargo, la propia evolución del derecho internacional exige que el concepto de seguridad se interprete de manera diferente, es decir, que los Estados acepten el juego de la "sociedad internacional", de lo contrario siempre existirá una contradicción con el fin último del Estado: el bien común¹⁸¹.

¹⁸⁰ Rauffer, Xavier, *cit.*, 2008 à la p 26.

¹⁸¹ Voir à ce sujet Radomir, Lukic, *cit.*, p 102.

Muchos autores consideran que para dar el paso es necesario abolir el concepto de soberanía, proponen la desaparición de los territorios y la inexistencia de fronteras. A pesar de la simpatía que pudieran generar esas tendencias radicales que evidencian el fracaso de los Estados para controlar la migración, en realidad esas teorías provocan más miedo que avances en la materia, considerando que ningún Estado hasta ahora ha manifestado algún interés en reformarse constitucionalmente para erradicar el problema. En ese sentido, consideramos que, para evitar caer en el mismo discurso provocador de miedo, resulta necesario aceptar la evolución natural de los conceptos, tomando en consideración lo que los Estados están dispuestos a aceptar y comenzar a hablar más en términos conciliadores que de ruptura. Como lo expone el autor Didier Bigo, se trata de una narrativa alternativa, en la que se tomarían las nociones de soberanía, territorio y fronteras como un espacio de intercambio y de interacción entre diferentes fuerzas¹⁸².

Destaca por ejemplo el que la soberanía se encuentre ahora en una multiplicidad de ámbitos institucionales: algunas funciones tradicionales de los Estados ahora se comparten en instituciones internacionales, existen nuevos organismos supranacionales¹⁸³, y la exigencia de la comunidad internacional para el respeto de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Así, más que desaparecer, la soberanía de los Estados está evolucionando. En ese contexto, el cambio de paradigma consiste en aceptar pasar de la seguridad nacional a la seguridad internacional. Ese paso ya se está dando, pero los Estados siguen reticentes en ciertas materias por la aprehensión que se tiene de un cambio inminente de la teoría del Estado.

No obstante, los Estados parecen cada vez más abiertos a reconsiderar la visión de seguridad nacional. Varias estructuras y organizaciones internacionales trabajan juntas en temas de seguridad¹⁸⁴, lo que nos permite observar la evolución

¹⁸² Véase Bigo, Didier, *cit.*, s/p.

¹⁸³ En Europa con la creación del espacio Schengen que abolió las fronteras físicas entre los países miembros, así como la creación de una organización policíaca común, denominada EUROPOL para responder a las necesidades globales en materia de seguridad. Sobre este tema véase, Lizurey, Richard y Bourçois, Régis, *cit.*, p. 82.

¹⁸⁴ Organización de las Naciones Unidas (ONU), Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Organización de Estados Americanos (OEA), la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), esta última está enfocada en el aspecto militar.

en materia de seguridad en un contexto internacional, teniendo como punto de partida la consideración del terrorismo como una problemática mundial¹⁸⁵. Además, el que los Estados comiencen a tratar de manera conjunta las amenazas internacionales, como el terrorismo, el crimen organizado y la trata de personas, evidencia la necesidad de regular de manera conjunta las problemáticas relacionadas con la movilidad humana que afectan a más de un Estado.

Lo anterior, permitiría igualmente la conciliación entre seguridad nacional y los derechos humanos. En efecto, la seguridad se estaría planteando en términos de seres humanos, es decir, pasar de los derechos de los Estados al derecho de las personas a la seguridad¹⁸⁶. Para ello, se tendría que aceptar que el principio de la humanidad (el ser humano) es tan importante como el de la nacionalidad (el Estado). Desde nuestro punto de vista esos dos derechos no se oponen necesariamente, sino que son el centro de la tensión provocadora de crisis porque no hay coherencia con la lógica subyacente.

2.8. Conclusión

A lo largo de este capítulo analizamos los diferentes elementos asociados con la migración en general y con la seguridad nacional con el objetivo de determinar cuál es la lógica subyacente que ha llevado a realizar un vínculo entre migración y seguridad nacional. A través del análisis de las políticas migratorias y de seguridad nacional de los países de Europa y de Estados Unidos, pudimos desprender que se realiza un vínculo indirecto, pues lo que se está buscando prevenir son los ataques terroristas y el crimen organizado internacional. Como muchos de los actos terroristas y otros actos como el narcotráfico y el tráfico de personas están vinculados de una u otra forma con los movimientos transfronterizos, se ha ido desarrollando toda una tecnología para interceptar a las personas que representan un riesgo o una amenaza antes de que ingresen al territorio de un Estado.

Hemos visto que todas las medidas de exclusión migrantes se justifican por una retórica basada en la idea del Estado soberano, quien tiene la responsabilidad

¹⁸⁵ Richard Lizurey et Régis Bourçois, *cit.*, pp. 82-83

¹⁸⁶ Véase Herrera Lasso, Luis y Artola, Juan B., *cit.*, p. 30.

de proteger su territorio y a sus nacionales. Desde esta perspectiva, resulta lógico que cuando un migrante constituye una amenaza para la seguridad nacional el enfoque sea mantenerlo fuera del territorio. La protección de la seguridad nacional y la prevención de actos de terrorismo constituyen sin lugar a duda objetivos legítimos del Estado. No obstante, como las causas de la movilidad humana son diversas y complejas, el vínculo entre seguridad nacional y migración se ha formado de forma artificial, por lo que se considera que toda migración irregular representa un riesgo para el Estado, aunque los casos de terrorismo analizados fueron perpetrados por migrantes regulares, es decir, que habían sido plenamente identificados y autorizados por el Estado.

Así pues, nuestra investigación nos ha permitido constatar que el vínculo entre migración y seguridad parte de lo que los Estados consideren como indeseable, por ejemplo, la migración irregular es indeseable pues pone en riesgo la propia lógica del Estado. Además, pudimos observar que el significado de la seguridad nacional depende de la percepción de las amenazas y de la capacidad del Estado para hacerles frente, por ejemplo, las migraciones masivas son percibidas como una amenaza ante la evidencia que será imposible identificar a todas las personas en un periodo razonable. Por consiguiente, el vínculo entre migración y seguridad depende del grado en que un Estado se sienta amenazado y de la estrategia que implemente para combatir las amenazas.

Además, ese vínculo crea una tensión permanente puesto que, por un lado, la migración se convierte en una amenaza para la seguridad ante el incremento de flujos migratorios irregulares o desordenados y, por otro lado, uno de los motivos del aumento de dichos flujos es la existencia de mayores controles migratorios. Si se continúa en esa dirección, nos encontraremos ante un callejón sin salida desde el punto de vista jurídico. En efecto, hemos visto que la construcción del derecho migratorio sobre la base de una posible amenaza para la seguridad nacional puede provocar situaciones de urgencia humanitaria alarmantes. Aunado a lo anterior, hemos descubierto que lo que en realidad preocupa a los Estados es la pérdida de control sobre las personas que entran a su territorio.

Para poder avanzar en la reconstrucción del derecho migratorio internacional, nos parece indispensable tomar en cuenta tanto las cuestiones de seguridad como las de las de dignidad de las personas en movimiento, pero sobre todo nos parece necesario evitar generalizaciones pues las razones de la movilidad humana y los motivos de la irregularidad son múltiples. Nuestra propuesta es que los Estados deben seguir conservando el derecho de controlar quién entra en sus territorios. Sin embargo, dada la complejidad de ciertos fenómenos migratorios, entre los que destaca la migración irregular, resulta cada vez más urgente que esos aspectos sean tratados por toda la comunidad internacional.

El análisis realizado en este capítulo nos da la pauta entonces para nuestra propuesta concreta, pues estamos convencidos de que lo que se debe cambiar es la percepción del fenómeno. Como la irregularidad es provocada por la falta de opciones legales de migración y como los flujos masivos de migración derivan de situaciones que obligan a las personas a elegir viajar en grupos, la verdadera amenaza consiste en la gestión ineficaz de esos flujos por las consecuencias que ello provoca. De nada sirve frenar la migración, pues en lugar de resolver el problema se está desviando hacia otro lado. De nada sirve expresar rechazo o repudio ante las “invasiones” de migrantes, pues ello solo provoca la radicalización con crímenes entre nacionales y extranjeros.

Resulta pues, que esos movimientos no se están gestionando eficazmente porque se sigue realizando el control con la lógica Estatal, en la que la seguridad nacional seguirá sirviendo como estandarte. El hecho es que, miles de personas han perdido la vida al intentar cruzar las fronteras, miles de personas siguen en movimiento, miles se encuentran detenidos o hacinados en campos de refugiados, cientos están varados entre las fronteras y millones están varados en sus propios países. La amenaza está latente, y hasta que no se trate esa amenaza por todos los países, de forma conjunta, será imposible realizar un control eficaz.

CAPÍTULO III

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL EN MATERIA MIGRATORIA

Introducción

En los dos primeros capítulos pudimos mostrar la forma en que se han ido generando las crisis migratorias, así como las consecuencias humanitarias provocadas por la forma en que se ha realizado el control de los flujos masivos de migración. Mucho se ha escrito sobre las consecuencias humanitarias de ese tipo de acciones, haciendo especial énfasis en las obligaciones internacionales de los Estados en materia de refugiados, de derechos humanos y de derecho internacional humanitario. Sin embargo, los hechos nos muestran que, jurídicamente, no hay forma de obligar a los Estados a asumir la responsabilidad por las consecuencias humanitarias de los movimientos masivos.

En junio de 2018, se hizo patente esa situación en plena gestión de la crisis migratoria en Europa. El barco de rescate humanitario *Aquauris* utilizado por organismos no gubernamentales, ha venido salvando la vida de miles de migrantes desde finales de 2015. En junio, salvó la vida de más de 600 personas, pero esa vez Malta e Italia, siendo los países con los puertos seguros más cercanos, se negaron a dar la autorización necesaria para que el barco acostara, negando además toda responsabilidad en su admisión, y provocando un largo debate en la Unión Europea, un llamado del ACNUR y de la ONU para que algún país lo acogiera, hasta que España aceptó recibirlo y permitió a los migrantes desembarcar en Valencia. En un ambiente político bastante tenso y dado el impacto de los conflictos crecientes en Libia que empuja a los migrantes a arriesgar sus vidas para intentar solicitar asilo en otro lado, la pregunta que queda en el aire es ¿están obligados los Estados a recibir a todas las personas que son rescatadas? Y si los migrantes mueren en el Mediterráneo ¿de quién es la culpa?

En el mismo periodo, en México se anunciaba el rescate de cientos de migrantes centroamericanos, ya sea en casas de seguridad en la frontera sur o norte, o ya sea viajando en cajas de tráileres en condiciones de hacinamiento. En todos los casos, se utilizó el término “rescate” como una forma de denuncia a las

condiciones inhumanas en las que viajan, pero algunos organismos denuncian el eufemismo pues en realidad se les detiene para regresarlos a sus países de origen. Como país de tránsito de migrantes, en México el debate se centra sobre todo en la responsabilidad del gobierno, pero ante el aumento de secuestros y de muertes de migrantes en el camino en manos de grupos criminales la pregunta es similar: ¿de quién es la culpa y quién debe responder por todas esas violaciones?

Otro ejemplo derivó de la caravana migrante varada en Tijuana en 2018, en el que un grupo de centroamericanos envió una carta al gobierno de Estados Unidos exigiendo que se les dejara ingresar a ese país alegando que Estados Unidos es el culpable de todos los problemas que los orillaron a migrar. De no ser posible, exigían 50 mil dólares por persona a cambio de retornar a su país. Esa carta nos hace reflexionar sobre la naturaleza de la reclamación que están realizando esas personas, y a quién la están formulando, es decir, no la hacen a su Estado, sino a un Estado extranjero, al cual le atribuyen la responsabilidad de su situación. Aunque a la simple lectura ese reclamo es jurídicamente improcedente, la naturaleza de la reclamación de fondo es interesante pues la laguna jurídica en materia de responsabilidades internacionales se hace evidente.

En ese contexto, nos parece que el siguiente paso es intentar esclarecer el tema de la responsabilidad en el caso de movimientos masivos. Para ello, partimos de la idea de que el régimen internacional en vigor no fue pensado para cubrir esos casos, pero creemos que podría adaptarse considerando la evolución del propio régimen. En efecto, desde la creación de la ONU en 1945 se estableció un régimen de responsabilidades basado en los principios de la autodeterminación, la igualdad soberana y la prohibición del uso de la fuerza, de tal manera que un Estado tiene, como mínimo, el deber de proteger a sus nacionales. Esta responsabilidad ha ido evolucionando a partir del reconocimiento de las necesidades particulares de protección de ciertas personas, entre las que destacan los refugiados y los que, habiendo cruzado una frontera internacional no pueden beneficiarse de la protección consular de su país de origen. Sin embargo, al parecer el gran desafío de la responsabilidad es la carga que representa para algunos Estados el hecho de acoger a flujos masivos de migración mixta. Es así

que, ante la crisis migratoria en Europa, el entonces secretario general de Naciones Unidas, Ban Ki-Moon declaraba que dicha crisis no era una crisis de números sino una crisis de solidaridad¹, argumentando que la responsabilidad no se trata únicamente de prestar ayuda humanitaria, sino también de otorgar refugio u otras vías legales de acogida de esas personas.

Ahora bien, aunque se ha pasado de la responsabilidad de proteger a sus ciudadanos a una responsabilidad de proteger también a los refugiados, el sistema actual sigue haciendo énfasis en la soberanía del Estado para ejercer dicha responsabilidad, lo que provoca al mismo tiempo lagunas de protección. Así pues, los más recientes movimientos masivos de migración han dado lugar al reconocimiento de una cierta responsabilidad de la comunidad internacional en materia migratoria, basada en tres principios: la solidaridad, la cooperación internacional y la distribución de la carga. Esos principios se han ido desprendiendo de diversos diálogos, acuerdos, convenios y tratados, sin que hasta el momento se sepa exactamente cómo es que se llevarán a cabo los compromisos de responsabilidad en materia de migraciones masivas.

Para los efectos de nuestra tesis, consideramos que para proponer alternativas para la reconstrucción del derecho migratorio internacional es indispensable realizar un estudio exhaustivo del estado actual de la responsabilidad internacional, puesto que los postulados se encuentran dispersos y la única forma de proponer algo específico es desentrañando lo que hasta ahora los Estados han reconocido formalmente como parte de su responsabilidad internacional. En ese sentido, el argumento que queremos desarrollar en este capítulo es que la responsabilidad internacional en materia migratoria hasta el momento no es más que un discurso moral, pero que su propio desarrollo basado en distintos principios del derecho positivo internacional podría permitirnos incorporar ese discurso en nuestra propuesta de reconstrucción. De hecho, creemos que de la aceptación del discurso moral en el derecho positivo depende

¹ Véase Centro de Noticias de la ONU, “La crisis de refugiados es una crisis de solidaridad, no de números: Ban”, 15 de abril de 2016, http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=34873#.WR-VRWg1_IU, consultado el 4 de mayo de 2019.

en gran parte la gobernabilidad de las crisis que, proponemos, debe realizarse de otra forma y en otro nivel de competencia.

Para sustentar nuestro argumento, expondremos brevemente la forma en que funciona la responsabilidad internacional en los aspectos penal, civil y de los derechos humanos. Enseguida, expondremos las principales lagunas que han dado lugar a conceptos como el de solidaridad internacional, responsabilidad compartida y responsabilidad de proteger, a través del análisis puntual de los instrumentos derivados de los debates jurídicos sobre el tema. Por último, expondremos las más recientes teorías sobre la responsabilidad compartida, las que al cierre de nuestra investigación se encuentran codificadas en el *Pacto mundial para las migraciones seguras, ordenadas y regulares*, así como en el *Pacto mundial para los refugiados*.

3.1. Sistema internacional de responsabilidades

Uno de los principios sobre los cuales se basó la creación de la ONU, fue el de la buena voluntad en el cumplimiento de las obligaciones impuestas en virtud de la *Carta de las Naciones Unidas*². No obstante, la propia evolución del derecho internacional condujo a la necesidad de elaborar una teoría de la responsabilidad internacional que responsabilizaría a los Estados por toda contravención a sus obligaciones internacionales. Así, el 21 de noviembre de 1947, la Asamblea General de las Naciones Unidas creó la Comisión de Derecho Internacional (CDI)³ y la “responsabilidad del Estado” fue elegido como uno de los principales temas a tratar. La CDI aprobó 35 artículos, que constituyen la base de los artículos relativos al origen y las características fundamentales de la responsabilidad del Estado⁴.

La Asamblea General, mediante sus resoluciones 56/83, del 12 de diciembre de 2001, 59/35, del 2 de diciembre de 2004, 62/61, del 6 de diciembre de 2007 y 65/19, del 6 de diciembre de 2010, tomó nota de los artículos, y los

² Véase artículo 2, numeral 2 de la *Carta de las Naciones Unidas*.

³ Véase, Asamblea General, Resolución 174 (II) “Establecimiento de una Comisión de Derecho Internacional”, 17 de noviembre de 1947, [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/174\(II\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/174(II)).

⁴ Para un estudio exhaustivo del trabajo de la Comisión de Derecho Internacional, véase Crawford, James, *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado: Introducción, texto y comentarios*, Madrid, Dykinson, 2004.

señaló a la atención de los gobiernos, sin perjuicio de la cuestión de su futura aprobación como texto de un tratado o de otro tipo de medida. Esos artículos ya han sido aplicados muy ampliamente en la práctica, incluso por la Corte Internacional de Justicia, como lo demuestra el autor Najman Alexander Aizenstatd en un detallado estudio sobre el tema⁵.

Un primer principio fundamental sobre la responsabilidad del Estado surge del artículo 1, que dispone que “[t]odo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”. Por su parte, el artículo 2 establece los elementos necesarios para la existencia de un hecho internacionalmente ilícito: a) el comportamiento atribuible al Estado, que b) es incompatible con sus obligaciones internacionales. Siguiendo el análisis realizado por Mario Iván Del Toro Huerta, la responsabilidad internacional del Estado puede quedar comprometida:

- a) por la adopción de disposiciones legislativas incompatibles con las obligaciones internacionales contraídas, o por la no adopción de aquellas necesarias a la ejecución de estas últimas;
- b) por una acción u omisión del Poder Ejecutivo incompatible con las obligaciones internacionales del Estado, en lo particular, por las actuaciones de funcionarios gubernamentales, aun habiendo procedido estos dentro de los límites de sus competencias, bajo la instrucción del propio gobierno o amparados en una supuesta calidad oficial difícil de desconocer;
- c) por una decisión judicial no recurrible contraria a las obligaciones internacionales del Estado, o la oposición, por parte de las autoridades judiciales, a que el afectado promueva en justicia las acciones para su defensa o bien por

⁵ Véase, Aizenstatd, Leistenschneider y Najman, Alexander, “La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 3-23.

los obstáculos o retardos procesales injustificados que impliquen denegación de justicia;

- d) el Estado es internacionalmente responsable de los actos de los particulares residentes en su territorio, todas las veces que se establezca y pruebe que el hecho dañoso le es imputable por haber omitido las medidas convenientes según las circunstancias, para prevenir, reparar o reprimir aquellos de tales hechos cometidos por los particulares en contravención con las normas internacionales⁶.

Ahora bien, aunque doctrinalmente parece claro en qué consiste la responsabilidad internacional, en realidad el fundamento de dicha responsabilidad está un poco disperso, puesto que dicha responsabilidad surge únicamente de la formación de acuerdos o convenciones internacionales, que después son ratificados por los órganos legislativos designados por las respectivas leyes constitucionales de esos países, como detallaremos a continuación.

3.1.1. La jurisdicción internacional

Con la creación de la ONU en 1945, se hizo necesario determinar los fundamentos jurisdiccionales a partir de los cuales la nueva organización podría ejercer su autoridad. Para tal efecto, el artículo 1 de la *Carta de las Naciones Unidas* prevé como propósitos: (i) mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz;(ii) fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal; (iii) realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer

⁶ Del Toro Huerta, Mario Iván, “La Responsabilidad del Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Mendez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2002, p. 665-666.

distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y (iv) servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes.

De dicho artículo se desprenden una serie de competencias otorgadas a un órgano supremo con una finalidad específica. Para algunos autores, ese es el principio de la jurisdicción internacional, sin embargo, dicha jurisdicción parece reconocerse exclusivamente en materia de preservación de la paz y la seguridad internacionales, al autorizar la intervención internacional en situaciones específicas. Sin embargo, existe también el reconocimiento de una jurisdicción más amplia para regir la conducta de los Estados Miembros en los ámbitos de los derechos humanos, el desarrollo económico y la política social.

Como lo hace notar Anne Orford, en realidad el debate sobre la jurisdicción internacional comenzó cuando los Estados más poderosos empezaron a reclamar la responsabilidad de actuar como guardianes de ideales comunes y valores humanitarios⁷. Pero ello no se ha dado en todas las materias, y ha sido objeto de debates políticos importantes, sobre todo por la gravedad provocada por ciertas intervenciones en nombre de la comunidad internacional.

El hecho es que, en diferentes áreas del derecho internacional, se ha ido haciendo evidente el reclamo de una jurisdicción internacional, es decir, de una verdadera autoridad internacional suprema con poderes suficientes para resolver ciertos asuntos que no pueden ser resueltos por las jurisdicciones nacionales. Anne Orford hizo un análisis concreto del papel que jugó el entonces secretario general de la ONU, Hammarskjöld, en el desarrollo de esa idea de jurisdicción internacional a través del desarrollo de las acciones ejecutivas, pues aseguraba que la ONU tenía el poder suficiente para prevenir los conflictos y resolverlos⁸. Esa forma de concebir el poder de la ONU ha permitido la evolución de la jurisdicción internacional a través, por ejemplo, de operaciones de paz, la protección de refugiados, la respuesta a desastres naturales, misiones de

⁷ Orford, Anne, *International authority and the responsibility to protect*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2011, p. 176.

⁸ A juicio de Hammarskjöld, el Artículo 97 de la Carta, que describe al Secretario General como «jefe administrativo de la Organización», junto con los artículos 100 y 101 (en los que el personal de la Secretaría será nombrado por el Secretario General) son de importancia fundamental para el estatuto de la Secretaría, ya que en conjunto crearon una posición administrativa “con plena independencia política”. Véase *ibid.*, p. 44-50.

investigación, así como el establecimiento de tribunales para los crímenes de guerra⁹.

Desde nuestro punto de vista, para entender la jurisdicción internacional es necesario entender la lógica del derecho internacional. En efecto, si bien los Estados han ido otorgando cierta autoridad a las organizaciones internacionales, el campo de acción de dichas organizaciones es delimitado por los propios acuerdos o convenios internacionales. Siguiendo esa lógica, la competencia de la ONU es en realidad muy limitada, por ello algunos autores consideran que la jurisdicción internacional no es más que una aspiración¹⁰. Además, para que dicha jurisdicción exista se deberían respetar los principios sobre los cuales se ha ido creando el derecho internacional: la soberanía, la autodeterminación y la no intervención¹¹.

No obstante, el propio sistema de las Naciones Unidas ha ido creando una jurisdicción que no es simplemente administrativa, sino también judicial. Destaca el papel que juega la Corte Internacional de Justicia, cuya jurisdicción es universal, es decir que tiene jurisdicción en todos los asuntos previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en tratados y convenios vigentes sobre los cuales los Estados han aceptado anticipadamente la jurisdicción de la Corte¹². Por su parte, la creación de la Corte Penal Internacional en 2002, significó el establecimiento de un sistema internacional permanente de persecución penal internacional, encargada exclusivamente de los asuntos relacionados con crímenes graves, como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad¹³.

Independientemente de ello, no se puede ignorar el hecho de que, al menos regionalmente, se ha ido otorgando a ciertos organismos una jurisdicción plena para la resolución de conflictos, como es el caso del Tribunal Europeo de

⁹ *Ibid.*, p. 92.

¹⁰ Véase, por ejemplo, Ramelli Arteaga, Alejandro, "El Derecho Internacional Humanitario ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IX, 2009, p. 38. Véase también Leben, Charles, *La juridiction internationale*, Presses universitaires de France, 2010, p. 146.

¹¹ Leben, Charles, *ibid.*, p. 150.

¹² Véase Centro de Información de las Naciones Unidas, "Corte Internacional de Justicia", <http://www.cinu.mx/onu/organos/corte-internacional-de-justici/>

¹³ Véase Corte Penal Internacional, "About", <https://www.icc-cpi.int/about>.

Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁴, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁵.

De esa forma, pareciera existir una triple jurisdicción según el tipo de responsabilidad: (i) la civil, a través de la cual se solicita la reparación de un daño, (ii) la penal, a través de la cual se solicita un castigo y (iii) la de derechos humanos, en virtud de la cual se solicita el respeto de ciertos derechos. Además, tanto en materia penal como en la civil, la jurisdicción internacional se traduce en la posibilidad de que los Estados ejerzan su jurisdicción de forma extraterritorial respecto de ciertas conductas consideradas como crímenes internacionales¹⁶. Por su parte, en materia de derechos humanos la responsabilidad internacional implica que el Estado es responsable por los actos y omisiones que sus agentes hayan realizado y que violen los derechos humanos de los individuos, quienes se convierten en sujetos activos para solicitar la reparación¹⁷.

Para el autor Antonio Cançado Trindade, la creación de los tribunales internacionales, cada vez más especializados, demuestra no solo la evolución del derecho internacional, sino también una aspiración a la justicia internacional¹⁸. En efecto, lo más importante en ese tema es que, independientemente de la delimitación de competencias, dichos tribunales han realizado avances importantes respecto al ideal de la realización de la justicia internacional, destacando que los conflictos sometidos a la jurisdicción internacional ya no están enfocados exclusivamente a las relaciones entre los Estados, respondiendo así a las necesidades apremiantes de la comunidad internacional contemporánea¹⁹.

¹⁴ Véase Artículo 171/CEE.

¹⁵ Cfr. Ramelli Arteaga, *cit.*, p. 39

¹⁶ Al respecto véase Del Toro Huerta, *cit.*, pp. 325 y 326. Según este autor, el ejemplo más significativo (prácticamente el único) de ejercicio de la jurisdicción civil lo representa la legislación de Estados Unidos de América. La ley estadounidense sobre indemnización civil por daños extracontractuales causados a extranjeros, denominada *Alien Tort Claims Act*, de 1789 (ATCA o ATS), que otorga competencia a las cortes federales de distrito para conocer de casos en que un extranjero reclame violaciones al derecho internacional o a los tratados internacionales en que Estados Unidos de América es parte. Asimismo, la *Torture Victim Protection Act* de 1992, autoriza a cualquier individuo, nacional o extranjero, para reclamar civilmente la comisión de actos de tortura o ejecuciones extrajudiciales, siempre y cuando no hayan tenido un adecuado remedio en el lugar de comisión de tales acciones.

¹⁷ Véase Del Toro Huerta, *ibid.*, p. 666.

¹⁸ Véase Cançado Trindade, Antonio Augusto, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, La Haya, Países Bajos, The Hague Academy of International Law, Leiden Brill, 2010, p. 586.

¹⁹ *Ibid.*, p. 588.

Ahora bien, la responsabilidad internacional del Estado en materia de derechos humanos es aplicable a todo individuo que se encuentre en su territorio, es decir, no solo a los ciudadanos o residentes de ese país sino también a los extranjeros. Siguiendo el análisis realizado por Jorge Bustamante, el compromiso ante la comunidad internacional de proteger los derechos humanos constituye la base de la responsabilidad internacional, la cual, según el autor, es en realidad una paradoja, “la de un empoderamiento originado en un acto de soberanía en favor de aquellos que previamente habían sido privados de los derechos que la normatividad internacional protege. En el proceso de llegar a ello, esa relación dialéctica produce también una síntesis, que en este trabajo se entiende como una "integración" de los inmigrantes-extranjeros, entendida como producto de una decisión legislativa tomada en el país huésped, en virtud de la cual se establece la igualdad entre nacionales y extranjeros ante el Estado huésped y ante sus leyes”²⁰. Parece entonces que la clave en el respeto efectivo de los derechos humanos siempre ha sido el derecho interno o la garantía de los mismos en el derecho interno. En ese sentido, en principio, solo la jurisdicción nacional es aplicable en materia de derechos humanos. Únicamente en caso de que el sistema interno no funcione entonces se podría exigir la intervención de las instancias internacionales.

3.1.2. Elementos de la responsabilidad internacional

De conformidad con el artículo 2 propuesto por la CDI, los elementos necesarios para la existencia de responsabilidad internacional son la imputabilidad y el hecho internacionalmente ilícito. La imputabilidad significa poder atribuir a alguien la culpa del hecho ilícito, por lo que la responsabilidad significaría atribución de un acto a una persona²¹. Ahora bien, siguiendo la lógica del derecho internacional, la imputabilidad de hechos internacionalmente ilícitos se basa estrictamente en la estructura orgánica del Estado en cuestión de conformidad

²⁰ Véase Bustamante, Jorge A., “La paradoja de la autolimitación de la soberanía: derechos humanos y migraciones internacionales”, en Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Prevención de la violencia, atención de grupos vulnerables y los derechos fundamentales*, fascículo 5, *Los derechos de los migrantes*, México, CNDH, 2003, p. 14.

²¹ Al respecto, véase el análisis realizado por Rendtorff, J. D., “The importance of responsibility in times of crisis”, *Nordicum - Mediterraneum*, vol. 9, núm. 3, 2014.

con su derecho interno. En efecto, el criterio determinante para que se genere la responsabilidad internacional de un Estado es una violación efectuada por un órgano del Estado, por lo que es necesario poder atribuir el hecho ilícito a una persona conforme al régimen de competencias de dicho Estado²².

Por lo que respecta al elemento objetivo, es decir, el hecho ilícito, para ser imputado debe referirse al incumplimiento de alguna obligación internacional. “Toda acción u omisión imputable a un Estado que contravenga las obligaciones internacionales en materia de protección y garantía de los derechos humanos, sin importar si ésta se considera lícita o ilícita en el orden interno del Estado, constituye un hecho ilícito y, por ende, genera la responsabilidad internacional del Estado.”²³

Sobre el particular Jaques Lenoble hace especial énfasis en la necesidad de distinguir entre las obligaciones que requieren la realización de un acto o de un comportamiento determinado por parte del Estado y las obligaciones que otorgan libertad al Estado para establecer los medios para llegar a un resultado específico (obligación de resultados). Para Lenoble, eso significa que la responsabilidad del Estado se basa esencialmente en el criterio del hecho reparable. En efecto, si la obligación internacional impone al Estado la adopción de un acto o la realización de un comportamiento específico, la responsabilidad del Estado nace automáticamente sin que se deba demostrar un daño efectivamente sufrido. Por ejemplo, si la obligación internacional consiste en adoptar una ley, si dicha ley no se adoptó la violación de la norma internacional se consuma por el hecho de la no adopción de la ley, pero esa omisión se puede reparar. En ese sentido, un hecho ilícito existirá, según Lenoble, únicamente cuando no se puede reparar la violación por los medios internos²⁴. Lenoble también destaca que las obligaciones que dan origen a la responsabilidad internacional son tan variadas que es necesario conocer qué es exactamente lo que se le está exigiendo al Estado. Lo anterior es importante pues la simple distinción de esas obligaciones permite determinar en

²² Véase Lenoble, Jacques, « Responsabilité internationale des états et contrôle territorial », en *Revue belge de droit international*, 1981-1982, p. 103.

²³ Véase Del Toro Huerta, *cit.*, p. 669.

²⁴ Véase Lenoble, Jacques, *cit.* 105-107.

qué momento se está violando una obligación y, por consiguiente, en qué momento surge la responsabilidad internacional²⁵.

Así pues, todo depende de las características del incumplimiento del derecho internacional, ya que las obligaciones de un Estado pueden diferir dependiendo de si se trata de los derechos humanos o de la conducta en una guerra. De ese modo, las obligaciones que generan responsabilidad internacional son múltiples y diversas, lo que complica una generalización en el tema e incluso la categorización de las obligaciones. No obstante, algunos autores proponen la categorización de las obligaciones internacionales en relación con los actos ilícitos que dan origen a la responsabilidad internacional, independientemente de la regla principal que se está infringiendo: dadas las características de una obligación primaria, las consecuencias del incumplimiento sobre una obligación primaria, sobre el hecho ilícito o incluso sobre la situación perjudicial causada por la infracción²⁶.

3.1.3. El interés jurídico y su relación con el daño

Para que exista la responsabilidad internacional debe existir un cierto reconocimiento de la jurisdicción internacional. Como lo hemos venido analizando, normalmente dicho reconocimiento se realiza a través de la firma de un acuerdo, convenio o tratado internacional, así como de la integración de dichos principios en el derecho interno. Ahora bien, para hacer efectiva la jurisdicción internacional, pareciera que, al menos teóricamente, el Estado debe demostrar que tiene un interés jurídico, es decir el derecho de exigir que el derecho internacional sea respetado.

Como lo vimos anteriormente, el simple hecho de reclamar que el derecho internacional sea respetado no es suficiente para establecer la responsabilidad internacional, pues se requiere además que exista un daño por el que se pueda exigir una reparación indemnizable. De conformidad con lo dispuesto en la norma general establecida en el artículo 31 de la CDI, el Estado responsable por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a reparar

²⁵ *Ibid.*, p. 97.

²⁶ Véase por ejemplo Combacau, J. y Alland D., "Primary and "secondary rules in the law of State responsibility categorizing international obligations" en *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 16, 1985, p. 94-96.

íntegramente el perjuicio causado por ese hecho. El “perjuicio” está definido como todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho.

Ahora bien, si se acepta que la simple violación del derecho internacional constituye en sí misma un daño, sería indispensable determinar quién tiene el interés jurídico para reclamar el cumplimiento del derecho internacional. Esto es de gran importancia, ya que, como lo detalla Bollecker-Stern, si se admite que cualquier Estado tiene un interés jurídico en que el derecho internacional sea respetado, se estaría afirmando que el Estado tiene una especie de deber ante toda la comunidad internacional²⁷. De ahí que, si se admite que la violación del derecho internacional puede constituir un daño susceptible de autorizar que cualquier Estado reclame el restablecimiento del orden jurídico violado, se estaría en presencia de una acción pública en nombre de la comunidad internacional. Como lo señala Bollecker-Stern, si bien teóricamente ello es lo ideal, en la práctica dicho interés no ha sido reconocido. Pareciera que la única forma sería la de someter la cuestión a una instancia internacional, la cual podría, en nombre de la comunidad internacional, reclamar el cumplimiento de una obligación²⁸.

3.1.4. Subjetividad jurídica internacional del individuo

Tradicionalmente, el derecho internacional público ha sido concebido como un derecho que rige las relaciones entre los Estados, por lo que cualquier responsabilidad que derive de un convenio o tratado internacional, en principio, no incumbe más que a los Estados. En ese sentido, siguiendo la lógica del derecho internacional público, un individuo no podría reclamar de manera directa ante una instancia internacional.

El autor Juan Pablo Pérez-León se dio a la tarea de analizar la evolución del derecho internacional respecto al cambio de la situación de la subjetividad jurídica internacional, en general, y de la subjetividad jurídica internacional del individuo, en particular. Para este autor, la subjetividad del individuo en el plano internacional es resultado del desarrollo tanto del derecho penal internacional como del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho

²⁷ Véase Bollecker-Stern, Brigitte, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, A. Pedone, 1973, p. 50.

²⁸ *Ibid.*, p. 58-70.

internacional humanitario²⁹. No obstante, el autor advierte que la subjetividad jurídica internacional del individuo es todavía hoy reducida y limitada, pues se encuentra determinada por el derecho internacional. En efecto, hasta el momento el individuo carece de plena capacidad procesal en la reclamación de sus derechos ante las instancias internacionales³⁰.

El autor destaca que esa evolución se ha ido presentando de forma diferente en el sistema europeo y en el sistema interamericano. Así, por ejemplo, en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos los peticionarios tienen acceso directo, mientras que dicho acceso no está permitido en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, en el sistema interamericano los individuos únicamente pueden acceder a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para presentar denuncias en contra de un Estado miembro de la Organización de Estados Americanos (OEA), no siendo necesario que el peticionario sea la víctima, a diferencia del sistema europeo. Sin embargo, las decisiones de la Comisión Interamericana son solo recomendaciones³¹. En todo caso, parece que la tendencia es el reconocimiento de que los individuos también pueden verse afectados directamente por el incumplimiento del derecho internacional, por lo que también pueden ser sujetos activos para solicitar la jurisdicción internacional, como en el caso de los derechos humanos o, como lo vimos antes, en el ámbito de los crímenes graves ante la Corte Penal Internacional.

En el caso de las violaciones a los derechos humanos, el interés jurídico tal vez sea más fácil de determinar pues la persona directamente afectada es la que puede reclamar la responsabilidad del Estado. El problema es la reparación del daño, pues como bien lo nota Cançado Trindade “la vida y la integridad de cada ser humano no tienen precio. Tampoco tienen precio la libertad de conciencia, la protección de la honra y de la dignidad de la persona humana. Y tampoco tiene el

²⁹ Por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Convenios de Ginebra y los dos Protocolos adicionales sobre el derecho internacional humanitario en los conflictos armados; la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; los dos Pactos de 1966 sobre los derechos civiles y políticos y sociales, económicos y culturales; y la aprobación en 1998 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Al respecto, véase Pérez-León, Juan Pablo, “El individuo como sujeto de derecho internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, 2008, p. 603- 605.

³⁰ *Ibid.*, p. 614.

³¹ *Ibid.*, p. 624-626.

precio el dolor o sufrimiento humano”³². Obviamente, cuando se trata de masas de personas huyendo de violaciones graves a sus derechos humanos por sus propios Estados, cabe preguntarse contra quién exigirían responsabilidad y cómo se realizaría la reparación.

3.2. Responsabilidad moral de la comunidad internacional

Hasta ahora han quedado expuestos los principales elementos de la doctrina de la responsabilidad internacional desarrollada hasta ahora. De conformidad con esa doctrina, se podría exigir la responsabilidad internacional de los Estados en virtud de las obligaciones internacionales que han suscrito. Igualmente, pudimos trazar la evolución de la jurisdicción internacional que implica que otros actores puedan hacer un llamado a la justicia internacional. En la evolución del derecho internacional se ha hecho presente igualmente la idea de la existencia de una responsabilidad por actos u omisiones que incumben a más de un Estado, pero igualmente a toda la comunidad internacional.

Cada vez que se está en presencia de una crisis humanitaria, no es raro escuchar o leer que la comunidad internacional tiene que intervenir, ya sea para denunciar o para condenar prácticas consideradas como contrarias a los principios que rigen dicha comunidad. La mayoría de los discursos que ponen en el centro del debate a la comunidad internacional provienen de la ONU, quien pareciera representar al conjunto de los valores universales y del orden jurídico internacional. El problema con ese tipo de discursos es que la “comunidad internacional” en realidad no es más que un ideal de solidaridad internacional³³, para algunos un mito³⁴, por lo que muy difícilmente se le podría adjudicar una responsabilidad jurídica³⁵. Por ello, pareciera que cada vez que se habla de la

³² Cançado Trindade, Antônio Augusto, “Responsabilidad, perdón y justicia como manifestaciones de la conciencia jurídica universal”, *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá (Colombia), 8 (1) enero-junio de 2006, p. 32.

³³ Cfr. Poch y G. de Caviedes, Antonio, “Comunidad internacional y sociedad internacional”, *Revista de Estudios Políticos*, vol. II, núm. 12, noviembre-diciembre de 1943.

³⁴ Cfr. Rieff, David, *L’humanitaire en crise*, Sylviane Lamoine (tr) [A bed for the night, humanitarianism in Crises 2002], Paris, Le Serpent à plumes, 2004, p. 17; Añaños Meza, Cecilia, “La responsabilidad de proteger en Naciones Unidas y la doctrina de la responsabilidad de proteger”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. X, 2010, p. 217.

³⁵ Véase por ejemplo, Rendtorff, J. D, *cit.* quien considera que junto con la responsabilidad internacional en sentido jurídico se ha ido desarrollando la noción de responsabilidad moral que se aleja de los aspectos legales para concentrarse en los aspectos éticos de las relaciones internacionales.

responsabilidad de la comunidad internacional en realidad se está hablando de una responsabilidad moral. Sin embargo, estamos convencidos de que es posible otorgarle a la comunidad internacional una responsabilidad jurídica al aceptar que ciertas situaciones salen de la esfera puramente estatal y basándonos en la idea de obligaciones por vínculos de asociación como lo expondremos en el capítulo quinto.

Por el momento, lo que cabe preguntarse es cómo es que un tercer Estado que no tiene nada que ver con los movimientos masivos de personas, es decir, que no es el país de origen y que no participa en ningún conflicto que afecte al país de origen, puede ser declarado como responsable en virtud de valores universales, por hechos que son de incumbencia de la comunidad internacional. Pareciera que esto es lo que está en la mesa de debate actualmente, pues lo que se pretende es que el Estado al que lleguen los flujos masivos de migración debe recibir las solicitudes de asilo u ofrecerles otro tipo de protección, y asegurar a las personas que se encuentran dentro de dicho flujo las mínimas condiciones de vida, y ello sin importar la cantidad de personas que se presenten a sus fronteras. *Zlata Drnas de Clément* plantea la pregunta de la siguiente forma: ¿Por qué el Estado de recepción “inocente” debe vulnerar los derechos humanos de sus nacionales y personas bajo su responsabilidad jurisdiccional para privilegiar a los que masivamente huyen porque su Estado violó sus derechos al máximo grado forzándolos a escapar?³⁶

Consideramos que la única forma de responder de forma coherente a ese tipo de interrogantes es cambiando la forma de ver a los movimientos masivos de migración, es decir, reconocer que los Estados no tienen competencia formal para la gestión de las crisis migratorias y humanitarias y que las respuestas no se dan en nombre de los ciudadanos de un país, sino de la responsabilidad internacional que deriva de instrumentos internacionales que garantizan los derechos humanos, lo cual se puede hacer únicamente por la comunidad internacional quien busca proteger los valores más universales, como el de la dignidad humana.

³⁶ Drnas de Clément, Zlata, “Refugiados y obligaciones ‘erga omnes’”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, p. 15. Véase también la reflexión de James C. Hathaway en el contexto australiano Hathaway, James, “Refugee Law Is Not Immigration Law”, *World Refugee Survey*, 2002, pp. 38-45.

3.2.1. Fundamento de la responsabilidad moral

Es claro que el tema de los flujos masivos de migración mixta preocupa a todos los Estados, pues la mayoría se encuentran directa o indirectamente involucrados, como países de origen, de tránsito o de destino. En materia migratoria, la pregunta constante es si los Estados tienen la obligación de recibir a los migrantes de países pobres o a todas las personas que se presentan a sus puertas solicitando asilo porque sus vidas están en riesgo. El planteamiento siempre se hace desde una perspectiva moral puesto que en esos casos resulta evidente que esas personas necesitan ayuda, pero se confronta con la idea de que los Estados son únicamente responsables de sus nacionales y de las personas bajo su jurisdicción, es decir aquellos que son formalmente aceptados por el Estado. Algunos autores destacan que las políticas migratorias y de refugiados plantean cuestiones morales puesto que implica clasificar a las personas y excluirlas, en muchos casos con medidas coercitivas, por ejemplo, las medidas que se utilizan para impedirles la entrada a un territorio o para expulsarlos. Cuando se usan esas medidas se plantea en todos los casos una cuestión de moralidad³⁷. En el caso de los Estados que admiten migrantes y refugiados, el debate se centra en la clasificación de estos, sobre todo cuando se privilegia la entrada de migrantes económicos o cuando se realiza una clasificación por país de origen, por ejemplo, excluyendo a los migrantes y refugiados de ciertos países³⁸.

Así pues, cuando no se puede establecer de forma directa que un Estado es responsable de recibir a migrantes en situación de pobreza, de vulnerabilidad o con necesidades específicas de protección, sobre todo cuando se presentan de forma masiva, la tendencia es a realizar un llamado a la comunidad internacional. El fundamento de dicha responsabilidad no es claro, puesto que puede provenir de factores de desigualdad económica mundial, el crecimiento demográfico, la globalización, las amenazas mundiales, el cambio climático, etc. Sin embargo, todos esos factores alimentan la convicción profunda de que todos somos

³⁷ Véase por ejemplo Weiner, Myron y Gibney, Mark, "Ethics, National Sovereignty and the Control of Immigration", *International migration review*, vol. 30, núm. 1, 1996, p. 172.

³⁸ *Ibid.*, p. 178.

responsables de alguna forma por lo que está pasando en el mundo que obliga a esas personas a salir de sus países, pero también la convicción de que debe existir un responsable detrás de todo lo que nos pasa³⁹. Al respecto, Michel Métayer hace notar que el fundamento de la responsabilidad moral de una comunidad está determinado en gran parte por la iniciativa de los actores sociales quienes someten a debate múltiples consideraciones de tipo moral para determinar quién es responsable y en qué medida⁴⁰.

Para efectos de nuestra tesis, lo que nos preocupa es el fundamento de la responsabilidad de la comunidad internacional en periodos de crisis migratorias y humanitarias. Ese fundamento pareciera existir en la vulnerabilidad propia de las personas que se encuentran en movimiento, que huyen de sus países por diversos motivos, o que simplemente no pueden regresar a sus países. Ante la falta de un Estado responsable, el llamado se hace a la comunidad internacional por una cuestión de humanidad, es decir, porque se trata de seres humanos y son los propios seres humanos quienes exigen que alguien responda por ellos. El desafío radica entonces en descifrar las prácticas morales en torno a las crisis migratorias y humanitarias para determinar las orientaciones morales de la comunidad internacional.

3.2.1.1. El dilema moral embarazoso

El autor Itamar Mann desarrolló una teoría novedosa sobre los fundamentos de los derechos humanos de los migrantes a partir de la idea del “dilema existencial embarazoso”. El autor analiza las migraciones que han tenido como escenario el espacio marítimo, es decir un espacio que no pertenece a ninguna jurisdicción. Partiendo de las ideas de Hannah Arendt sobre la inexistencia de derechos humanos sin el consentimiento de un Estado, el autor replantea lo dicho por Arendt intentando descifrar el mensaje que los migrantes envían cuando se lanzan al mar para que alguien los “rescate”⁴¹. Según este autor, precisamente porque algunas personas no están protegidas por ningún gobierno,

³⁹ Cfr. Métayer, Michel, « Vers une pragmatique de la responsabilité morale », *Lien social et Politiques*, núm. 46, 2001, p. 21.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 22-23.

⁴¹ Mann, Itamar, *Humanity at Sea, Maritime Migration and the Foundations of International Law*, New York, Cambridge University Press, 2016, p. 5.

pueden enfrentar a los agentes estatales con un dilema moral: o salvar la vida de un extraño o dejar que muera ahogado⁴². Hasta ahora, los gobiernos han tenido que tomar decisiones a partir de lo que ellos mismos interpretan como parte de sus obligaciones internacionales, pero que en realidad no es más que una cierta presión moral ejercida por los propios migrantes y por la opinión pública. El autor presenta el dilema como sigue:

Imagínese que no puede realizar su idea de una vida digna de ser vivida. Usted sabe que en otro lugar, tal vez en todo el Mediterráneo, es posible realizar una vida así. Pero no se le permite atravesar la frontera invisible en el agua. Así que decide cruzar ilegalmente y buscar una vida digna en otro lugar. Usted sabe que en alta mar puede moverse sin restricciones. Pero también sabe que, en algún momento, se encontrará con un agente de la marina o guardacostas, cuyo deber será hacer cumplir la ley. Este oficial será mucho más poderoso que usted. Lo que usted puede hacer es ponerse en sus manos. Ahora imagine que Usted forma parte de la marina o del servicio de guardacostas, y se encuentra con un barco sin bandera en alta mar. Usted considera que si lleva a cabo su tarea y envía a los pasajeros de este barco de vuelta a su lugar de origen, estarán expuestos a un riesgo grave. Es posible que no puedan realizar una vida digna de ser vivida. O bien, podrían ser asesinados. Ambas partes de este encuentro son conscientes del desafío existencial que presenta; y prueba su constitución moral⁴³.

El dilema moral es entonces: ¿Dónde comienzan las obligaciones que cada Estado en particular le debe a todos los seres humanos? ¿Y dónde terminan? La mayoría de los autores que escriben sobre los derechos humanos de los migrantes insisten en que los Estados deben otorgar y garantizar los derechos de todos los migrantes, independientemente de si se desplazan de forma irregular, y

⁴² *Ibid.*, p. 11.

⁴³ *Ibid.*, p. 54.

de que el control migratorio no hace más que empeorar la situación⁴⁴. No obstante, la tendencia ha sido la de disuadir ese tipo de migración o incluso intentar transferir el problema a otras jurisdicciones, lo cual por supuesto no soluciona el problema de fondo como lo analizamos en el capítulo anterior⁴⁵.

Pero tal vez en donde se plantee con más fuerza el dilema moral es en el caso de los refugiados, quienes ya poseen ese estatus en virtud del derecho internacional, pero que no siempre son bien recibidos. Según el derecho internacional de los refugiados, todos los países tendrían que abrir sus fronteras a los refugiados. El dilema que se presenta es que al recibir esos refugiados se está menoscabando la calidad de vida de los propios residentes, sin poder garantizar a los refugiados una integración plena, sino simplemente la ayuda humanitaria⁴⁶. En efecto, las personas que se encuentran en los supuestos de la *Convención sobre el estatuto de los Refugiados* son automáticamente consideradas como tales, por lo que se espera de los Estados únicamente el reconocimiento de dicho estatus. Las obligaciones legales consisten básicamente en analizar cada caso (art. 31), en la no devolución (art. 33); y en no penalizar la entrada irregular (art. 31). No obstante, ante la inexistencia de la jurisdicción internacional en materia de refugiados, pareciera que el cumplimiento de dichas obligaciones depende únicamente de la buena fe y de la voluntad política.

Cabe destacar que la lógica que se ha seguido es que los principales responsables de esas personas son los Estados de origen, pero como por definición los “refugiados” salen de sus países y no pueden regresar a ellos, quiere decir que sus Estados no los pueden proteger, por lo que solicitan la protección de otro Estado. La autora Susan F. Martin denomina dicho fenómeno como “responsabilidad subrogada”⁴⁷. Según esta autora el problema consiste en determinar qué personas necesitan la protección internacional para que se pueda realizar la subrogación de la responsabilidad. En efecto, si el Estado de origen

⁴⁴ Véase Thomas Gammeltoft-Hansen, “The End of the Deterrence Paradigm? Future Directions for Global Refugee Policy”, *Journal on Migration and Human Security*, vol. 5 núm. 1, 2017, p. 31.

⁴⁵ *Ibid.* p. 40.

⁴⁶ Véase por ejemplo Weiner, Myron, *cit.*, p. 186.

⁴⁷ Véase Martin, Susan F., Sanjula Weerasinghe and Abbie Taylor (ed), *Humanitarian Crises and Migration: causes, consequences and responses*, London and New York, Routledge, 2014, p. 19.

puede proteger a esa persona entonces un tercer Estado no tendría por qué recibir a esa persona. Se tiene que demostrar entonces el miedo fundado de regresar a ese país, únicamente en ese caso se puede actualizar la subrogación de responsabilidad.

3.2.1.2. Aspiración universal a la justicia: el caso lone Teitiota

Tanto la conciencia colectiva como el principio de la humanidad como valor universal traen implícita la idea de que se puede aspirar a la justicia internacional. Todos los seres humanos necesitamos creer que alguien va a responder por las injusticias de las que seamos objeto. Se trata de una aspiración universal que es independiente de lo que jurídicamente se haya previsto. En efecto, una persona podría incluso buscar una justicia alternativa ante la falta de instancias legalmente previstas. Esa aspiración es eminentemente moral, pero con frecuencia trasciende al ámbito jurídico. Con frecuencia se escucha incluso un llamado a las instancias internacionales para ocuparse de asuntos que localmente no están previstos o que son manifiestamente injustos.

En materia migratoria, uno de los casos más sonados en los últimos años es el de lone Teitiota, quien fue la primera persona en intentar un recurso ante una Corte de Nueva Zelanda para obtener el estatuto de refugiado climático. Su principal alegación consistía en que la isla de Kiribati, en la cual vivía, estaba siendo absorbida por la crecida del océano como consecuencia del cambio climático. Ante el peligro inminente de que la isla sea completamente absorbida por el océano, el señor Teitiota, su esposa y tres hijos buscaron refugio en Nueva Zelanda.

Aun cuando los tribunales concedieron el hecho de que la isla sería cubierta por el océano y que el regreso de la familia los ponía en riesgo, la opinión de los jueces fue en el sentido de que el peligro no era inminente o que no se debía a razones de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social o por una opinión política, como lo requiere la *Convención sobre el estatuto de Refugiado*. Así, la Suprema Corte de Nueva Zelanda consideró que el señor Teitiota no reunía los requisitos necesarios para ser considerado refugiado, y que no existían

pruebas de que el gobierno de Kiribati incumpliera con su obligación de proteger a su población de los efectos de la degradación ambiental⁴⁸.

En este caso, a pesar de que la *Convención sobre el Estatuto de Refugiado* no prevea el caso específico de los desplazamientos forzados por el cambio climático, es evidente que se trata de una aspiración a la justicia internacional. El señor Teitiota utilizó los instrumentos jurídicos existentes, es decir, tratar de equiparar su caso con el de los refugiados, lo que fue negado por los tribunales, pero lo que en realidad buscaba era que se reconociera internacionalmente que muchas personas están en situaciones de peligro por el cambio climático, algo que no está reconocido aún, pero que sin duda es una aspiración universal a la justicia⁴⁹.

3.2.1.3. Rescatados en el mar: el caso Hirsi vs Italia

En 2009, un barco de rescate italiano interceptó a varios migrantes eritreos y somalíes en alta mar y los regresó de inmediato a las costas libias según un acuerdo bilateral entre Italia y Libia. Dicho acto fue llevado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quién consideró que Italia había violado la *Convención de Derechos Humanos de la Unión Europea* en los rubros siguientes: la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes; la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros; y el derecho a un remedio eficaz en virtud de la legislación nacional⁵⁰. En efecto, el Tribunal Europeo tuvo que resolver por primera vez un caso de expulsión masiva llevada a cabo fuera del territorio nacional. El gobierno italiano alegó que la medida en cuestión no entraba en el ámbito de aplicación del artículo 4 del Protocolo No. 4, ya que era una "negativa a autorizar la entrada en el territorio nacional" en lugar de la "expulsión". Por su parte, los demandantes argumentaron que el propósito principal de la disposición era evitar que los Estados pudieran expulsar a ciertos extranjeros sin hacer un

⁴⁸ Sobre este tema véase McAdam, Jane, "El desplazamiento provocado por el cambio climático y el derecho internacional", *Evento paralelo al Diálogo del Alto Comisionado sobre los desafíos en materia de protección*, 8 de diciembre de 2010, Palacio de las Naciones, Ginebra, http://acnur.es/PDF/7460_20120515102220.pdf.

⁴⁹ Véase por ejemplo, Tim McDonald, "The man who would be the first climate change refugee", *BBC News*, 5 de noviembre de 2015, <http://www.bbc.com/news/world-asia-34674374>.

⁵⁰ *Hirsi v. Italy* (App. No. 27765/09), Decisión del 23 de febrero de 2012 [GC].

examen individual de sus circunstancias y de las consecuencias de la expulsión y sin permitirles presentar argumentos.

Lo interesante del caso es que el acto de expulsión masiva que realizó Italia tuvo lugar en alta mar, no en su territorio, por lo que la importancia de la decisión radica en el hecho de que el Tribunal considera que los Estados tienen responsabilidades en materia de derechos humanos incluso fuera de su territorio. En ese sentido, el Tribunal consideró que antes de realizar la expulsión de los migrantes, tenía que haber escuchado cada uno de los casos en virtud del artículo 13 de la Convención.

Desgraciadamente, el efecto de esta decisión fue contrario a lo que se esperaba, es decir, algunos países dejaron de salvar vidas para no verse confrontados con la obligación de analizar solicitudes individuales. En este caso, es como si los Estados prefirieran evitar encontrarse con el dilema moral, por lo que prefieren delegar ese tipo de responsabilidad a otras agencias. Silvia Borelli nota que ante la fuerte presión social derivada de las muertes en el Mediterráneo, los países de la Unión Europea, y particularmente Italia, no han tenido más remedio que implementar labores de rescate en el Mediterráneo, con la Operación Mare Nostrum en 2013 para luego delegar la labor a Frontex, con el fin de limitar al mismo tiempo las llegadas a las costas europeas⁵¹. El resultado entonces de esta decisión es el imputar una cierta responsabilidad extraterritorial de los Estados de respetar las garantías procesales de los migrantes, es decir darles la oportunidad de exponer su caso antes de ser devuelto.

3.2.2. La responsabilidad compartida

El discurso de la responsabilidad compartida tiene su origen en el párrafo 3 del artículo 1 de la *Carta de las Naciones Unidas*, el cual prevé como uno de los objetivos centrales de la Organización de las Naciones Unidas el logro de la cooperación internacional para resolver los problemas. El artículo 2 lo extiende como un deber de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas. Este deber general de cooperar en el derecho internacional se refleja en el preámbulo

⁵¹ Borelli, Silvia y Stanford, Ben, “Troubled Waters in the *Mare Nostrum*: Interception and Push-backs of Migrants in the Mediterranean and the European Convention on Human Rights”, *Review International Law & Pol.* vol. 10, núm. 37, 2014, p.65.

de la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*, como un medio para aliviar las cargas impuestas a ciertos Estados.

La autora Margaret Gilbert realizó un estudio importante sobre la responsabilidad compartida, entendiéndola como un co-compromiso de al menos dos personas. “No se trata aquí de sumar el compromiso personal de un individuo a aquellos, separados y también personales, de otros individuos, sino de una decisión que todos toman juntos”⁵². En ese contexto, para Gilbert, se requiere de la “disponibilidad” al compromiso mutuo⁵³. La responsabilidad compartida se tendría entonces que definir en términos de lo que los Estados hasta ahora han aceptado como compromisos mutuos. La forma de comprometerse no es solo a través de los tratados, sino también de las políticas internas e incluso de los discursos políticos. Lo anterior implica que, si no son todos los Estados los que se han comprometido de una forma u otra, entonces no se puede hablar realmente de una responsabilidad compartida.

Los Estados han sido especialmente cautelosos con la forma en que se formalizan sus obligaciones en materia internacional para evitar que se les obligue a tomar una cierta proporción de futuros flujos de migración. Ello se vio reflejado en las discusiones para el *Pacto mundial sobre migraciones ordenadas seguras y legales*, que analizaremos más adelante. Por ello, según nuestra hipótesis, solo el cambio en la forma de ver los movimientos migratorios masivos puede llevar a un compromiso real de la comunidad internacional, lo cual, creemos, sería el fundamento del derecho migratorio internacional.

3.2.2.1. Características de la responsabilidad compartida

La idea de que, en periodo de crisis, un Estado puede ser responsable de personas de las que normalmente no es responsable está relacionada con la idea de un compromiso moral de prestar ayuda en emergencias, hayan contribuido o no a ellas, lo cual se ha ido desarrollando en derecho internacional como una forma de responsabilidad compartida. Al respecto, resulta interesante la definición de responsabilidad compartida que realizan Nollkaemper y Jacobs a través de

⁵² Gilbert, Margaret, « La responsabilité collective et ses implications », *Revue française de science politique*, vol. 58, núm. 6, 2008, p. 901.

⁵³ *Ibid.*

cuatro características: (i) responsabilidad de múltiples actores, que incluye no solo a los Estados y organizaciones internacionales, sino también a corporaciones multinacionales e individuos; (ii) responsabilidad de múltiples actores por su contribución a un solo resultado dañino; (iii) situaciones en las que las contribuciones de cada individuo no pueden atribuirse a ellas basadas en la causalidad; (iv) si la responsabilidad recae sobre una colectividad, ya no sería compartida, sino más bien sería responsabilidad de la colectividad como tal⁵⁴.

Ahora bien, el sistema de protección internacional de los migrantes y refugiados se basa en la responsabilidad nacional y en el cumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones internacionales con los refugiados y otras personas en situación de riesgo, contraídas en virtud de los tratados y del derecho internacional consuetudinario. Al mismo tiempo, el sistema depende de la cooperación internacional, pues de otro modo la responsabilidad de los flujos migratorios mixtos recaería en el Estado de acogida. Los países más afectados por la llegada masiva de flujos migratorios mixtos piden periódicamente más apoyo internacional. Sin embargo, no existen parámetros claros sobre cómo deberían ayudarse mutuamente los Estados, y a menudo el llamado a la cooperación depende de la política y de la visibilidad de cada crisis.

El problema entonces es que se sigue hablando en términos de responsabilidad compartida, pero todo se deja a la voluntad política de los Estados. Por ejemplo, el preámbulo de la *Convención sobre el Estatuto de Refugiado* de 1951 establece que la responsabilidad nacional y la solidaridad internacional son conceptos que se refuerzan mutuamente, es decir no es una exigencia del derecho internacional. La falla radica entonces en hacer llamados a la cooperación internacional para que el impacto de la acogida de refugiados, en épocas de aumento de flujos migratorios, no sea únicamente asumido por el país que los recibe. Es una falla pues no existe ninguna obligación, y los Estados atenderán el llamado con base en otros principios, no necesariamente los de la cooperación internacional.

⁵⁴ Nollkaemper, Andre y Jacobs, Dov, "Shared Responsibility in International Law: A Conceptual Framework", *Michigan Journal of International Law*, vol. 34, núm. 2, invierno de 2013, pp. 366-368.

3.2.2.2. El reparto de la carga

En teoría, los Estados tienen la responsabilidad de proteger a los refugiados. La realidad nos muestra que muy pocos tienen la capacidad para hacerlo⁵⁵. Evidentemente, no basta con decir que los Estados tienen la responsabilidad internacional de recibir a los refugiados y a las personas con necesidad de protección internacional, pues en última instancia lo que los Estados aplican es el derecho interno. Esa lógica ha provocado las últimas crisis en Europa y en México-Estados Unidos, como lo estudiamos en el primer capítulo. En efecto, en Europa se aplica el *Reglamento de Dublín*, en el cual se establecieron los criterios para determinar el Estado responsable del estudio y tratamiento de las solicitudes de asilo presentadas al interior de la Unión Europea⁵⁶, pero en el estado actual de la crisis migratoria los miembros de la Unión Europea han declarado que ese sistema es ineficaz. De hecho, en la cuestión de la migración, la Unión Europea se ha dividido en varios bloques: países de entrada, Grecia e Italia, países de tránsito, como Hungría y Austria, países receptores directos como Alemania, Dinamarca y Suecia; y los países dispuestos a acoger una cuota baja como Francia y España⁵⁷. Los llamados *hotspots* sirven principalmente para decidir quiénes "merecen" permanecer en suelo europeo. Esto refleja una perspectiva común según la cual la circulación de los seres humanos sólo es posible basándose en la solicitud explícita de los países receptores⁵⁸.

En el caso de los migrantes centroamericanos y haitianos en México y Estados Unidos, se les ha ido otorgando una categoría migratoria de protección temporal "por razones humanitarias", pero al parecer muy pocos han sido considerados como refugiados por no entrar dentro de las definiciones de

⁵⁵ Cfr. Singh Juss, Satvinder, *International Migration and Global Justice*, Reino Unido, Ashgate Publishing Limited, 2006, p. 230.

⁵⁶ Véase *European Parliamentary Research Service*, "EU legal framework on asylum and irregular immigration 'on arrival' State of play", marzo de 2015, p. 2, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/551333/EPRS_BRI\(2015\)551333_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/551333/EPRS_BRI(2015)551333_EN.pdf).

⁵⁷ Véase *Responsibility Sharing for Large Movements of Refugees and Migrants in Need of Protection. A report of the Scalabrini migration study centers*, Center for Migration Studies of New York (CMS), Junio de 2017, p. 45.

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 50-51.

refugiados en sentido estricto⁵⁹. En México y en Estados Unidos los *hotspots* se encuentran en las fronteras norte y sur de esos países, puesto que las personas que han obtenido una cierta protección personal no pueden integrarse completamente al país receptor hasta que acrediten que pueden entrar en alguna de las categorías jurídicas establecidas por el derecho migratorio interno. Así, al menos por lo que respecta a las crisis que son objeto de nuestra investigación, en la frontera norte de México no se respira un ambiente de solidaridad o de responsabilidad compartida de los migrantes que, sin entrar en la categoría de refugiados, tienen una evidente necesidad de protección internacional.

El hecho es que existe la creencia de que la aceptación de refugiados implica una carga financiera que difícilmente puede ser asumida por algunos países. De hecho, en los países con mayores recursos financieros, se ha ido restringiendo el asilo con el argumento de que el hecho de recibir refugiados pone en riesgo el sistema económico. No obstante, según datos de la OCDE, el impacto fiscal de los refugiados es relativamente alto en el corto plazo, pero una vez que se integran en el mercado laboral el impacto se reduce considerablemente, sin embargo, el gasto para integrarlos a dicho mercado es efectivamente alto⁶⁰.

Astri Suhrke considera que en realidad se trata de un discurso en el que algunas partes intentan minimizar el número de refugiados que reciben en sus territorios para que otros Estados asuman también la carga. “Como los buenos beneficios públicos son, por definición, indivisibles, si un Estado admite refugiados, otros se beneficiarán del mayor orden internacional que surja independientemente de sus propios ingresos. Como resultado, todos tendrán la tentación de hacer trampa al permitir que el "otro" Estado haga el trabajo”⁶¹.

Así pues, el reasentamiento de refugiados es difícil, ya que implica una tarea administrativa compleja, a menudo realizada con fondos y personal

⁵⁹ Véase Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados, “Estadísticas 2013-2016”, http://www.comar.gob.mx/work/models/COMAR/Resource/267/6/images/ESTADISTICAS_2013_A_04-2016_act.pdf.

⁶⁰ OECD, “How will the refugee surge affect the European economy?”, *Migration Policy Debates*, núm 8, noviembre 2015, p.2. Por lo general, el costo total para procesar y alojar a los solicitantes de asilo puede oscilar entre 8 000 y 12 0000 euros por solicitud durante el primer año, aunque la cifra puede ser mucho menor para el procesamiento acelerado.

⁶¹ Suhrke, Astri, “Burden-sharing during Refugee Emergencies: The Logic of Collective versus National Action”, *Journal of Refugee Studies*, vol. 11., núm. 4, 1998, p. 400.

inadecuados. En efecto, la capacidad de reasentamiento global es inadecuada. Por ejemplo, en 2017 el ACNUR calculaba que solo 102,800 personas de un total de 68,5 millones de personas desplazadas por la fuerza en todo el mundo habían encontrado ser aceptados por algún Estado⁶². La gestión se vuelve difícil ante el discurso de incapacidad financiera para recibirlos. La cuestión se vuelve moral, pues uno se pregunta ¿por qué algunos Estados sí pueden y los otros no? ¿Por qué algunos refugiados sí son reasentados y otros no?

3.2.2.3. En el marco del derecho europeo

Las políticas migratorias de la Unión Europea tienen su fundamento en el artículo 67, apartado 2, del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*⁶³. De conformidad con dicho artículo, la política común en materia de migración se basa en tres principios: en primer lugar, garantizar la libertad de circulación dentro de la Unión Europea mediante la eliminación de los controles en las fronteras interiores de las personas. En segundo lugar, el principio de equidad con respecto a los migrantes de terceros países⁶⁴. El tercer pilar normativo sobre el que descansa la política común es la «solidaridad entre los Estados miembros». La Unión Europea es el primer sistema basado en la solidaridad y no solo en la cooperación, sin embargo, es al momento de tomar acciones concretas que el sistema pareciera tambalear.

Jürgen Bast hace un extenso análisis del principio de solidaridad aplicable específicamente a la materia migratoria. Al respecto, destaca que “el principio de solidaridad en forma de solidaridad entre Estados consiste en orientar expresamente las políticas migratorias de la Unión Europea. El destinatario de este principio jurídico es ante todo el legislador de la Unión, que debe transformarlo en política operativa”⁶⁵. Asimismo, Bast critica el sistema de Dublín, el cual analizamos en el capítulo primero, afirmando que se estableció como una

⁶² ACNUR, “Tendencias Globales: Desplazamiento Forzado en 2017”, <http://www.acnur.org/5b2956a04.pdf>.

⁶³ Véase Parlamento Europeo, “La Política de Asilo”, http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.12.2.html.

⁶⁴ Véase también el artículo 79, apartado 1, del TFUE.

⁶⁵ Bast, Jürgen, “Deepening Supranational Integration: Interstate Solidarity in EU Migration Law”, *European Public Law*, vol. 22, núm. 2, 2016, p. 293-294.

delimitación de responsabilidades sin reparto de cargas entre los Estados, por lo que dicho sistema en realidad no establece un sistema basado en la solidaridad⁶⁶.

Ese ha sido uno de los argumentos que más se han articulado con respecto a la crisis migratoria. Pareciera que el *Sistema Común de Asilo* es incompatible con el principio de solidaridad o que ningún Estado sabe exactamente qué quiere decir el reparto equitativo de la responsabilidad. Parece entonces que en la Unión Europea el concepto de solidaridad sigue siendo débil, aunque tiene cierto potencial para ser desarrollado⁶⁷. En ese sentido, se evidencia no solo un aumento de los desórdenes, sino también la insistencia de seguir aplicando un sistema que bloquea y desbloquea al mismo tiempo.

Lo que más destaca en el debate es el cálculo que realizan los Estados miembros de la Unión Europea del costo que esa solidaridad tiene sobre sus políticas nacionales. Al final, pareciera que los Estados seleccionan los temas para los que exigen o rechazan la solidaridad según sea en su beneficio nacional o no. Un claro ejemplo es el reparto de la carga en el periodo de aumento de flujos migratorios de 2015⁶⁸. Un debate inició entonces entre los países que consideraban que tenían demasiados migrantes y aquellos que aseguraban no tener ninguna experiencia⁶⁹. De manera voluntaria se había llegado solamente a un acuerdo para la relocalización de 33,000 refugiados⁷⁰.

Como la “buena voluntad” no funcionó y el consenso parecía imposible, el presidente del Consejo decidió someter el asunto al pleno del Consejo para que se ejerciera un voto. Así, en septiembre de 2015, los ministros europeos aprobaron un plan de cuotas de migrantes⁷¹. La República Checa, Eslovaquia,

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Al respecto véase la Grimmel, Andreas “Solidarity in the European Union: Fundamental Value or “Empty Signifier”, en Grimmel, Andreas y Susanne My Giang, ed., *Solidarity in the European Union A Fundamental Value in Crisis*, Springer, Suiza, 2017, pp. 172-174.

⁶⁸ Véase Consejo Europeo, «Conclusiones del Consejo Europeo - 25 y 26 de junio de 2015» <http://www.consilium.europa.eu/es/meetings/european-council/2015/06/25-26/>.

⁶⁹ Cfr., Seges̃ Frelak, Justyna, Solidarity in European Migration Policy: The Perspective of the Visegrád States, en Grimmel, Andreas y Susanne My Giang, *cit.*, pp. 94-95.

⁷⁰ Véase Consejo Europeo «Consejo de Justicia y Asuntos de Interior», 14 de septiembre de 2015, p. 4, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12002-2015-REV-1/es/pdf>.

⁷¹ Véase las Decisiones (UE) 2015/1523 del Consejo, del 14 de septiembre de 2015 y (UE) 2015/1601, del 22 de septiembre de 2015, relativas al establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en favor de Italia y Grecia.

Hungría y Rumanía votaron en contra de esta propuesta, por lo que se tomó la decisión por mayoría calificada. Se decidió entonces trasladar 160,000 refugiados de Grecia e Italia a otros países de la Unión Europea⁷². Esta decisión fue recurrida, sin éxito, por los países oponentes⁷³. Aun así, al 31 de agosto de 2018, sólo 21,999 personas habían podido ser relocalizadas⁷⁴.

3.2.2.4. En el marco del derecho interamericano

Con la creación de la Organización de los Estados Americanos, se estableció la solidaridad y la cooperación entre los Estados como principios que rigen la organización, pero haciendo especial énfasis en el respeto a la personalidad, soberanía e independencia de los Estados, como sigue:

Artículo 3. Todo Estado tiene derecho a elegir, sin injerencias externas, su sistema político, económico y social, y a organizarse en la forma que más le convenga, y tiene el deber de no intervenir en los asuntos de otro Estado. Con sujeción a lo arriba dispuesto, los Estados americanos cooperarán ampliamente entre sí y con independencia de la naturaleza de sus sistemas políticos, económicos y sociales.

Artículo 30. Los Estados miembros, inspirados en los principios de solidaridad y cooperación interamericanas, se comprometen a aunar esfuerzos para lograr que impere la justicia social internacional en sus relaciones y para que sus pueblos alcancen un desarrollo integral, condiciones indispensables para la paz y la seguridad.

No obstante, algunos investigadores consideran que en la práctica la responsabilidad compartida no puede presentarse de forma homogénea en todo el continente. Por ejemplo, en su análisis sobre la aplicabilidad de la “responsabilidad de proteger” en América Latina, Ricardo Arredondo asegura que

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Véase *República Eslovaca y Hungría contra Consejo de la Unión Europea*, Sentencia del Tribunal de Justicia, C-643/15 y C-647/15, 6 de septiembre de 2017.

⁷⁴ Véase Comisión Europea, “Member States’ Support to Emergency Relocation Mechanism” agosto de 2018, https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/press-material/docs/state_of_play_-_relocation_en.pdf.

la diversidad política e ideológica en América Latina no permite avizorar un consenso sobre dicho principio, pues algunos países defienden los principios de soberanía y de no intervención por encima de cualquier otro principio⁷⁵.

Mencionamos como ejemplo, la presión que ha ejercido Estados Unidos en Centroamérica, pero lo más que se ha logrado es la «Declaración extraordinaria de Managua», adoptada en 25 de junio de 2014⁷⁶, con el fin de asegurar la responsabilidad de todos los Estados en la gestión de la crisis.

Otro intento es la “Alianza para la Prosperidad”, en virtud de la cual el Congreso de Estados Unidos aprobó un programa de ayuda de 750 millones de dólares para el año 2016, y el presidente Obama solicitó el mismo monto para el 2017. Estos fondos deberían ser usados para reducir la pobreza en los países en Centroamérica y para establecer medidas contra la corrupción, así como para reformar el sistema de justicia. Además, en una reunión celebrada en febrero de 2015, los presidentes de Honduras, Guatemala y El Salvador se comprometieron a destinar cada uno 2.6 mil millones de dólares de sus presupuestos nacionales para apoyar los objetivos del plan⁷⁷.

Por último, desde que inició la caravana migrante en octubre de 2018, y con la entrada del nuevo gobierno mexicano, una nueva estrategia fue impulsada, basada en un “Plan de Desarrollo Integral para Centroamérica”, con el objetivo mitigar el fenómeno migratorio a través de inversión y desarrollo⁷⁸. Sin embargo, a medida que la crisis migratoria fue evolucionando, el presidente Donald Trump decidió quitar la ayuda económica a Honduras y seguir con la presión hacia México para que se detengan a todos los migrantes que se desplazan hacia Estados Unidos. En ese contexto, no es difícil concluir que se está muy lejos de

⁷⁵ Véase, por ejemplo, Arrenondo, Ricardo, “La responsabilidad de proteger: la perspectiva latinoamericana”. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, vol. 16, núm. 32. Segundo semestre de 2014, pp. 269-290.

⁷⁶ Véase CRM, “Declaración Extraordinaria”, junio de 2014, http://www.crmsv.org/ReunionesCRM_GRCM.htm.

⁷⁷ Véase Biden, Joseph « Joe Biden: A Plan for Central America”, *The New York Times*, 29 de febrero de 2015, http://www.nytimes.com/2015/01/30/opinion/joe-biden-a-plan-for-central-america.html?_r=2.

⁷⁸ Comunicado, “Avanzan trabajos sobre propuesta de AMLO rumbo al Plan de Desarrollo Integral para Centroamérica”, 23 de noviembre de 2018, <https://lopezobrador.org.mx/2018/11/23/avanzan-trabajos-sobre-propuesta-de-amlo-rumbo-al-plan-de-desarrollo-integral-para-centroamerica/>.

una verdadera cooperación y mucho más lejos de la solidaridad entre los países implicados en el fenómeno migratorio.

3.2.3. La práctica de transferencia de responsabilidades a un tercer país seguro

El concepto de tercer país seguro se ha ido desarrollando en derecho internacional como un régimen de excepción de la responsabilidad de acoger a los refugiados⁷⁹. Al respecto, algunos autores consideran que en realidad se trata de un mecanismo para negar el acceso al procedimiento de asilo de un Estado por el hecho de que podría solicitar o debería haber solicitado el asilo y la protección en otro país⁸⁰.

Sin duda, esta práctica que tiene una aceptación generalizada entre los principales Estados receptores de solicitudes de asilo es de las más criticadas por los académicos y por los defensores de los derechos humanos⁸¹. Sin embargo, es este mecanismo el que se ha venido utilizando para detener el flujo de migración en Europa. Tras la adopción de la Agenda Europea sobre migración en 2015, la Comisión Europea propuso un Reglamento para establecer una lista común de países de origen seguros, con la finalidad de tramitar las solicitudes de asilo de forma más rápida, es decir realizar la devolución rápidamente en caso de que el solicitante no tenga derecho de realizar dicha solicitud⁸². Además, el 18 de marzo de 2016, Turquía y la Unión Europea firmaron un acuerdo para detener los flujos migratorios irregulares procedentes de Turquía hacia Europa. El plan establece que todas las personas que no tienen derecho a la protección internacional en Grecia serán devueltas a Turquía. Los que no soliciten asilo o cuya solicitud se considere infundada o inadmisibles, en virtud de la Directiva sobre

⁷⁹ En Europa, la Directiva sobre procedimientos de asilo crea tres categorías diferentes que se basan en criterios ligeramente diferentes: el tercer país seguro (artículo 27) el primer país de asilo (artículo 26) y el tercer país europeo seguro (artículo 36).

⁸⁰ Véase por ejemplo Hurwitz, Agnès, *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees*, Oxford University Press, 2009, p. 46.

⁸¹ Véase por ejemplo Hurwitz, *ibid.*, p. 66; véase igualmente Crépeau, François Anna Purkey, "Facilitating Mobility and Fostering Diversity Getting EU Migration Governance to Respect the Human Rights of Migrants", *CEPS Paper in Liberty and security in Europe*, núm. 92, Mayo de 2016, p. 22.

⁸² Después de conversaciones con los Estados Miembros y de las prácticas actuales de los Estados miembros, la Comisión propone añadir a Albania, Bosnia y Herzegovina, la ex República Yugoslava de Macedonia, Kosovo, Montenegro, Serbia y Turquía a la lista de la UE de países seguros de origen.

procedimientos de asilo, deben ser devueltos en Turquía.⁸³ Cabe destacar que Amnistía Internacional ha criticado fuertemente esta decisión pues existen muchas evidencias de que Turquía no es un país seguro⁸⁴.

Otra de las prácticas utilizadas tanto en la Unión Europea como en Estados Unidos son los acuerdos de readmisión, en virtud de los cuales los Estados se comprometen a readmitir en su territorio tanto a sus propios ciudadanos como a los de otros países en tránsito que se hallen en situación ilegal en el territorio de otro Estado⁸⁵. De hecho, en la agenda sobre la migración de la Comisión Europea del 13 de mayo de 2015, se insistió en el hecho de continuar con las medidas para frenar los migrantes que intentan llegar a Europa y para expulsar a los que consiguieron llegar irregularmente⁸⁶.

Ambas prácticas son jurídicamente cuestionables, en virtud del derecho internacional de los Refugiados y del derecho internacional de los derechos humanos pues se generalizan situaciones, lo que impide una evaluación particular de cada solicitud, es decir, caso por caso, pues podría suceder que, aunque las condiciones del tercer país sean “óptimas”, en realidad para una persona en particular no lo sean. En ese sentido, a primera vista se estaría desviando la responsabilidad moral de recibir a los refugiados, pero en realidad surge una responsabilidad jurídica al incumplir con obligaciones del derecho internacional.

3.2.4. La responsabilidad de los países de tránsito

En virtud del derecho internacional de los refugiados, para que una persona pueda realizar una solicitud válida para ser reconocida como refugiada debe encontrarse fuera de su país, por lo que la persona tiene que salir de su país y presentarse a la frontera de otro país para realizar la solicitud. Considerando el contexto de adopción de la *Convención sobre el estatuto de los refugiados* en 1951, se puede fácilmente desprender que el objetivo era permitir a las personas

⁸³ Véase Consejo Europeo, “Declaración UE-Turquía, 18 de marzo de 2016”, Comunicado de prensa 144/16, <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>.

⁸⁴ Véase Amnistía Internacional, “Turquía no es país seguro, ni para la población turca ni para las personas refugiadas”, <https://www.es.amnesty.org/actual/acciones/europa-asilo-mar16/>.

⁸⁵ Véase Comisión Europea, “Readmission Agreements”, Memo/05/351, 5 de octubre de 2005. Véase también Directiva 2008/115 sobre el Retorno aprobada por la UE el 16 de diciembre de 2008.

⁸⁶ Véase Comisión Europea “Agenda europea en materia migratoria...” cit. p. 11.

salir del país en el que su vida corría peligro y lo más lógico es que la solicitud la presentara en el país vecino. No obstante, a menudo, los países vecinos viven las mismas problemáticas de violencia o de fragilidad, lo que lleva a las personas a buscar otros países y cada vez más lejos. Esto se ha vuelto una normalidad en materia de flujos migratorios, pues a los refugiados se unen los que, no teniendo otras opciones en sus países de origen, buscan mejorar sus condiciones en países considerados como “mejores países”. Los flujos migratorios que analizamos para efectos de nuestra investigación tienen como característica común no solo que viajan en grupos, sino que se dirigen a países muy lejanos a su país de origen, por lo que atraviesan de 3 a 10 países antes de llegar al país ante el cual desean presentar su solicitud. Se observa también que algunas personas que pensaban únicamente transitar por un país deciden quedarse en ese país si alguna oportunidad de regularización se les ofrece, como fue el caso de los haitianos que decidieron quedarse en México.

Lo curioso del caso es que, aunque la responsabilidad de protección internacional pareciera recaer únicamente en los países de destino, los países de tránsito asumen muchas veces las consecuencias humanitarias de esos movimientos. Nos parece curioso también que, a pesar de dichas consecuencias humanitarias, muy poco se ha escrito respecto a la responsabilidad de los países de tránsito. El único estudio que encontramos sobre el tema fue realizado por Pavle Kilibarda en el contexto de la crisis migratoria en Europa y el tránsito de los migrantes por los países de los Balcanes⁸⁷.

Kilibarda nota que, aunque el procedimiento de asilo es meramente declarativo, los países de tránsito tendrían que reconocer dicho estatuto para que se les pueda atribuir alguna obligación respecto de los refugiados que se encuentran en su país, aunque sea de paso, lo que sugiere que ciertos derechos u obligaciones solo existen con respecto a los refugiados cuya estadía ha sido formalizada. No obstante, por la misma naturaleza declarativa del derecho de los refugiados, los derechos humanos deben respetarse tan pronto como se cumplan

⁸⁷ Kilibarda, Pavle, “Obligations of transit countries under refugee law: A Western Balkans case study”, *International Review of the Red Cross*, vol. 99, núm. 904, 2017, pp. 211–239.

las condiciones para su aplicación independientemente de la existencia de un procedimiento formal, por lo que los países de tránsito están obligados, de la misma forma que los países de destino, a garantizar la protección de las personas que atraviesan su territorio⁸⁸.

Lo anterior es importante, pues mucho de los argumentos legales que han ido desarrollando los Estados para evitar la responsabilidad de los refugiados en tránsito está relacionada con la existencia o no de una solicitud. Se ha dicho que las personas que no han presentado una solicitud no pueden ser reconocidas como refugiadas y, por lo tanto, no existe en realidad una obligación vinculante. Sin embargo, la propia lógica del derecho internacional de los refugiados permite a dichas personas escoger el país en el cual presentarán esa solicitud. No obstante, la naturaleza declarativa se ha ido dejando de lado tanto por los refugiados, que prefieren ser invisibles ante el riesgo de ser regresados al primer país al que llegan (tercer país seguro), como por los Estados, quienes siguen insistiendo en que el primer país debe cargar con la responsabilidad. Por ello, Kilibarda plantea que, para determinar la responsabilidad de los países de tránsito, se debe examinar si un refugiado tiene que tomar la iniciativa para recibir protección internacional, o si se espera que un país tome medidas independientemente de la existencia de cualquier iniciativa por parte de esa persona.

En el caso de los flujos masivos, muy difícilmente se puede argumentar que para poder proteger a las personas estas tienen que ser reconocidas primero como refugiadas y, por lo tanto, que la solicitud es indispensable, pues ningún Estado tiene la capacidad para tramitar todas las solicitudes al mismo tiempo. Ante la duda, el ACNUR y otras organizaciones han recomendado que se les trate a todos de la misma forma, incluso a través del establecimiento de corredores humanitarios o el otorgamiento de salvoconductos u otras formas de protección complementaria⁸⁹. Lo importante es garantizar que ninguna de esas personas

⁸⁸ *Ibid*, p. 224.

⁸⁹ *Ibid*, p. 232.

será devuelta a su país de origen sin haber analizado primero su situación, incluso si la persona se niega a presentar una solicitud de asilo.

Así pues, a pesar de la diferenciación que se ha ido realizando entre los Estados de tránsito y de destino, el derecho internacional de los refugiados es claro en cuanto a su naturaleza declarativa, pues su aplicación no se limita a los países de destino, o ante los cuales se presenta una solicitud. Además, el régimen de refugiados debe aplicarse conjuntamente con el de los derechos humanos, sobre todo en periodos de afluencia masiva, pues todos los Estados están obligados a asegurarse que todas las personas que se encuentran en su territorio cuentan con la asistencia humanitaria necesaria y de que todo retorno se realice de forma segura. Por ello, los Estados de tránsito son responsables incluso de las personas que no califiquen como refugiados, en virtud del derecho internacional humanitario como lo analizaremos en el siguiente capítulo.

3.2.5. La responsabilidad de las organizaciones internacionales

En el tema de la responsabilidad de los Estados surge la cuestión de hasta qué punto esa responsabilidad puede ser delegada a las organizaciones internacionales. Lo anterior, en el entendido de que a dichas organizaciones, que representan a la comunidad internacional, se les ha ido confiando una serie de asuntos de interés mundial, por lo que en su actuación, esas organizaciones también podrían ser responsables por los daños que pudieran ocasionar en el ejercicio de sus funciones. Por ejemplo, en el marco de una operación de mantenimiento de la paz como sucedió en Haití, por la negligencia de los agentes de la ONU se provocó una crisis de cólera en ese país desde el 2010⁹⁰. El asunto se encuentra actualmente en litigio, y a aunque la ONU reconoce su culpa, ha venido solicitando que se le conceda una cierta forma de inmunidad diplomática en virtud de la *Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de los Organismos Especializados de la ONU*.

Como bien lo hace notar Alain Pellet, aunque se llegara a demostrar que las organizaciones internacionales son responsables por los daños que causen

⁹⁰ Rick Gladstone, "La ONU llevó el cólera a Haití y no ha podido controlar el brote", *The New York Times*, 30 de junio de 2017, <https://www.nytimes.com/es/2017/06/30/onu-haiti-colera-reparacion/>.

en ejercicio de sus funciones, en realidad carecen de los medios necesarios para reparar el daño⁹¹. Así en el caso del cólera en Haití, lo más que ha podido realizar la ONU es una campaña para recabar fondos para ayudar a las víctimas del cólera, lo que lleva a pensar que algunos daños son de imposible reparación, a menos que los Estados miembros de la ONU accedan a contribuir para que la organización asuma su responsabilidad.

Para Dan Sarooshi, una forma útil de analizar la responsabilidad es considerar el grado en que un Estado ha cedido o conferido sus poderes a una organización internacional. “Hay tres características de las atribuciones que pueden utilizarse para determinar el grado en que los poderes han sido cedidos por un Estado y, por lo tanto, dentro de qué categoría puede otorgarse una atribución de poderes particular. Primero, la cuestión de la revocabilidad: ¿puede un Estado revocar legalmente su atribución de poderes a una organización internacional? En segundo lugar, el grado en que los Estados conservan el control del ejercicio de los poderes por parte de la organización internacional. El tercero es si una organización internacional posee un derecho exclusivo para ejercer poderes conferidos o si los Estados han conservado el derecho a ejercer poderes al mismo tiempo que la organización internacional”⁹². Así pues, los Estados podrían ser considerados responsables de los hechos internacionalmente ilícitos de las organizaciones internacionales dependiendo del tipo de participación del Estado⁹³.

No obstante, el marco de la responsabilidad de las organizaciones internacionales ha sido elaborado por la CDI, el cual fue redactado con base en los artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Al respecto, algunos investigadores consideran que el marco previsto para las organizaciones internacionales no tiene en cuenta que dichas organizaciones no tienen características homogéneas y que muchos de sus actos dependen en realidad de

⁹¹ Pellet, Alain “International Organizations are Definitely Not States”, en Ragazz Maurizio, *Responsibility of International Organizations: essays in memory of Sir Ian Brownlie*, Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands y Boston, Estados Unidos 2013, p. 50.

⁹² Sarooshi, Dan, “International Organizations and State Responsibility”, en Ragazz Maurizio, *Ibid.*, p. 80.

⁹³ Šturma, Pavel, “The Responsibility of International Organizations and their Member States” en Ragazz Maurizio, *ibid.*, p.331.

lo que los Estados les quieran otorgar⁹⁴. Pareciera entonces que las reglas de la responsabilidad internacional de los Estados y la responsabilidad de las organizaciones internacionales forman un sistema único, por lo que se trata en realidad una responsabilidad compartida. Sin embargo, para algunos autores las diversas formas de responsabilidad deberían ser diferenciadas pues los objetivos de la responsabilidad internacional son diversos y se atienden a diferentes tipos de intereses⁹⁵.

Para efectos de nuestra tesis, la responsabilidad que nos interesa es la que se le puede atribuir a la ONU como representante de la comunidad internacional. Al respecto, nos parece claro que dicho organismo no necesita la cesión de poderes para que la responsabilidad de la comunidad internacional se actualice en ciertos casos que tienen que ver con su rol para asegurar la paz y la seguridad internacionales. De hecho, por el simple hecho de adherirse a la Organización, los Estados reconocen que dicho organismo puede vincularlos en virtud de sus atribuciones. El problema, como se analizó más arriba, es que no existe en realidad una jurisdicción internacional para exigir la responsabilidad de la comunidad internacional, por lo que nuestro planteamiento es ir más allá y crear dicha jurisdicción para los casos de crisis, lo cual será expuesto a detalle en el capítulo quinto.

3.3. La responsabilidad de proteger

Las crisis humanitarias en Rwanda y los Balcanes, sin duda conmocionaron a la comunidad internacional y las consecuencias de una intervención tardía siguen pesando en la conciencia colectiva⁹⁶. En su informe del 27 de marzo de 2000 denominado “Nosotros los pueblos: la función de las Naciones Unidas en el siglo XXI”, el entonces Secretario General de la ONU, Kofi Annan, al plantear la problemática de la intervención ante las críticas realizadas por la injerencia en asuntos internos, declaraba: “Si la intervención humanitaria es, en realidad, un

⁹⁴ Véase por ejemplo, Yamada, Chusei, “Viability of the ILC’s Articles Formulated on the Basis of the Articles on State Responsibility”, en Ragazz Maurizio, *Ibid.*, p.92; Šturma, Pavel, *ibid.*, pp 314-323.

⁹⁵ Véase la crítica realizada sobre el particular por Andre Nollkaemper, *cit.* p. 400.

⁹⁶ Al respecto véase el estudio sobre las crisis en Rwanda y Kosovo por Rieff, David, *cit.* Véase también Thakur, Ramesh, *Law, Ethics and Governance: Responsibility to Protect and Sovereignty*, Farnham, Reino Unido, Routledge, 2016, ProQuest ebrary, 2016, p. 177.

ataque inaceptable a la soberanía, ¿cómo deberíamos responder a situaciones como las de Rwanda o Srebrenica y a las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos que transgreden todos los principios de nuestra humanidad común?⁹⁷

Es entonces que comenzó a tejerse el concepto de responsabilidad de proteger, el cual vino a replantear la responsabilidad internacional en ciertos asuntos de carácter humanitario, cuyos detalles se presentan a continuación.

3.3.1. Origen y evolución de la responsabilidad de proteger

Ante el dilema de cómo proteger a la humanidad sin romper con el principio de la soberanía de los Estados, el gobierno de Canadá y un grupo de grandes fundaciones crearon una Comisión Internacional sobre la Intervención y la Soberanía de los Estados (CIISE). En el informe que resume el trabajo de investigación realizado por la CIISE, se planteó utilizar el término “responsabilidad de proteger”, el cual dio lugar a toda una teoría en torno a la soberanía como responsabilidad, como se verá más adelante.

El concepto de “responsabilidad de proteger” fue reconocido de forma unánime en la Cumbre Mundial de las Naciones Unidas 2005 por la Asamblea General de la ONU⁹⁸. Aunque en teoría dicha responsabilidad de proteger parece tener su origen en la incapacidad de un Estado de proteger a su población, en realidad el origen se encuentra en el reconocimiento que se ha venido dando respecto a la necesidad de intervenir de alguna forma ante situaciones que ponen en peligro a poblaciones enteras. Según el análisis realizado por Anne Orford, en realidad la “responsabilidad de proteger” no es una noción nueva, sino que debe ser vista como un esfuerzo para integrar las preexistentes prácticas de protección, aunque dispersas, en una sola y coherente justificación de la autoridad internacional⁹⁹. Por lo que, siguiendo a la autora, el desafío consiste en formalizar

⁹⁷ Véase Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/54/2000 “Nosotros los pueblos: La función de las Naciones Unidas en el siglo XXI. Informe del Secretario General”, 27 de marzo de 2000, <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/54/2000>, p. 38.

⁹⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/60/1, “Documento Final de la Cumbre Mundial 2005”, 24 de octubre de 2005, http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/docs/gaA.RES.60.1_Sp.pdf, párr. 138.

⁹⁹ Orford, Anne, *cit.*, p. 2.

dicha “responsabilidad de proteger” en un instrumento que asegure su consecución, puesto que en la práctica ya se presenta¹⁰⁰.

Así, la responsabilidad de proteger hace especial énfasis en las situaciones de facto más que en el derecho internacional, por lo que supone al mismo tiempo el reconocimiento de la autoridad internacional, la cual ya se encontraba formalmente establecida en la *Carta de las Naciones Unidas* de 1945. Como lo afirma Anne Orford, la responsabilidad de proteger legitima la intervención de los Estados y de la comunidad internacional para proporcionar una protección eficaz a las poblaciones en peligro, aunque ello se base en consideraciones de hecho y no de derecho¹⁰¹.

Como bien lo nota Cecilia Añaños Meza, queda abierta la pregunta de cómo se debe entender la responsabilidad primaria de todo Estado de proteger a su población, es decir, no se ha determinado si es una responsabilidad en sentido jurídico, es decir, con consecuencias jurídicas, o si se trata simplemente de un deber moral. Para la autora, se trata de un deber moral con cierta fuerza política y no de una obligación jurídica, aunque entrevé una aspiración de convertirse en una norma de carácter primario. No obstante, la autora ve mal cómo se pudiera adaptar dicha responsabilidad al régimen jurídico de responsabilidad internacional ni a los mecanismos de control y seguimiento hasta ahora desarrollados por el derecho internacional¹⁰². Además, el incumplimiento de la responsabilidad de proteger no daría directamente paso al régimen de responsabilidad internacional, sino a la intervención, por lo que es independiente de la responsabilidad internacional en sentido jurídico estricto¹⁰³.

Ahora bien, el interés de este concepto para efectos de nuestra tesis radica en que, aunque el Documento Final de la ONU no hace referencia expresa a los refugiados, algunos consideran que la palabra “población” y el compromiso de los Estados de protegerla, haciendo mención incluso a la protección de los refugiados, hace pensar que la preocupación por los desplazamientos masivos

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 3.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 16.

¹⁰² Añaños Meza, *cit.* pp. 209-210.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 210.

generadores de crisis migratorias y humanitarias es uno de los principales temas de la responsabilidad de proteger¹⁰⁴. Es en ese entendido que intentaremos desentrañar los principales componentes, teóricos y jurídicos, de dicho concepto, con el fin de evaluar su pertinencia para efectos de la reconstrucción del derecho migratorio internacional.

3.3.2. La doctrina de la responsabilidad de proteger

El informe presentado por la CIISE constituye en realidad el desarrollo de una novedosa doctrina de reinterpretación del derecho internacional. Así, el informe de la CIISE plantea como sigue la doctrina de la responsabilidad de proteger:

La soberanía de los Estados implica la responsabilidad de proteger a sus residentes. Si un Estado no está dispuesto o es incapaz de poner fin a sufrimientos causados por conflictos o por el fallo de políticas para evitarlos, el principio de no intervención se ve anulado para dar lugar a la responsabilidad internacional de proteger. Al otorgar el estatuto de Estado miembro signatario de las Naciones Unidas, la comunidad internacional da la bienvenida a ese Estado como corresponsable en la comunidad de las naciones. Por otra parte, el propio Estado, mediante la firma de la Carta, acepta las responsabilidades derivadas de su firma. Por lo que la soberanía estatal pasa de un control soberano a una responsabilidad soberana, tanto en términos de funciones internas como de obligaciones externas¹⁰⁵.

Es así que, la responsabilidad de proteger se basa en la idea de la soberanía como responsabilidad y el concepto de seguridad humana, nociones que de una u otra forma se han ido desarrollando y aceptando en el seno de la comunidad internacional. En efecto, siguiendo lo argumentado por la CIISE, los fundamentos de la responsabilidad de proteger son:

- a) Las obligaciones inherentes al concepto de soberanía.

¹⁰⁴ Al respecto, véase el argumento defendido sobre el tema de los refugiados por Thakur, Ramesh, *cit.*

¹⁰⁵ CIISE, « La responsabilité de protéger », *Rapport de la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États*, 2001, p. 13-14.

- b) El artículo 24 de la Carta de las Naciones Unidas que confiere al Consejo de Seguridad la responsabilidad de mantener la paz y la seguridad internacionales.
- c) Las obligaciones jurídicas específicas que dimanar de las declaraciones, los pactos y los tratados relativos a los derechos humanos y la protección humana, así como del derecho internacional humanitario y el derecho interno.
- d) La práctica creciente de los Estados, las organizaciones regionales y el propio Consejo de Seguridad.

El debate se centra entonces en las necesidades humanas de aquellos que solicitan protección o asistencia internacional, asegurando que las cuestiones de soberanía y de intervención no son únicamente una prerrogativa de los Estados pues afectan a los seres humanos¹⁰⁶. Al respecto, Cecilia Añaños Meza hace notar que la doctrina de la “responsabilidad de proteger” es una doctrina occidental basada en el individuo como sujeto de derecho internacional para la creación de un derecho cosmopolita¹⁰⁷. Para ella, la doctrina de la responsabilidad de proteger exige la creación y desarrollo de principios y normas que se ajusten a ese nuevo paradigma, por lo que supone la derogación de algunos principios internacionales, como el de la soberanía¹⁰⁸.

Sin embargo, lo que la CIISE propone es que el debate sobre la intervención con fines de protección humana se centre no en el “derecho de intervención” sino en la “responsabilidad de proteger”. Por lo que en realidad lo que se propone es un cambio de perspectiva para centrarse en las necesidades de los que solicitan la protección internacional y no en el derecho de los Estados a intervenir¹⁰⁹:

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 15.

¹⁰⁷ La autora critica el hecho de que el concepto de “responsabilidad de proteger” fue desarrollado por una comisión fuera de la ONU a iniciativa privada de un Estado occidental y luego promovido dentro de la ONU por el secretario general Kofi Annan para su aprobación por la Asamblea General dentro del programa de reformas de la ONU. Véase Añaños Meza, *cit.*, p. 203.

¹⁰⁸ Añaños Meza, *ibid.*, p. 228.

¹⁰⁹ CIISE, *cit.*, pp. 17-18.

- a) La responsabilidad de proteger implica evaluar los problemas desde el punto de vista de los que piden o necesitan apoyo y no de los que consideran la posibilidad de intervenir.
- b) La responsabilidad de proteger presupone que la responsabilidad principal a este respecto corresponde al Estado interesado y que sólo si ese Estado no puede o no quiere cumplirla, o si él mismo es el culpable, incumbirá a la comunidad internacional actuar en su lugar. En muchos casos, el Estado tratará de cumplir con su responsabilidad colaborando plena y activamente con representantes de la comunidad internacional.
- c) En tercer lugar, la responsabilidad de proteger no significa únicamente "responsabilidad de reaccionar," sino también "responsabilidad de prevenir" y "responsabilidad de reconstruir". Este concepto hace hincapié en el proceso y el resultado de la acción frente a la inacción y establece vínculos conceptuales, normativos y operacionales entre la asistencia, la intervención y la reconstrucción.

3.3.3. El reconocimiento de la responsabilidad de proteger

En la Cumbre Mundial de las Naciones Unidas de septiembre de 2005, la totalidad de los miembros de la ONU aceptaron la responsabilidad colectiva internacional de proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. Además, manifestaron su disposición a tomar medidas colectivas de manera oportuna y decisiva para tal fin, por conducto del Consejo de Seguridad, cuando los medios pacíficos demuestren ser inadecuados y las autoridades nacionales no lo estén haciendo manifiestamente¹¹⁰.

De esta manera, la responsabilidad pasaba de ser una propuesta doctrinal a un principio del derecho internacional. No obstante, es indispensable subrayar que la responsabilidad de proteger, tal como se planteó en la Asamblea General, se refiere únicamente a ciertos crímenes considerados graves para la humanidad y, respecto de los cuales, el Estado cuya población está en riesgo no quiere o no

¹¹⁰ Documento final de la cumbre mundial de 2005, *cit.*

tiene la capacidad para protegerla. En la práctica, ello se traduce en la necesidad de una intervención internacional, para lo cual el Consejo de Seguridad de la ONU, de conformidad con el artículo 39 de la *Carta de las Naciones Unidas*, deberá determinar la existencia de tales crímenes y la incapacidad o imposibilidad del Estado en cuestión para proteger a su población¹¹¹.

Lo anterior significa que la “responsabilidad de proteger” no es un nuevo acuerdo internacional, sino simplemente una nueva lectura de la posibilidad de intervenir en ciertos casos, por lo cual la responsabilidad que tienen los Estados miembros es únicamente moral y política. Sin embargo, el reconocimiento de dicho concepto por la totalidad de los Estados miembros de la ONU nos permite pensar que se trata de un paso más en la evolución de la responsabilidad internacional en materia de derechos humanos y de derecho humanitario.

Tal como lo refiere Anne Orford, la responsabilidad de proteger es un intento de consolidar las nuevas formas de autoridad que han surgido a través de la expansión de la acción ejecutiva. La idea de que existe una comunidad internacional con la responsabilidad de proteger a las poblaciones en situación de riesgo no surge simplemente porque el momento es justo para que la humanidad realice su propia ley, sino que es el producto de un largo proceso de reorganización del poder¹¹².

Además, el Documento final de la Cumbre Mundial prevé la existencia de jurisdicciones complementarias, es decir, la del Estado soberano y la de la comunidad internacional¹¹³. Dichas jurisdicciones no pueden ejercerse sin un mandato específico, el cual no está contenido en el Documento Final, sino en los instrumentos internacionales pactados. Como lo afirma Anne Orford, parece claro que la responsabilidad de proteger ha sido cuidadosamente redactada para no imponer obligaciones jurídicas a los Estados u organizaciones internacionales para tomar acciones particulares en circunstancias específicas¹¹⁴.

¹¹¹ Al respecto, véase la crítica realizada por Añaños Meza, *cit.* pp. 212 y ss.

¹¹² Véase Anne Orford, *cit.* p. 24.

¹¹³ Para Anne Orford, aunque la responsabilidad de proteger no impone nuevas obligaciones a los Estados o a las Naciones Unidas para actuar en situaciones de crisis humanitaria, sí plantea cuestiones jurídicas importantes, pues confiere poderes y asigna jurisdicción. Véase Orford, Anne, *ibid.*, pp. 25-28.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 24.

Es en ese sentido que nos parece pertinente destacar la importancia de dicho concepto en materia de derecho migratorio. En cada uno de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario se ha hecho énfasis en la necesidad de garantizar los derechos de los seres humanos independientemente de su calidad migratoria. Además, en el caso de que la migración genere condiciones de vulnerabilidad, se ha venido reiterando la obligación de cada uno de los Estados involucrados de proteger a dicha población. Esa responsabilidad de proteger, aunque pareciera distinta de la contenida en el Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005, en realidad tiene el mismo objetivo, es decir, proteger poblaciones vulnerables ante la incapacidad o imposibilidad del Estado de origen de hacerlo.

Lo anterior es importante para efectos de nuestra tesis, puesto que hasta el momento la protección se ha basado en programas de migración adoptados por algunos países, que permiten a los migrantes integrarse plenamente en los países de acogida. No obstante, cada vez es más evidente que detrás de los grandes movimientos de migración generadores de crisis existen dos crímenes graves, el de tráfico ilícito de migrantes y el de trata de personas, que generan muchas dudas sobre quién es responsable, no tanto de combatir el crimen, sino de proteger a las víctimas de dichos crímenes. El tema genera mucha polémica, pero ya se ha ido aplicando en algunas intervenciones desde el 2005, como en el caso de Libia¹¹⁵ y actualmente en Siria. El dilema de salvar a las poblaciones que son víctimas de sus propios Estados se plantea, y consideramos que el concepto de responsabilidad de proteger como una responsabilidad moral de prestar ayuda a la población vulnerable víctima de crímenes que atentan contra la dignidad humana, puede ayudarnos a avanzar en el desarrollo de una verdadera responsabilidad jurídica en esos temas.

Al respecto, es importante destacar que el tráfico ilícito y la trata de personas son delitos distintos con arreglo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos relativos a la

¹¹⁵ UN Security Council Resolution 1973, U.N. Doc. S/RES/1973 (2011), [Authorizing intervention in Libya], 4, 6.

trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes. Mientras que los traficantes facilitan el traslado de personas por cauces irregulares a través de las fronteras internacionales, lo que constituye un negocio ilícito, los implicados en la trata recurren a la fuerza, la coacción o el engaño para someter a esas personas a diversas formas de explotación, como la explotación sexual y el trabajo forzoso. Aunque es difícil obtener cifras exactas, el riesgo de caer en la trata de personas aumenta considerablemente en los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes.

3.3.4. Elementos de la responsabilidad de proteger

Como se mencionó anteriormente, la responsabilidad de proteger hace hincapié en el proceso y el resultado de la acción frente a la inacción y establece vínculos conceptuales, normativos y operacionales entre la asistencia, la intervención y la reconstrucción. Por ello la CIISE dividió la responsabilidad de proteger en la "responsabilidad de prevenir", la "responsabilidad de reaccionar," y la "responsabilidad de reconstruir", elementos que fueron ratificados en el Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005.

Se considera que la prevención de conflictos debería ser la esencia misma de la responsabilidad de proteger. Tal como lo indica el propio concepto, la responsabilidad de prevenir corresponde al Estado. Sin embargo, como generalmente los conflictos, aunque sean internos, tienen consecuencias internacionales, la responsabilidad de prevenir requiere el apoyo de la comunidad internacional. En el informe de la CIISE se destaca que la prevención puede consistir en el respeto de los derechos del hombre, garantizar el estado de derecho, en misiones internacionales, esfuerzos de mediación, puede ser incluso el uso de medidas coercitivas o punitivas¹¹⁶.

Para la CIISE la responsabilidad de prevenir ya está consagrada en el artículo 55 de la *Carta de las Naciones Unidas* que señala expresamente que es necesario "crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para asegurar las naciones de las relaciones de paz y amistad". Así pues, la Carta es

¹¹⁶ CIISE, *cit.*, p. 21.

la base para una prevención de conflictos integral y de largo plazo que lleva a un concepto ampliado de la paz y la seguridad¹¹⁷.

En ese sentido, lo que se propone es más bien un cambio de mentalidad, un cambio de una "cultura de reacción" a una "cultura de la prevención", por lo que las condiciones esenciales para la prevención serían: (i) las alertas tempranas¹¹⁸; (ii) las herramientas preventivas; (iii) la voluntad política¹¹⁹.

En un informe presentado a la Asamblea General de la ONU el 12 de enero de 2009, titulado "Hacer efectiva la responsabilidad de proteger", el Secretario General destacó que la responsabilidad de prevenir incluye que los Estados deben hacerse partes en los instrumentos internacionales pertinentes en materia de derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho de los refugiados, así como en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, además de integrarlos a su legislación nacional¹²⁰.

Aunque siguiendo a la CIISE, el punto de partida siempre debe ser el de la no intervención, la "responsabilidad de proteger" implica también la responsabilidad de reaccionar ante situaciones en las que la protección de los seres humanos es una necesidad apremiante. "Cuando fallan las medidas preventivas para resolver el problema o para evitar que la situación se deteriore, y cuando un Estado no puede, o no quiere poner remedio a la situación, las medidas intervencionistas pueden ser necesarias, incluyendo la acción militar"¹²¹.

Es en este punto en el que la responsabilidad de proteger justifica la intervención, la cual es vista como una medida excepcional, aunque sigue sin saberse a ciencia cierta en qué momento la comunidad internacional está justificada para intervenir. La CIISE simplemente menciona que son precisamente las circunstancias excepcionales las que hacen surgir el interés de todos los Estados a mantener un orden internacional y los obliga a reaccionar cuando todo orden desapareció dentro de un país o de un conflicto civil y la represión adjuntas

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 25.

¹¹⁸ Sobre este tema ver Anexo 1 del Informe del Secretario General "Hacer efectiva la responsabilidad de proteger", Resolución A/63/677, 12 de enero de 2009, <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/63/677>.

¹¹⁹ CIISE, *cit.*, p. 23.

¹²⁰ *Cit.*, p. 12.

¹²¹ CIISE, *cit.*, p. 33.

son tan violentos que la población civil se ve amenazada¹²². En el informe presentado a la Asamblea General de la ONU el 12 de enero de 2009, el Secretario General destaca que “cuanto más coherente, justo y fiable sea el funcionamiento de un sistema de reacción de las Naciones Unidas en esos casos, mayor será la confianza en la capacidad de la Organización de constituir una alternativa multilateral digna de crédito y ello contribuiría también a disuadir a los posibles autores de dichos crímenes o actos¹²³.”

Por último, según el informe de la CIISE, la responsabilidad de proteger no solo implica la responsabilidad de prevenir y de reaccionar, sino también la de reconstruir. En consecuencia, si la intervención militar se decide tiene que haber un compromiso genuino de contribuir para llevar la paz duradera y promover el buen gobierno y el desarrollo sostenible. “Los agentes internacionales deben restablecer la seguridad y el orden público, en colaboración con las autoridades locales, con el objetivo de transferir gradualmente la participación en el poder y la responsabilidad de reconstruir”¹²⁴.

Así, lo que se exige es la asistencia para la recuperación, la reconstrucción y la reconciliación, eliminando las causas del daño que la intervención pretendía atajar o evitar.

3.4. Hacia nuevas bases para la responsabilidad compartida

El 9 de mayo de 2016, el entonces Secretario General de la ONU, Ban Ki-Moon, presentó el informe titulado “En condiciones de seguridad y dignidad: respuesta a los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes”¹²⁵.

En dicho informe el Secretario General subrayó lo siguiente:

- Aunque los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes no son ningún fenómeno nuevo, las imágenes de los últimos años han sacudido la conciencia mundial;
- En todas las regiones las autoridades locales sufren dificultades para ofrecer servicios básicos a un gran número de recién llegados;

¹²² *Ibid.*, p. 36.

¹²³ *Cit.*, p. 31.

¹²⁴ CIISE, *cit.*, p. 43.

¹²⁵ Véase Asamblea General de las Naciones Unidas, “En condiciones de seguridad [...]”, *cit.*

- Si los últimos años nos han enseñado una lección es que los países no pueden resolver esos problemas por sí solos. Hay que fomentar la cooperación y la acción a escala internacional para hacer frente a los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes.

Siguiendo el planteamiento del Secretario General, las crisis migratorias solo pueden superarse si los Estados actúan conjuntamente y comparten la responsabilidad de manera más equitativa. De ese modo, según el Secretario General, el verdadero pilar de la responsabilidad compartida es la voluntad política, por lo que, según él, la resolución de las crisis depende del reparto de responsabilidades. Aunque el discurso del Secretario General está construido sobre una base puramente moral, en realidad, el llamado es a formular una obligación jurídica en el reparto de las responsabilidades. Para ello hace hincapié en el hecho de que todos los países se ven de alguna manera afectados por los desplazamientos masivos y, en ese sentido se debe reevaluar la forma en que se asumen las responsabilidades, tanto por las causas de los desplazamientos como por las consecuencias de los mismos¹²⁶.

De lo anterior se desprende que la responsabilidad compartida es en realidad un llamado a realizar acciones jurídicas concretas para que la carga de los grandes desplazamientos no recaiga en un solo Estado o grupo de Estados. El llamado es a la conciencia universal sobre el tema, pero también a la aplicación de instrumentos que ya están en vigor como el derecho internacional de los derechos humanos, humanitario, del trabajo y de los refugiados¹²⁷. Al respecto, se menciona:

Los Estados receptores no pueden satisfacer las necesidades esenciales de los refugiados por sí solos; otros Estados Miembros deberían compartir esta responsabilidad. Desde el comienzo de una fase de emergencia y hasta que se encuentren soluciones duraderas, se debe invertir en las capacidades de los refugiados, las autoridades locales y las redes y sistemas comunitarios, en

¹²⁶ *Ibid.*, párr. 36.

¹²⁷ *Ibid.*, párr. 59.

particular, para proteger a las mujeres y los niños. Los asociados locales y de la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales deben recibir el apoyo de los donantes y las organizaciones internacionales para desempeñar un papel más destacado en las respuestas humanitarias¹²⁸.

Igualmente, la responsabilidad compartida se traduce en compartir a los refugiados. Sin embargo, el reasentamiento no es un derecho de los refugiados, ni se realiza de forma automática, es decir que el haber sido reconocido como refugiado en un determinado país, no significa necesariamente que exista una razón válida para iniciar el procedimiento de reasentamiento hacia un tercer país¹²⁹. Según indica el informe del ACNUR titulado “Proyección de las necesidades globales de reasentamiento en 2017”, a pesar del aumento de las cuotas de reasentamiento por parte de algunos países, de la mayor capacidad de reasentamiento a nivel mundial y del incremento de casos propuestos, las necesidades de reasentamiento en todo el mundo continúan superando la capacidad actual, destacando que el número estimado de personas que necesitarán ser reasentadas en 2017 superará los 1,19 millones¹³⁰.

En ese sentido, pareciera que, tal y como en el caso de la responsabilidad de proteger, también se plantea un cambio de mentalidad sobre el papel que juegan los Estados en situaciones en las que los seres humanos están en condiciones de vulnerabilidad. Por ello, se exige que haya un compromiso más allá de la afectación directa o por la proximidad a los países de origen, lo cual ya se ha ido traduciendo en diversos acuerdos para compartir responsabilidades en ciertas materias, como la ambiental, y específicamente en materia migratoria como lo expondremos a continuación.

¹²⁸ *Ibid.*, párr. 76.

¹²⁹ Véase Manual de Reasentamiento del ACNUR,

<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/Publicaciones/2013/9138>.

¹³⁰ Véase, ACNUR, “Global resettlement needs”, 2017,

http://www.unhcr.org/protection/resettlement/575836267/unhcr-projected-global-resettlement-needs-2017.html#_ga=2.95975708.1479862806.1495574028-1073041068.1495219166, p. 13.

3.4.1. Responsabilidad común pero diferenciada

En materia ambiental, se ha ido desarrollando la denominada “responsabilidad común pero diferenciada”, la cual viene a transformar la idea de la igualdad soberana de los Estados puesto que apela a tomar en consideración, al momento de establecer las responsabilidades, la desigualdad económica entre los Estados¹³¹. “El derecho responde a la desigualdad económica mediante el desarrollo del concepto de trato diferenciado para compensar las inequidades mediante la modulación de las obligaciones convencionales que tiene en cuenta la desigualdad económica”¹³².

Para Kristin Bartenstein el principio de "responsabilidades comunes pero diferenciadas" es impreciso desde el punto de vista jurídico, puesto que la responsabilidad del Estado requiere un hecho internacionalmente ilícito, es decir, una violación por un acto (u omisión) atribuible a un Estado de una obligación internacional que se le impone. Por lo tanto, es necesario concluir del significado muy específico del término "responsabilidad" en el derecho internacional que el uso del término "responsabilidades" en materia ambiental es diferente a la responsabilidad del Estado. Así, para esta autora, la responsabilidad bajo el Principio 7 es más en el sentido moral y es una especie de responsabilidad *sui generis*, específica al derecho ambiental internacional¹³³.

Así pues, en el derecho ambiental internacional, el concepto de trato diferenciado se basa en el reconocimiento por los países desarrollados de su responsabilidad moral, mitigando así el carácter unilateral de las demandas de los países en desarrollo de tener en cuenta su situación económica. Además, la colaboración de los países en desarrollo es esencial para el éxito de los esfuerzos para combatir la degradación del medio ambiente¹³⁴.

Para algunos autores, la doctrina de la responsabilidad común pero diferenciada puede ser utilizada en derecho internacional de los refugiados. Por

¹³¹ Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Doc off AG NU, 1992, Doc NU A/CONF.151/26/Rev.1, vol I, 1993, 3.

¹³² Bartenstein, Kristin, « De Stockholm à Copenhague : Genèse et évolution des responsabilités communes mais différenciées dans le droit international de l'environnement », *McGill Law Journal*, vol. 56, núm. 1, 2010, p. 180.

¹³³ *Ibid.*, p. 194.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 227.

ejemplo, Hathaway y Neve abogan por una reformulación de las "reglas del juego" en materia de refugiados para que estén de acuerdo con la doctrina de la responsabilidad común pero diferenciada, con el objetivo de evitar crisis¹³⁵. Estos investigadores consideran que los Estados de una región específica reconozcan un compromiso común de contribuir a la protección de los refugiados, en analogía con la participación de los individuos en un sistema de seguros¹³⁶. Este reconocimiento común de la protección como cuestión internacional se equipararía con contribuciones diferenciadas, que tienen en cuenta las diferencias reales en las capacidades y circunstancias relativas de los Estados.

3.4.2. La responsabilidad durable

En los conceptos de solidaridad internacional, cooperación entre los Estados, responsabilidad compartida y responsabilidad de proteger, se encuentra subyacente una preocupación fundamental, basada en el ser humano, que es la de encontrar soluciones durables para evitar crisis, violaciones graves a los derechos humanos, desplazamientos masivos y cargas excesivas para algunos Estados. Podemos decir que, en términos generales, el llamado es hacia una responsabilidad durable que va más allá de la responsabilidad individual, pues se basa en los principios de comunidad y solidaridad. Tal vez, como lo dice Rendtorff "podemos observar una responsabilidad colectiva que va más allá de la responsabilidad singular de los individuos y nos enfrentamos a un desarrollo de esta responsabilidad más allá del Estado-nación hacia la responsabilidad comunal en el ámbito internacional de una comunidad cosmopolita"¹³⁷.

Por ejemplo, en la *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible* los Estados Miembros reconocieron los muchos beneficios de la migración y se comprometieron, en la meta 10.7 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, a cooperar internacionalmente para facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas. Al parecer el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y las metas de la Agenda 2030 para el

¹³⁵ Hathaway, James y Neve, Alexander, "Making Refugee Law Relevant Again: A Proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection" *Harvard Human Rights Journal*, 115, 1997, p. 141.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 145.

¹³⁷ Rendtorff, J. D, *cit.*, 2014.

Desarrollo Sostenible reduciría la necesidad de los migrantes de abandonar sus hogares en busca de mejores oportunidades al atajar algunas de las causas profundas de los movimientos involuntarios de refugiados y migrantes. También permitiría disfrutar de políticas de migración bien gestionadas, reduciría los costos de la migración e impulsaría la contribución de los migrantes y los refugiados a los países de origen y de destino por un igual.

Así pues, la responsabilidad durable se ha convertido en uno de los principales pilares para la construcción de la responsabilidad en materia migratoria. En efecto, la plena realización de la protección de los seres humanos en periodos de crisis migratorias y humanitarias depende en gran medida de que se encuentren soluciones duraderas a las situaciones que engendran dichos desplazamientos. Al respecto, Volker Türk propone las siguientes soluciones duraderas¹³⁸:

- Instaurar nuevas formas de determinación de grupos y el uso estratégico de la determinación del estatuto de refugiado, combinados con medidas de protección comunitaria y otras medidas, para garantizar un estatuto jurídico adecuado y al mismo tiempo identificar necesidades específicas de protección.
- Desarrollar aplicaciones más amplias y más consistentes de los principios de protección de los refugiados a través de las adhesiones y levantar las reservas a los instrumentos de refugiados pertinentes.
- Utilizar estrategias de protección para informar sobre los marcos para gobernar la migración y satisfacer las necesidades de los migrantes más vulnerables.
- Implementar procedimientos y sistemas fronterizos "sensibles a la protección" para recibir individuos que llegan en movimientos mixtos para garantizar la seguridad tanto de los refugiados como de las comunidades de acogida.

¹³⁸ Türk, Volker, "Prospects for Responsibility Sharing in the Refugee Context", *Journal on Migration and Human Security*, vol. 4, núm. 3, 2016, p. 54.

- Financiar los sistemas nacionales de asistencia sanitaria, educación y asistencia social para que también sirvan a los refugiados y garanticen el acceso de los refugiados a los derechos y servicios.
- Ampliar la programación en efectivo, junto con la asistencia en especie, los vales y los servicios, para ayudar a identificar y atender las necesidades de protección y bienestar social, crear medios de vida y facilitar soluciones a más largo plazo, como la repatriación voluntaria y la reintegración.
- Aumentar la autosuficiencia en los países de asilo, por ejemplo, al incluir a los refugiados en la planificación del desarrollo y facilitar su derecho al trabajo.
- Crear oportunidades de ingreso seguro y regular a terceros países mediante, por ejemplo, el reasentamiento, la admisión humanitaria, la movilidad laboral, la reunificación familiar, la evacuación médica y las visas y becas estudiantiles, así como aliviar o levantar barreras legales o requisitos administrativos para la admisión¹³⁹.

3.4.3. El Pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular

El 19 de septiembre de 2016, los dirigentes mundiales celebraron en la Sede de las Naciones Unidas la reunión plenaria de alto nivel de la Asamblea General sobre la respuesta a los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes. En la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, que se aprobó como documento final de la reunión, los Estados reconocieron la necesidad de reforzar la cooperación internacional en materia de migración e iniciaron un proceso de dos años de duración para elaborar dos pactos mundiales: un pacto mundial sobre los refugiados y un pacto mundial para una migración segura, ordenada y regular¹⁴⁰.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 57.

¹⁴⁰ UN Refugee and Migrants, “Consultation phase”, 2017, <https://refugeesmigrants.un.org/consultation-phase>.

Como resultado de esas consultas, y después de una reunión en Puerto Vallarta, México, del 4 al 6 de diciembre de 2017 para hacer un inventario¹⁴¹, los resultados se incorporaron a un primer borrador de un pacto mundial para la migración preparado por los co-facilitadores del proceso (Suiza y México), el cual fue utilizado como base para las negociaciones intergubernamentales, las cuales tuvieron lugar de febrero a julio de 2018.

Lo que destaca de las discusiones es la intención de encontrar una solución global a los problemas ligados con las migraciones internacionales, pero muy poca voluntad política para realizar concesiones. Destaca la salida de Estados Unidos del pacto antes de que iniciaran las discusiones intergubernamentales alegando que la actuación global que impulsa el pacto no es compatible con la soberanía de Estados Unidos y con la nueva política migratoria y de refugiados del país impulsada por el gobierno de Donald Trump. Más tarde otros países con evidente discurso anti-migrante dejaron el pacto, como Australia, Italia, Eslovaquia, Israel, Polonia, Bulgaria, República Checa, Chile, República Dominicana y Brasil¹⁴². Cabe destacar que los países que no lo ratificaron, lo hicieron movidos por tendencias políticas en materia migratoria. Lo preocupante de ese hecho es que se distorsionó completamente el objetivo del Pacto, llegando a decir incluso que la ONU quería obligar a los países a recibir más migrantes. Ese discurso se sigue usando en los países que sí ratificaron el Pacto, sobre todo por los partidos más conservadores quienes denuncian que las instancias internacionales decidirán sobre los asuntos internos de los Estados, lo cual está lejos de ser cierto. Lo que sí es cierto es que los Estados que suscribieron el pacto podrían hacerse reprochar que sus políticas migratorias no corresponden a los objetivos del pacto, o que no están haciendo lo suficiente.

No obstante, no es de menospreciar el hecho de que la gran mayoría de los Estados están de acuerdo en la importancia de tratar el tema migratorio de

¹⁴¹ UN Refugees and Migrants, “Stocktaking phase”, <https://refugeesmigrants.un.org/stocktaking-phase>.

¹⁴² Redacción, “Por qué Chile y República Dominicana rechazaron el pacto mundial sobre migración de la ONU”, BBC News Mundo, 11 de diciembre de 2018, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-46524358>, consultado el 5 de mayo de 2019.

forma global. De los 193 países que firmaron la Declaración de Nueva York, solo 164 ratificaron el Pacto mundial sobre las migraciones, lo cual es ya en sí algo histórico.

Al menos siete borradores fueron circulados para llegar a un acuerdo. Desde el primer borrador hasta el último, lo que destaca es la importancia que se le dio a cada uno de los términos utilizados con el fin de no comprometer a los Estados más de lo que ya están en virtud del derecho internacional. Además, muchas de las frases fueron modificadas para enfatizar que los Estados continuarán ejerciendo su competencia en materia migratoria, es decir, que no pierden su poder soberano de decidir quién entra y puede permanecer en su territorio. El documento final fue ratificado en Marruecos los días 10 y 11 de diciembre de 2018¹⁴³.

Nuestro análisis del texto final nos permite concluir que efectivamente, ninguno de los compromisos implica la pérdida de la soberanía de los Estados en materia migratoria. El propio documento establece su carácter no vinculante, destacando que “se basa en los valores de la soberanía del estado, la responsabilidad compartida, la no discriminación y los derechos humanos”. El lenguaje utilizado viene a confirmar que la lógica sigue siendo la misma y que se seguirá avanzando desde esa misma perspectiva. Lo único que nos da esperanza para sustentar nuestra tesis, es el discurso repetido a lo largo del documento de que la cooperación es necesaria. Para nosotros, ello implica un cierto reconocimiento de que la competencia estatal no es suficiente. Desde nuestro punto de vista, el Pacto constituye solo un instrumento de trabajo para acciones que se tienen que concretar en el futuro. Ese instrumento de trabajo en realidad vino a codificar, por un lado, las grandes problemáticas de las migraciones internacionales, detectadas desde hace mucho tiempo por investigadores y, por otro lado, el derecho internacional vigente en la materia.

¹⁴³ Véase « Global compact for safe, orderly and regular migration intergovernmentally negotiated and agreed outcome”, 13 de julio de 2018, https://refugeemigrants.un.org/sites/default/files/180713_agreed_outcome_global_compact_for_migration.pdf.

Algunos investigadores notan ya que hay varias áreas de controversia que podrían hacer fracasar el esfuerzo y que harán que el régimen jurídico no evolucione¹⁴⁴. En efecto, hasta ahora pareciera que el Pacto solo sirve para afianzar lo que los tratados en vigor ya prevén¹⁴⁵. Sigue entonces vigente el problema de considerar a toda la migración dentro del mismo enfoque. Nuestra tesis consiste precisamente en dejar de regular de esa forma las migraciones, y nuestra propuesta concreta es de considerar a los movimientos masivos de migración como un fenómeno que sigue otra lógica y que por lo tanto debe ser regulado de otra forma y en otro nivel de competencia.

3.5. Conclusión

La crisis migratoria en Europa y en la frontera entre México y Estados Unidos está lejos de ser resuelta y las preguntas sobre quién es responsable de qué siguen en el aire. Los casos de rescate de migrantes en el Mediterráneo o en su paso por México, nos hace plantearnos la cuestión sobre el tipo de responsabilidad que se está reclamando y la que realmente se está asumiendo. Evidentemente, el régimen internacional de responsabilidades de los Estados no fue construido con la intención de salvar a los migrantes de paso, sino con una visión mucho más amplia que, argumentamos, comprende a toda la humanidad pues está basado en un discurso de paz y seguridad internacionales.

Si, hasta el momento, las intervenciones internacionales se han hecho con la finalidad de preservar la paz internacional y proteger a ciertas personas cuyo Estado es fallido, lo que resalta de nuestro análisis, es que la respuesta de la comunidad internacional ha tenido que evolucionar para garantizar la protección y asistencia de las personas más vulnerables. Al preguntarnos, de quién es la culpa y quién debe responder, lo hicimos con la intención de mostrar la incoherencia del régimen, el cual, hasta el momento, no puede responder esas preguntas de forma satisfactoria ante la incapacidad o la falta de voluntad de

¹⁴⁴ Appleby, Kevin, “The Global Compact for Safe, Orderly, and Regular Migration: Will It Live Up to Its Name?”, *Center for Migration Studies*, <http://cmsny.org/publications/2018smc-cms-gcr/>.

¹⁴⁵ Véase el análisis realizado por Appleby, J. Kevin y Donald Kerwin, eds., *2018 International Migration Policy Report: Perspectives on the Content and Implementation of the Global Compact for Safe, Orderly, and Regular Migration*, New York: Scalabrini Migration Study Centers, 2018.

algunos Estados para asumir responsabilidades por expulsar o poner en peligro la vida de los seres humanos en movimiento.

Entre las inconsistencias observamos que el problema de la responsabilidad internacional deriva de la incapacidad de un Estado de proteger a sus ciudadanos, lo que lleva a tomar la decisión de buscar la protección en otro lado, es decir, las personas deben salir de sus países en virtud del propio derecho internacional, lo cual incluye de hecho el que las personas escojan el país en el cual realizarán una solicitud de protección. El régimen vigente establece una obligación muy amplia que permite atribuir obligaciones en materia de protección internacional tanto a los Estados de tránsito como a los de destino, e incluso a los organismos internacionales que intervienen, pero la responsabilidad de la comunidad internacional está limitada jurídicamente, pues la jurisdicción internacional es únicamente procedente en los casos de hechos internacionalmente ilícitos. Aunado a lo anterior, cuando se trata de movimientos masivos de personas, es más difícil determinar de qué tipo de violación son objeto pues todo depende del marco jurídico aplicable, puede ser coacción, persecución, violación de derechos humanos o del derecho internacional humanitario. Por último, los Estados de destino reclaman que la carga sea repartida o compartida, pero frecuentemente niegan que tengan una responsabilidad directa de recibir a flujos masivos de migración mixta.

Ante la incoherencia del régimen de responsabilidades, y considerando que las personas que se mueven en grupos desafían la lógica estatal y ante el dilema moral que su aceptación o expulsión implica, se han ido elaborando nuevas doctrinas, como la responsabilidad de proteger, o se ha insistido en valores o principios comunes como el de solidaridad y la responsabilidad compartida, con lo cual se hace un llamado a que toda la comunidad internacional responda por las fallas de los otros Estados, y ello con base en una “responsabilidad moral” que sería innata a la propia idea de “comunidad”.

El desafío consiste en desarrollar respuestas coherentes. Sin embargo, la coherencia perfecta no siempre es posible en el caso de las crisis humanitarias pues son múltiples las cuestiones en juego. No obstante, estamos convencidos

que los principios internacionales, aceptados y ratificados por la mayoría de los Estados, podrían llevarnos a la creación de un marco en el que se pueda exigir jurídicamente el cumplimiento de ciertos compromisos internacionales en materia migratoria. En efecto, los principios de soberanía, de no intervención, el régimen de responsabilidad internacional en materia penal y civil, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y el Estatuto de la Corte Penal Internacional pueden integrarse para la creación de dicho derecho. La ONU está en el núcleo de la posibilidad de crear una responsabilidad internacional en materia migratoria para los casos flujos masivos de migración mixta. El desarrollo por parte de la propia ONU de nociones como la solidaridad y cooperación internacional, la responsabilidad compartida y la responsabilidad de proteger, nos conduce a concluir que el camino está dado para la elaboración de una verdadera responsabilidad internacional en materia de flujos masivos de migración.

Ello se hace evidente con la ratificación del *Pacto Mundial para las migraciones seguras, ordenadas y regulares*, pues se hace un reconocimiento expreso de que un Estado o grupo de Estados no pueden hacer frente a las crisis solos. Parece evidente pues que, para llegar al ideal de una migración segura, ordenada y regular, al menos en el caso de movimientos migratorios masivos, la creación de una competencia internacional es indispensable. Como veremos en el próximo capítulo, la complejidad del derecho internacional ha llevado a que se concluya que existen obligaciones con respecto a toda la humanidad a partir de los principios de *jus cogens* y de *erga omnes*, por lo que la estructura vigente nos proporciona las bases para la construcción jurídica de la responsabilidad internacional ante los flujos masivos de migración mixta.

CAPÍTULO IV

LA GOBERNABILIDAD DE LAS MIGRACIONES INTERNACIONALES

Introducción

Jean-Pierre es un ciudadano haitiano quien, como miles de sus compatriotas, salió muy joven de su país en busca de oportunidades. Su sueño era trabajar para juntar dinero y regresar a Haití para ayudar a su familia, pero el terremoto de 2010 cambió sus planes, pues a partir de ese momento tanto él como los miles de haitianos fuera y dentro del país, se convirtieron en una población con necesidad de protección internacional. La comunidad internacional tuvo una respuesta de solidaridad con los haitianos enviando ayuda humanitaria a los que estaban dentro del país, pero muy pocos países se preocuparon por los ciudadanos que no podían regresar a su país. Ecuador, Chile y Brasil ofrecieron visas humanitarias a los haitianos, y Estados Unidos adoptó una política denominada *Temporary Protected Status (TPS)*. Ante las imágenes de horror que tuvo que presenciar a lo lejos, con profundo dolor y con gran impotencia al haber perdido a su familia y su casa en Haití, Jean-Pierre no tuvo más remedio que seguir la corriente migratoria hacia Brasil. Sin embargo, la vida en Brasil no fue lo que esperaba en cuanto a la calidad de vida y la remuneración de su trabajo, lo cual se agravó ante la crisis económica y política de dicho país. A principios de 2016, Jean-Pierre se quedó sin trabajo viviendo nuevamente la frustración, por lo que decidió seguir la oleada migratoria y dirigirse a Estados Unidos pasando por Perú, Ecuador, Colombia, Panamá, Costa Rica, Nicaragua, Honduras y Guatemala hasta llegar a la frontera norte de México, en donde, según la información con la que contaba, podría obtener una cita con las autoridades estadounidenses para solicitar la protección temporal. El recorrido por esos diez países le hizo entender que migrar en movimientos masivos es una cuestión de resistencia. En el camino, muchos de los que iban con él perecieron, a veces en circunstancias dramáticas debido al cierre de fronteras y al usar los caminos previamente trazados por los traficantes, lo que le hacía frecuentemente

preguntarse, ¿por qué en algunos países sí nos reciben bien y en otros no nos dejan pasar?¹

De la misma forma en Europa, Mayan Hassan, una migrante iraquí daba su testimonio en noviembre de 2015 cuando fue detenida en Bulgaria, como miles de otros migrantes que intentaban pasar por ese país para llegar a Alemania². Ella tuvo que salir de su país en una oleada migratoria debido a los ataques del Estado islámico sobre su etnia, de lo cual solo los más afortunados lograron escapar. Para llegar a Alemania, Mayan y su familia tenían que pasar por Turquía, Grecia y los Balcanes. Fue el anuncio de apertura a recibir refugiados de la canciller alemana, lo que llevó a los traficantes a proponer rutas. Algunos países de los Balcanes aceptaron el paso de los migrantes por sus territorios, pero Hungría, Croacia y Bulgaria cerraron sus fronteras. Este último país adoptó medidas más duras deteniendo a los migrantes como si se tratara de criminales. Al ser liberada, se dirigió con la oleada migratoria a la frontera Serbocroata en donde un cuello de botella se había formado. Al ver el horror, la desesperación y el sufrimiento de los miles de migrantes varados en las fronteras, y al haber presenciado la muerte de muchos de entre ellos en el camino, seguramente ella también se preguntaba ¿por qué en algunos países era más fácil pasar que en otros?

En los dos casos descritos se nota la incongruencia en el tratamiento de esas poblaciones. Esos migrantes van siguiendo la oleada migratoria y su ruta se va adaptando a las políticas abiertas o cerradas de los países de tránsito como lo expusimos en el primer capítulo. Por su parte, todos los países de tránsito le echan la culpa a los países que tienen políticas abiertas. Como cada país tiene competencia exclusiva para determinar quién puede entrar a su territorio, es lógico que no exista uniformidad en las políticas. La situación se agrava por las técnicas utilizadas para controlar los flujos migratorios: (i) el problema se desplaza a otros territorios, pero el problema de origen no es resuelto; (ii) las restricciones y las medidas para evitar la migración irregular, el cierre de fronteras, las detenciones, los procedimientos largos y complicados, así como la falta de voluntad política

¹ Entrevista realizada en la Casa del Migrante en Tijuana en enero de 2017.

² Historia relatada por Savio, Irene “Los Balcanes: cercas, policías, perros, gases lacrimógenos”, en *Europa ante la migración. El desafío del siglo XXI*, Proceso, edición especial 54, México, Febrero de 2017, pp., 18-20.

provocan urgencias humanitarias. Los únicos beneficiados con las políticas migratorias restrictivas parecieran ser los traficantes de migrantes, para quienes las migraciones masivas se han convertido en un negocio³.

La respuesta de los Estados con respecto a la criminalidad relacionada con la migración ha sido la adopción de nuevos tratados internacionales, pero no sobre la migración sino sobre el tráfico y la trata de personas. La realidad nos muestra, sin embargo, que a pesar de los esfuerzos internacionales, las crisis humanitarias relacionadas con el aumento de los flujos migratorios mixtos se vuelven cada vez más crueles y degradantes. Ya no es solo la responsabilidad de los Estados lo que se invoca, sino la toma de conciencia universal sobre los crímenes que se están cometiendo en contra de los migrantes en periodo de crisis.

Ante esa situación, consideramos que la crisis derivada del aumento de flujos migratorios se debe en gran parte a que las autoridades que tienen competencia para controlar la migración, proteger las fronteras, proteger a los ciudadanos no pueden ejercer sus funciones más que sobre las materias legalmente asignadas y dependiendo del nivel de gobernabilidad que les corresponde. Como el problema sobrepasa las fronteras, parece imposible realizar una gobernabilidad coherente. Creemos entonces que la problemática se debe plantear en términos de complejidad⁴, no solo del fenómeno migratorio, sino del régimen jurídico migratorio. En efecto, hasta el momento lo que podemos observar es la existencia de sistemas superpuestos que rigen el tema migratorio, pero no el tema de las crisis, lo que nos lleva a plantearnos la pregunta siguiente: ¿cómo la complejidad del régimen jurídico migratorio influye en las respuestas de los Estados y otros actores ante las crisis migratorias y humanitarias?

Para responder a esa pregunta, argumentamos que la pluralidad de regímenes paralelos, coexistentes o superpuestos, es consecuencia del régimen de competencias establecido según la lógica y las técnicas de cada nivel de gobernabilidad, lo cual, a partir del juego jurisdiccional, genera una tensión entre

³ Véase el estudio realizado sobre ese tema en Gammeltoft-Hansen, Thomas y Ninna Nyberg Sørensen, ed., *The migration industry and the commercialization of international migration*, Estados Unidos, Routledge, 2013.

⁴ Véase por ejemplo, Aggarwal, Vinod K., *Institutional Designs for a Complex World: Bargaining, Linkages and Nesting*, Ithaca, Cornell University Press, 1998; Young, Oran, "Institutional linkages in international society: Polar perspectives", *Global Governance* vol. 2, num. 1, 2002, pp. 1–24.

los diferentes regímenes en vigor, por lo que, al identificar las comunicaciones entre los diferentes sistemas podremos extraer las expectativas normativas generadas por los movimientos masivos de personas para integrarlas al derecho migratorio internacional. Precisamente, la crisis es el mejor momento para el replanteamiento del derecho migratorio internacional⁵.

Para sostener nuestro argumento, hemos elegido, por un lado, un marco teórico basado en la teoría de sistemas que nos permite entender la complejidad del régimen migratorio internacional y, por otro lado, un marco basado en los niveles de gobernabilidad a partir del concepto jurídico de competencia, el cual nos ayuda a entender de qué forma diferentes jurisdicciones pueden coexistir y regular un mismo fenómeno jurídico a partir de diferentes lógicas y técnicas.

Nuestro propósito es, entonces, resumir los grandes postulados del marco jurídico migratorio internacional vigente, en un contexto de complejidad, para explicar cómo se ha venido realizando la gobernabilidad de las migraciones a través de la definición y protección de los derechos de las personas involucradas en la migración, por un lado, y los derechos y obligaciones de los Estados en sus relaciones mutuas, por el otro. Por ello, una vez expuesto nuestro marco teórico, explicaremos las diferentes técnicas de regulación internacional en materia migratoria para mostrar la complejidad generadora de lagunas y de tensiones, lo que nos llevará a plantear como punto de partida para la reconstrucción del derecho migratorio internacional, la aceptación de las crisis y de los movimientos masivos de migración como comunicaciones jurídicas a partir de la lógica desarrollada por el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los refugiados.

4.1. Niveles de gobernabilidad y competencia en materia migratoria

Tradicionalmente, la migración ha sido considerada como un asunto nacional basado en el concepto de soberanía de los Estados. Como se analizó en el capítulo segundo, esa lógica se ha reforzado a partir del vínculo que se ha venido realizando entre la migración y la seguridad nacional. No obstante, desde

⁵ Al respecto, véase Charlesworth, Hilary, "International Law: A Discipline of Crisis," *The Modern Law Review*, vol. 65, núm. 3, 2002, pp. 377–392.

la creación de la Organización de las Naciones Unidas y como consecuencia de múltiples problemas transfronterizos, se han ido creando nuevas instituciones e instrumentos internacionales que, de forma directa o indirecta, regulan el fenómeno migratorio, tanto en tiempo de paz como en tiempo de crisis⁶.

Ahora bien, las crisis provienen precisamente de la forma en que se ha venido realizando la gobernabilidad, por lo que, con nuestra tesis, nos hemos propuesto ir al fondo del problema de gobernabilidad a partir del concepto jurídico de “competencia”, tal y como lo propone Mariana Valverde⁷ para entender mejor la forma en que se ejerce la gobernabilidad⁸. Al respecto, Valverde señala que los diferentes niveles de gobernabilidad (local, nacional o mundial) dependen no sólo del tamaño sino del tipo de prioridades establecidas para asignar una situación particular a una determinada tarea de gobierno⁹, es decir, todo depende de la lógica con la que se establecen los niveles para darle importancia a una situación y las técnicas utilizadas por el gobierno para hacer frente a dicha situación. Así, Valverde señala que las diferentes escalas o niveles de gobernabilidad podrían presentar lógicas diferentes e incluso contradictorias sobre un mismo fenómeno.

El análisis escalar permitiría entonces comprender por qué diferentes niveles, que utilizan lógicas diferentes, pueden coexistir en un mismo espacio¹⁰. Valverde agrega que el cambio de nivel se sostiene legalmente por el mecanismo

⁶ Betts, Alexander, “Introduction: Global Migration Governance”, en Betts, Alexander, ed., *Global Migration Governance*, Nueva York, Oxford University Press, 2011, p. 15.

⁷ Hemos traducido el término *jurisdiction* como « competencia », puesto que Valverde asegura que ese concepto no está relacionado ni con el territorio ni con el poder judicial, sino con la función administrativa. Es indispensable tener en cuenta que aunque existen similitudes en cuanto a la concepción de la jurisdicción en los sistemas de *common law* como en la tradición romano-germánica, las implicaciones prácticas son significativamente diferentes. Sin embargo, pareciera que la idea de jurisdicción se relaciona normalmente a la función jurisdiccional y no debe ser confundida con la competencia. Para un estudio detallado sobre el particular, véase Gabuardi, Carlos A., “Entre la jurisdicción, la competencia y el *Forum non conveniens*”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLI, núm. 121, enero-abril de 2008, p. 86.

⁸ Véase Valverde, Mariana, “Jurisdiction and scale: legal ‘technicalities’ as resources for theory”, *Social & Legal Studies*, vol. 18, núm. 2, 2009, pp. 139–157. La autora usa el término en inglés *governance*, el cual se traduce como “gobernanza”. Sin embargo, siguiendo un análisis realizado por José María Serna de la Garza sobre las diferencias entre gobernanza y gobernabilidad, hemos decidido utilizar el término “gobernabilidad” pues lo que queremos evidenciar es la forma en que se ejerce el gobierno por parte de un Estado, dejando a un lado la forma de gobernar un fenómeno por instancias privadas. Véase Serna de la Garza, José María, *Globalización y gobernanza: las transformaciones del Estado y sus implicaciones para el derecho público*, Capítulo II, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

⁹ Véase Valverde, Mariana, “Jurisdiction and scale...”, *cit.*, p. 147.

¹⁰ Valverde, Mariana, “Practices of Citizenship and Scales of Governance”, *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, University of California Press, vol. 13, núm. 2, 2010, pp. 232-234.

de la competencia. En otras palabras, la gobernabilidad jurídica siempre está regulada por ella misma. Así, la competencia fija los límites de la evolución del poder de las autoridades. Ello provoca múltiples efectos escalares y permite lógicas diferentes, incluso contradictorias, de los diferentes tipos de gobernabilidad¹¹.

4.1.1. La lógica del derecho migratorio por niveles

A lo largo de nuestra investigación, hemos podido demostrar que las crisis ponen de manifiesto la necesidad de llevar a otro nivel el debate de problemas que salen de la esfera nacional y que tienen que ver con el fenómeno migratorio, como lo es el terrorismo, el crimen organizado, la trata y tráfico de personas. A pesar de ello, el derecho migratorio sigue siendo una competencia esencialmente nacional, propia de los Estados, lo que deja de lado un tercer y hasta un cuarto nivel de gobernabilidad en materia migratoria, relacionado con el impacto que tienen los flujos masivos de migración mixta. Al respecto, destaca el trabajo que realizan tanto los gobiernos municipales como las asociaciones civiles a pesar de que no tienen competencia formal en materia migratoria.

La metodología propuesta por Mariana Valverde es pertinente en nuestro análisis de la gobernabilidad de las crisis migratorias puesto que el fenómeno migratorio es regulado no solo por niveles, sino también por competencias. De esta forma, la respuesta de los Estados a un asunto particular de migración está regulada principalmente por su derecho interno, pero también por sus obligaciones en muchas otras áreas, como el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los refugiados, entre otros. En cada categoría de migración, existe una compleja gama de acuerdos multilaterales, regionales, interregionales y bilaterales, con diferentes niveles de gobernabilidad que tienen más importancia en relación con algunas categorías de migración que otros. Por ejemplo, mientras que la protección de refugiados está regulada predominantemente a través de la gobernabilidad multilateral, la migración laboral altamente calificada está regulada predominantemente a través de la gobernabilidad bilateral. Además, en las

¹¹ Véase Valverde, Mariana, “Practices of Citizenship...”, *cit.*, pp. 238-239.

diferentes áreas de migración, diferentes autoridades del gobierno tienen diferentes grados de competencia¹².

4.1.1.1. El derecho migratorio nacional

La lógica del derecho migratorio se basa en dos conceptos fundamentales del Estado moderno: la soberanía y la protección del territorio¹³. En efecto, la autoridad de un Estado, basada en la idea clásica de la soberanía, no puede ser ejercida, en principio, más que en el territorio en el que se sitúa dicho Estado¹⁴. De este modo, las fronteras marcan los límites de los poderes del Estado para controlar quién puede entrar y permanecer en su territorio. Es precisamente la idea de “competencia” la que parece haber sido desarrollada para legitimar esa idea. Así, la competencia territorial funciona para hacer distinciones entre los seres humanos para categorizarlos como ciudadanos o extranjeros, y cuyo estatuto puede cambiar dependiendo de dónde se encuentren¹⁵.

Esa lógica es producto de la creación espacio-temporal de conceptos ligados, es decir, la noción del Estado soberano que protege un territorio delimitado por sus fronteras. Ahora bien, como la soberanía solo determina quién gobierna en dónde, nuestro análisis debe ir más allá, para comprender mejor el alcance del derecho migratorio, así como la forma en que se realiza la gobernabilidad de ciertos fenómenos migratorios¹⁶. Precisamente, la idea de exclusión da lugar a la escala espacial. En efecto, aun cuando las políticas de migración son creadas para asegurar el poder soberano del Estado, en la práctica existe una tendencia mundial a la extraterritorialidad, por lo que el control migratorio puede extenderse a lo largo de las rutas migratorias¹⁷. Entonces, el

¹² Cfr. Betts, Alexander, “Introduction...”, *cit.*, p. 9.

¹³ Como lo explica Juan José Bremer, la idea de soberanía es la base del orden mundial contemporáneo, lo que legitima los actos nacionales y la no intervención de los otros Estados. Véase Bremer, Juan José, “De Westfalia a post-Westfalia: Hacia un nuevo orden internacional”, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013, p. 66.

¹⁴ Cfr. Del Vecchio, Giorgio, *L'état et le droit*, Paris, Dalloz, 1964, pp. 13-14; Thierry, Charles, *Les nouvelles perspectives de la souveraineté*, Paris, l'Harmattan, 2015, p. 10.

¹⁵ Véase por ejemplo Ford, Richard T., « Law's Territory: A History of Jurisdiction », *Michigan Law Review*, vol. 97, núm. 4, 1999, p. 899.

¹⁶ Véase Valverde, Mariana, “Jurisdiction and scale...”, *cit.*, p. 145.

¹⁷ Sobre este tema véase Basilien-Gainche, Marie-Laure, « Sécurité des frontières et/ou protection des droits », *Cités*, vol. 2, núm. 46, 2011, pp. 47-68.

control de la migración no se realiza únicamente en el territorio nacional, sino que se extiende a diversas zonas para impedir la entrada irregular o no deseada¹⁸.

4.1.1.2. El derecho migratorio internacional

El derecho internacional surgió como una forma de regular las relaciones entre los Estados a partir de los tratados de Westfalia, que pusieron fin a la guerra de los 30 años en Europa¹⁹. Como lo afirma Juan José Bremer “desde la perspectiva del derecho internacional, Westfalia creó las primeras bases de un sistema de Estados fundado en la soberanía, la territorialidad, la igualdad jurídica, entre los Estados y la doctrina de no intervención en los asuntos internos de un Estado soberano”²⁰.

En el mundo contemporáneo, el principio de base del derecho internacional se encuentra en el artículo 2 (4) de la Carta de las Naciones Unidas, que prevé lo siguiente: “Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.” En ese sentido, el derecho internacional se basa igualmente en la noción de soberanía, término que como ya vimos, se refiere a la plenitud de la competencia territorial para los asuntos internos.

No obstante, pareciera que en materia de protección de los seres humanos la tendencia sea la de responsabilizar a toda la comunidad internacional. En efecto, siguiendo la lógica del derecho internacional de protección del ser humano, la soberanía no puede justificar la violación sistemática de los derechos humanos dentro de un territorio²¹. Casi todos los Estados se han adherido a los instrumentos

¹⁸ Al respecto, véase Ryan, Bernard, “Extraterritorial Immigration Control: What Role for Legal Guarantees?” en Bernard, Ryan y Mitsilegas, Valsamis (ed.), *Extraterritorial Immigration Control: Legal challenges*, Boston, Martinus Publishers, 2010, pp. 36-37.

¹⁹ Cassese, Antonio, *International Law*, 2a. ed., Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2005, pp. 22 y ss.

²⁰ Bremer, Juan José, *cit.*, p. 30.

²¹ Véase Pérez León, Juan Pablo, “El individuo como sujeto de Derecho Internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, 200, pp. 140-144. Véase también Finnemore, Martha, “Rules of War and War of Rules: the International Red Cross and the Restrain of States Violence” en Boli, John & Thomas George M., *Constructing World Culture*, Stanford University Press, Estados Unidos de América, 1999, p. 152.

internacionales de compromiso con los derechos humanos, por lo que asumen el compromiso de responder por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas²².

Para Brian Opeskin, los principales pilares del derecho migratorio internacional son, en primer lugar, los derechos y deberes humanos de las personas involucradas en la migración, tal como se define en una variedad de instrumentos internacionales; y segundo, los principios y normas derivados de la soberanía del Estado, entre los que se encuentran el derecho a proteger las fronteras, conferir nacionalidad, salvaguardar la seguridad nacional, admitir y expulsar a los no nacionales y combatir el contrabando y el tráfico. Un tercer pilar sería el derecho que promueve la cooperación entre los Estados para gestionar el movimiento internacional de personas²³. Para ello, la lógica subyacente radica en que los Estados voluntariamente aceptan compromisos para garantizar y respetar los derechos humanos a las personas que se encuentran en su territorio²⁴.

Aunado a lo anterior, la aplicación del derecho internacional depende en gran medida de la ratificación que se haga en el derecho interno, de manera que un tratado internacional solo es vinculante si es reconocido por el derecho interno, por lo que toda la lógica del derecho migratorio sigue estando centrada en el Estado.

4.1.1.3. Las problemáticas de implantación a nivel local

Ya hemos visto que las personas que se desplazan de un país a otro, sea cual sea el motivo, están regidas principalmente por las políticas migratorias nacionales, las cuales no solamente regulan el flujo de personas, sino que deberían garantizar el respeto irrestricto de los derechos humanos de cualquier persona que se encuentre en el territorio, lo que implica que se deben prever las condiciones necesarias para que toda persona pueda ejercer plenamente sus

²² De los Santos, Miguel Ángel, “Derechos Humanos: compromisos internacionales, obligaciones nacionales”, en *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 12, julio-diciembre de 2008.

²³ Opeskin, Brian, *et.al.*, *Conceptualising international migration law*, Cambridge University Press, Estados Unidos, 2012, p. 6.

²⁴ Al respecto, véase por ejemplo el artículo 2 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* que dispone “Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

derechos²⁵. Como lo describe Miguel Ángel de los Santos, “esta obligación implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”²⁶.

Tal vez esa sea la parte más difícil de poner en práctica puesto que no se trata solamente de armonizar la legislación nacional con los instrumentos internacionales, sino que se requiere que en la práctica se refleje dicho compromiso. “A la adecuación de la Constitución debiera seguir, no sólo la adecuación de la legislación secundaria, sino también la creación del recurso ágil, sencillo y eficaz para la protección de los derechos tutelados, la promoción de los mismos y la creación o perfeccionamiento de las instancias, que también en forma eficaz, vigilen y protejan los derechos garantizados”²⁷.

En ese contexto, una vez que un migrante es admitido en un Estado, es decir que entra en su jurisdicción, el Estado debe atender una serie de necesidades para garantizarles el pleno disfrute de sus derechos. Entre otros, es necesario proporcionar educación, un lugar para vivir, la incorporación del sistema de salud y servicios sociales, etc. Todas estas prácticas son principalmente locales. Esto significa que incluso si los derechos son reconocidos internacionalmente, y se ponen en práctica a nivel nacional a través de políticas migratorias, en realidad es la autoridad local la que debe soportar el peso de tal recepción en el sistema.

En tiempo “normal”, es decir, cuando los flujos migratorios son ordenados y planificados, no hay un impacto que desestabilice, sino que simplemente las consecuencias locales se rigen por las disposiciones comunes, en el entendido de que las personas que se encuentran en una determinada localidad deben contribuir de alguna manera en ella. El problema se presenta cuando el flujo migratorio es desordenado, relacionado frecuentemente con los movimientos

²⁵ Véase artículo 2 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, así como los artículos 1.1. y 2 de la *Convención Americana sobre Derechos humanos*.

²⁶ De los Santos, Miguel Ángel, *cit.*

²⁷ *Ibidem.*

masivos de personas. Así, aunque es la autoridad nacional la que determina, de conformidad con el derecho migratorio en vigor, la permanencia o expulsión de un migrante, en la práctica son las comunidades locales en las que se encuentran esas personas las que hacen frente a cuestiones de orden humanitario para garantizar que tengan lo mínimo indispensable para sobrevivir: un lugar donde dormir, comida, ropa, atención médica, servicios sociales, trabajo, educación.

A este respecto, es importante recordar que, en general, los municipios y las asociaciones civiles y religiosas no tienen competencia en materia migratoria. Las acciones que realizan las hacen con base en las funciones que les están atribuidas o en los objetivos para los que fueron creadas, para lo cual cuentan con un presupuesto limitado, por lo que en situaciones que salen de la normalidad regularmente se declaran sobrepasadas. De ahí, el llamado constante de las localidades a la declaratoria de crisis humanitaria por parte del Estado y del consecuente llamado a la ayuda de la sociedad civil y de la comunidad internacional.

4.1.1.4. El principio de subsidiariedad en materia migratoria

Como nuestro análisis se basa en un marco teórico que reconoce la gobernabilidad por niveles, según la competencia de cada actor implicado, nos parece conveniente escudriñar el significado real del derecho estatal en relación con el derecho internacional, a partir de la idea de subsidiariedad. Al respecto, Pablo González Domínguez explica la subsidiariedad como punto medio entre el monismo y el dualismo en las relaciones internacionales. Para el monismo, el derecho internacional y el derecho nacional forman parte de un mismo ordenamiento jurídico universal, donde el primero es vinculante para todas las autoridades de los Estados, y, además, es jerárquicamente superior al segundo. Por su parte, la teoría del dualismo sostiene que el derecho internacional y el derecho nacional son dos ordenamientos jurídicos separados, cada uno supremo en sus respectivas esferas de competencia²⁸.

²⁸ González Domínguez, Pablo, “Reconfiguración de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional sobre la base del principio de subsidiariedad”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVII, 2017, p. 727.

El autor hace notar que en ambos casos existen paradojas que llevan a situaciones contradictorias, por ejemplo, que en un procedimiento internacional un Estado no puede invocar su derecho interno como justificación para el incumplimiento de sus obligaciones derivadas de un tratado, salvo en muy acotadas circunstancias; pero, al mismo tiempo, la obligatoriedad y la eficacia de las normas de derecho internacional, en los ordenamientos jurídicos nacionales, está esencialmente ligada al lugar que el derecho constitucional le otorga al derecho internacional, así como a los mecanismos internos que garanticen su posible aplicación. Así, para este autor en temas tales como los derechos humanos, no se puede argumentar que sea exclusivamente internacional o exclusivamente nacional²⁹.

En ese sentido, en materia de derechos humanos el autor define el principio de subsidiariedad como “el principio que reconoce la función del derecho y las instituciones internacionales para supervisar y asistir a los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos, pero que al mismo tiempo reconoce la existencia de amplios espacios de libertad del derecho y las instituciones nacionales para definir el alcance y los mecanismos institucionales de cumplimiento de dichas obligaciones”³⁰.

Aplicando estas ideas al derecho migratorio, se puede fácilmente comprender que se puede proteger tanto al ser humano como a la soberanía de los Estados, sin que ello implique necesariamente una paradoja. En efecto, a través de la subsidiariedad se puede explicar la complejidad del derecho migratorio el cual adquiere su significado en circunstancias específicas, por lo que su contenido puede ser legítimamente diverso en diferentes lugares y épocas históricas, y en diferentes regiones en un momento en particular. Como bien lo hace notar Pablo González Domínguez esta visión podría parecer contraria a la idea de que los derechos humanos son universales e inalienables³¹, pero, como veremos más adelante, la lógica sobre la cual se basan esos derechos no es la universalidad sino su aplicabilidad a situaciones concretas.

²⁹ *Ibid.*, pp. 727-728.

³⁰ *Ibid.*, p. 732.

³¹ *Ibid.*, p. 737.

El principio de subsidiariedad aplicado al derecho migratorio nos permite avanzar en nuestro análisis con el fin de evitar generalizaciones como el que el derecho internacional es superior al derecho nacional y que los Estados deben cumplir sus obligaciones internacionales, independientemente de su derecho interno, o que los Estados únicamente deben seguir su derecho interno, independientemente de sus obligaciones internacionales.

4.1.2. Técnicas de la regulación internacional de las migraciones

El marco teórico expuesto hasta ahora nos permite apreciar la complejidad del régimen a partir de la idea de la gobernabilidad por niveles. Hasta ahora, únicamente hemos expuesto la lógica de la construcción del derecho migratorio, pero para aterrizar nuestras ideas, es indispensable conocer exactamente los instrumentos y los actores que participan en esa gobernabilidad, puesto que el qué, el quién y el dónde nos permiten determinar el cómo de la gobernabilidad³².

4.1.2.1. Binacionalismo, regionalismo y transnacionalismo

Hasta ahora, ha quedado claro que el régimen jurídico de las migraciones no es exclusivamente nacional o internacional, y que además es complejo por la cantidad de áreas que el fenómeno toca de forma directa o indirecta. Por ello, muchas de las cuestiones relacionadas con dicho fenómeno se discuten o analizan a través de asociaciones para abordar colectivamente la migración: binacionalismo, regionalismo y transnacionalismo³³.

Lo interesante de ese tipo de asociaciones es el reconocimiento que los Estados han hecho de que el fenómeno migratorio no puede ser regulado de forma unilateral. Sin renunciar a la idea de la competencia exclusiva en materia de migración, los Estados han creado nuevas técnicas de regulación a través de acuerdos bilaterales entre un Estado receptor de migrantes y el Estado de origen o de tránsito, como los acuerdos entre la Unión Europea y Turquía para contener

³² Valverde, Mariana, "Jurisdiction and scale...", *cit.*, p. 145.

³³ *Cfr.* Betts, Alexandre, "Introduction..." *cit.*, p. 18.

las llegadas irregulares de flujos migratorios mixtos³⁴, así como el de Estados Unidos y México para cerrar la frontera sur de México y así reducir las entradas irregulares de los centroamericanos³⁵.

Por ejemplo, la Unión Europea ha desarrollado el llamado *Enfoque Global*, dentro del cual tienen acuerdos de asociación con terceros países que abarcan tres áreas de migración: migración circular, migración y desarrollo, y migración irregular. Mientras tanto, la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea han desarrollado asociaciones bilaterales con socios estatales africanos en áreas que van desde la readmisión hasta la migración circular³⁶.

Otra técnica ha sido la transferencia de ciertas competencias estatales a redes transnacionales que actúan más allá de las fronteras, compuestas por agencias ejecutivas, organizaciones internacionales y organismos judiciales, que los países desarrollados disgregan y reúnen de manera flexible. Ello ha sido criticado, pues permite a las agencias ejecutivas dirigir operaciones en el extranjero sin que están sujetas a la revisión judicial nacional³⁷.

4.1.2.2. Creación de categorías migratorias

A lo largo de nuestra investigación, hemos podido notar que la primera tendencia en materia de movimientos internacionales de personas es la categorización. Evidentemente, la primera diferenciación que surge con motivo de la constitución de los Estados como entes soberanos es la de nacionales y extranjeros. De ahí se han desprendido una serie de categorías para los extranjeros, dependiendo de sus motivos para entrar a un país³⁸. Así, existen los turistas, los residentes permanentes, los visitantes, solicitantes de asilo y los

³⁴ Véase Consejo Europeo, “Declaración UE-Turquía, 18 de marzo de 2016”, Comunicado de prensa 144/16, <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>.

³⁵ Véase Presidencia de la República, “Pone en marcha el Presidente Enrique Peña Nieto el Programa Frontera Sur”, <http://www.gob.mx/presidencia/prensa/pone-en-marcha-el-presidente-enrique-pena-nieto-el-programa-frontera-sur>.

³⁶ Véase Betts, Alexandre, “Introduction...”, *cit.* p. 20.

³⁷ Véase por ejemplo, Mann, Itamar, “Dialectic of Transnationalism: Unauthorized Migration and Human Rights, 1993-2013”, *Harvard International Law Journal*, vol. 54, núm. 2, 2013, p. 317.

³⁸ Véase, por ejemplo, Rosenblum, Marc R. y Cornelius, Wayne, “Dimensions of Immigration Policy”, en Rosenblum, Marc R. y Tichenor, Daniel, *The Oxford Handbook of the politics of international migration*, Nueva York, Oxford University Press, 2012, pp. 253-259.

refugiados³⁹. Cada una de estas categorías tiene un régimen particular y la gobernabilidad se realiza por niveles. Por otro lado, el efecto de la categorización es la limitación de los derechos de las personas en el tiempo, porque, por ejemplo, un refugiado será reconocido como tal solamente si las condiciones para ser considerado como tal permanecen⁴⁰, y una persona que ha obtenido algún tipo de visa tiene la obligación de renovarla para evitar encontrarse en una situación migratoria irregular.

Para Alexandre Betts, la regulación de cada categoría se realiza a través de una operación de costo-beneficio. Si esos costos o beneficios son repartidos entre varios actores, entonces la regulación de la migración será internacional⁴¹. Así, por ejemplo, la migración laboral altamente calificada produce más beneficios que costos y ello exclusivamente para el Estado receptor y el Estado emisor. Por ello, la gobernabilidad de la migración altamente calificada no puede darse de forma multilateral, sino bilateral. En cambio, los refugiados son considerados como de interés universal, por lo que la regulación se realiza a menudo a través de instancias internacionales. Por lo que el nivel de gobernabilidad dependerá en gran medida de cómo se decida realizar el control migratorio, es decir, si se realiza exclusivamente con los medios creados por el Estado, o si se involucra a instancias internacionales y a organismos de la sociedad civil.

4.2. La complejidad del régimen aplicable en caso de crisis migratoria

De lo que hemos venido desarrollando hasta ahora, es claro que no existe un marco de gobernabilidad global coherente o unificado para las diferentes áreas que implican las migraciones internacionales. Por ello, cuando surgen nuevos desafíos, como las crisis migratorias, se hace necesario reevaluar el régimen aplicable. Lo primero que hay que hacer es detectar las diferentes lagunas de protección, como las relacionadas con las crisis migratorias y humanitarias, lo cual, argumentamos, no se puede hacer más que a partir del estudio del fenómeno como un sistema social complejo.

³⁹ Cfr. Bedford, Richard, "Contemporary patterns of international migration", en Opeskin, Brian, *et.al.*, *Conceptualising international migration law ... cit.*, p. 20.

⁴⁰ Cfr. Appave, Gervais, "Emerging legal issues in international migration", en Opeskin, Brian, *cit.*, p.412.

⁴¹ Betts, Alexandre, *Global Migration... cit.*, p. 313.

Un sistema complejo es un sistema con una gran cantidad de elementos, bloques de construcción o agentes capaces de interactuar entre sí y con su entorno⁴². Tres conceptos principales describen diferentes aspectos de la complejidad: (i) las instituciones entrelazadas; (ii) regímenes paralelos; (iii) regímenes superpuestos (competencia sobre el mismo problema)⁴³. El primer paso consiste entonces en identificar el régimen jurídico aplicable y las autoridades o instituciones involucradas en la gobernabilidad.

Como ya se ha mencionado, la proliferación de acuerdos internacionales en materia migratoria o que tocan asuntos migratorios, multiplica la cantidad de actores y reglas relevantes para cualquier toma de decisión. Según los estudiosos del tema de la complejidad en las relaciones internacionales, si las preferencias de los Estados involucrados son similares, estos se coordinarán para crear un conjunto claro de reglas, de lo contrario, la ambigüedad persistirá, permitiendo a los países seleccionar la interpretación que mejor satisfaga sus intereses. Lo anterior se debe a que los Estados pueden seleccionar qué reglas seguir, así como sus políticas de implementación para la definición de acuerdos internacionales y el significado mismo de los acuerdos internacionales⁴⁴.

Alter y Meunier identifican tres tipos de estrategias interinstitucionales: compra de foro, cambio de régimen, e inconsistencia estratégica. En la compra del foro, el Estado selecciona estratégicamente el lugar para obtener una decisión provisional favorable para un problema específico. “Al crear una inconsistencia estratégica, los actores intencionalmente crean una regla contradictoria en un lugar paralelo para ampliar su latitud al elegir qué regla o interpretación seguir. En el cambio de régimen, los actores pueden usar la compra del foro, la inconsistencia estratégica u otras estrategias con el objetivo final de redefinir el contexto político más amplio para finalmente remodelar el sistema de reglas en sí mismo”⁴⁵.

⁴² Alter, Karen J. y Meunier, Sophie, “The Politics of International Regime Complexity”, *Perspectives on politics*, vol. 7, núm. 1, Marzo 2009, p. 14.

⁴³ Betts, Alexander, “The Refugee Regime Complex”, *Refugee Survey Quarterly*, vol. 29, núm. 1, 2010, p. 20.

⁴⁴ Alter, Karen J. y Meunier, Sophie, *cit.* p. 16.

⁴⁵ *Ibid*, p. 17.

Así pues, pensar las crisis migratorias y humanitarias en términos de la complejidad del régimen aplicable implica estudiar las relaciones entre los diferentes actores. Estudiar las crisis de esa forma, nos lleva a considerar cómo las mismas personas que se encuentran dentro de un flujo migratorio pueden entrar en diferentes categorías, dependiendo de la jurisdicción en la que se encuentren, y cómo las decisiones de los migrantes en realidad dan forma a las estrategias y respuestas de los Estados⁴⁶. Por ejemplo, la respuesta general de la comunidad internacional sigue dividida por ideologías políticas, económicas, de seguridad y humanitarias, que en su mayoría se debaten en diferentes foros. Hasta hace poco, no existía una visión global del fenómeno migratorio, lo que en tiempo de crisis provoca más y más desordenes ante la falta de estrategia o de integración de enfoques, y la coordinación pareciera realizarse de forma desordenada. Además, existe una seria disyuntiva entre las expectativas del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, la Organización Internacional para las Migraciones y de las agencias internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario de trabajar de forma global y la capacidad institucional de estas organizaciones para garantizar los derechos humanos de migrantes y refugiados⁴⁷.

Así, las crisis migratorias y humanitarias pueden explicarse en términos de un régimen complejo, en el que las diferentes instituciones se superponen, coexisten y se entrelazan dando forma a las respuestas de los Estados ante las crisis, la cual podemos sintetizar así:

⁴⁶ Véase por ejemplo el análisis realizado por Chetail, Vincent, “The Human Rights of Migrants in General International Law: From Minimum Standards to Fundamental Rights”, *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 28, núm., 2013, *cit.*, pp. 91 y ss.

⁴⁷ *Cfr.*, Loescher, Gil, The UNHCR and World Politics: State Interests vs. Institutional Autonomy”, *International Migration Review*, vol.35, núm. 1, Marzo de 2001, p. 53.



4.2.1. La complejidad derivada de las entradas masivas de personas

Como se analizó en el primer capítulo, en periodo de aumento de flujos migratorios, es muy difícil determinar en un corto periodo de tiempo la categoría migratoria de las personas que se presentan en las fronteras. Muchos humanistas consideran que la llegada masiva representa en sí misma un problema humanitario y, en ese sentido, todas esas personas deberían ser consideradas como refugiados, sobre todo tomando en consideración que la calidad de refugiado es solo un reconocimiento de la situación de riesgo por parte de un Estado.

En las últimas crisis migratorias, los Estados han tenido mucho cuidado en el uso de la palabra refugiados, y a menudo se refieren a ellos como solicitantes de asilo. La terminología al momento de la gobernabilidad de las migraciones en situaciones de crisis efectivamente es importante, porque el sistema está construido a partir de categorías. Como hemos venido reiterando, desgraciadamente esa categorización es una de las principales causas de la existencia de crisis humanitarias en las fronteras. Lo anterior se explica porque en periodos de crisis es muy difícil determinar quiénes solo están huyendo y quiénes solo buscan mejores oportunidades. Como ha quedado expuesto, pareciera existir una tendencia, por parte de los investigadores, a considerar que todas esas

personas intentan escapar de una u otra forma, no solo de los peligros sino también de las dificultades de sus países, con economías débiles, alto desempleo, competencia creciente por recursos escasos y mala administración del gobierno.

En ese contexto, en situaciones de crisis migratorias, mientras no se les pueda reconocer o acordar un cierto estatuto, las personas que se mueven en flujos migratorios mixtos no pueden acceder al sistema migratorio basado en la lógica estatal. Sin embargo, puesto que no se puede simplemente decir que no hay regulación para esos casos, y tomando en consideración que los flujos migratorios mixtos durante su viaje enfrentan los mismos riesgos y las mismas violaciones de sus derechos humanos, los Estados no han tenido más remedio que crear regímenes paralelos. Se ha ido aceptando la imposibilidad de categorizar a todas las personas que se mueven en flujos masivos, lo que provoca una tensión y obliga a que se asuma una cierta responsabilidad, la cual no puede ser tratada desde el derecho migratorio nacional, por lo que se trata de realizar la gobernabilidad de los flujos migratorios mixtos a partir de otros sistemas, generalmente el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

Como lo explican Roger Zetter y James Morrissey, esta forma de gobernar implica la creación de nuevas categorías a partir de los derechos humanos que, si bien no es específica de la migración, es relevante y se invoca cada vez más en el contexto de la protección de los derechos de los migrantes forzados: protección subsidiaria, complementaria y temporal⁴⁸. Por lo tanto, existen derechos para todas esas personas, el problema es que es difícil determinar la jurisdicción y la competencia para garantizarlos.

4.2.2. La respuesta basada en la victimización

Otro de los elementos que tenemos que tomar en consideración en nuestro análisis de la complejidad del régimen jurídico migratorio es la tendencia a victimizar a las personas que se presentan en las fronteras. El problema de la victimización es que inmediatamente caen en el régimen de derecho humanitario,

⁴⁸ Zetter, Roger y Morrissey, James, « Environmental stress, displacement and the challenge of rights protection », en Martin, Susan F., *et. al.* (ed) *Humanitarian Crises and Migration: causes, consequences and responses*, Londres y Nueva York, Routledge, 2014, p. 180.

por lo que la responsabilidad recae en organismos no gubernamentales, desviando así la atención al problema de fondo, es decir, la incapacidad de gobernar esos flujos migratorios mixtos. En efecto, una cosa es aceptar que se trata de una cuestión de humanidad y que se debe garantizar la dignidad de las personas, y otra es desposeerlos completamente de la posibilidad de acceder a algún medio legal para regularizar su situación migratoria.

Para David Rieff, la victimización se debe en parte a que facilita el informe de los trabajadores humanitarios para recaudar los recursos necesarios y poder otorgar la ayuda necesaria a esas personas, de otra forma sería muy poca la colaboración. Muy a menudo, las notas periodísticas o los informes de esas organizaciones utilizan imágenes de madres con hijos o de niños en situación desesperada, con el objetivo de captar la atención internacional a un problema real. Así, por ejemplo, un periodista logró captar toda la atención internacional hacia la crisis migratoria en Europa, a través de una foto que muestra a un niño sirio ahogado en la playa de Turquía⁴⁹. Rieff critica esa forma de proceder porque si el sufrimiento de los niños es lo que empuja a la gente a donar, la acción humanitaria se vuelve cada vez menos defendible⁵⁰.

No obstante, no se puede negar que los flujos migratorios mixtos en periodos de crisis son vulnerables y que en parte su vulnerabilidad proviene de la construcción del sistema jurídico migratorio a partir de la lógica basada en la soberanía del Estado, es decir del papel atribuido a los Estados como guardianes de las fronteras y protectores de los derechos humanos de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, y de una tendencia a limitar ciertos derechos dentro de un contexto de ciudadanía. Así, se considera que las personas que no son de la competencia del Estado se encuentran fuera de la comunidad y, sobre esa base, se les pueden negar los derechos sustantivos y de procedimiento⁵¹, haciéndolas más vulnerables.

⁴⁹ Gunter, Joel, “La historia detrás de la dramática foto de Alan, el niño ahogado en Turquía”, *BBC Mundo*, 6 de septiembre de 2015, http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/09/150905_internacional_migrantes_foto_alan_impacto_egn, consultado el 8 de mayo de 2019.

⁵⁰ Rieff, David, *L’humanitaire en crise*, Paris, Le Serpent à plumes, 2004, p. 32.

⁵¹ Goodwin-Gill, Guy S., “International Law and Human Rights: Trends Concerning International Migrants and Refugees”, *The International Migration Review*, vol. 23, núm. 3, 1989, p. 526.

Por ello, como lo expondremos en el próximo capítulo, consideramos que la única forma de no victimizar, al tiempo que se reconoce la vulnerabilidad de los flujos migratorios mixtos en periodos de crisis migratorias y humanitarias es dignificando a dichas personas, a través de la responsabilidad de sus propios actos y otorgándoles los medios necesarios para asumir esa responsabilidad.

4.2.3. El juego de la jurisdicción y de la competencia

La complejidad del derecho migratorio internacional pareciera ser un juego que todos los actores involucrados han aprendido a jugar, lo cual incluye a los propios migrantes. El juego consiste en otorgar ciertas competencias relacionadas con la materia migratoria a diferentes autoridades para poder elegir la forma en que una determinada situación será gestionada sin entrar en un debate moral de fondo. Para Mariana Valverde, el juego de la jurisdicción sirve para evitar discusiones sobre qué tipo de gobierno es o no es apropiado en una situación dada⁵². Los migrantes por su parte, se adaptan al juego y aprenden a bailar el “tango jurisdiccional”⁵³, adaptando su actuación a los requerimientos del país de su elección. Como lo hemos venido exponiendo, algunas personas eligen ser completamente invisibles, es decir, no someterse a la jurisdicción de un Estado, y vivir de esa forma sin derechos, pues si realizan un reclamo de jurisdicción se arriesgan a ser deportados.

En época de crisis, el juego de la jurisdicción se hace más evidente cuando se usan múltiples tácticas, que van desde la aceptación de refugiados, las medidas de contención de la migración, las medidas para “salvar vidas” y las medidas de disuasión. Ello permite que los Estados mantengan un compromiso formal con el derecho internacional de los refugiados y al mismo tiempo evitan las responsabilidades asociadas⁵⁴. Pareciera que como el régimen internacional de los refugiados es demasiado estricto, es decir, que el Estado que recibe al refugiado en su territorio automáticamente tiene la responsabilidad legal total de

⁵² Valverde, Mariana, *Chronotopes of Law. Jurisdiction, Scale and Governance*, New York, Routledge, 2015, p. 84 y ss.

⁵³ Ford, Richard T., *cit.*, p. 856.

⁵⁴ Al respecto, véase por ejemplo, Gammeltoft-Hansen, Thomas y Tan, Nikolas F., “The end of the deterrence paradigm? Future directions for global refugee policy”, *Journal on Migration and Human Security*, vol. 5, num. 1, 2017, p. 31.

protegerlo, el juego de la jurisdicción consiste en impedir la entrada, en disuadir la migración e incluso en crear espacios de exclusión, como los campamentos de refugiados que, aunque se encuentran en una jurisdicción territorial de un Estado, en realidad se usan como una forma de desviar la competencia a ciertos organismos, creando así un tercer nivel de gobernabilidad, pero sin régimen de competencias específico, por lo que para algunos, las personas confinadas en realidad se encuentran excluidas del régimen nacional y en el limbo jurídico⁵⁵.

4.3 Interacciones y coexistencia en materia migratoria

Ha quedado claro que la regulación de la migración opera en diferentes niveles de gobernabilidad en los que no solo la cuestión espacial entra en juego, sino también la cuestión de la competencia, por lo que no existe propiamente un régimen jurídico migratorio único. La migración es entonces un fenómeno que abarca diferentes niveles de gobernabilidad que coexisten y que, al entrar en contacto, provocan efectos importantes sobre los seres humanos en movimiento. Por ello, consideramos pertinente realizar el análisis de la complejidad a partir de una visión sistémica para saber cómo se realiza la gobernabilidad y cuáles son las fallas a partir del reconocimiento de las expectativas de los actores implicados.

En un libro sobre la complejidad de las migraciones editado por Alexandre Betts, éste destaca la naturaleza transversal del fenómeno migratorio, debido a que la migración se conecta de diferentes maneras con los mandatos de muchas organizaciones internacionales desde perspectivas diferentes. Así, la migración no es solo el dominio de las organizaciones más obvias como la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), sino que también se cruza con el trabajo de otras agencias menos obvias, como la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos; el Fondo de Población de las Naciones Unidas y hasta el Banco Mundial. La existencia de tantos actores cuyo trabajo se relaciona con la migración hace que

⁵⁵ *Cfr.* Amaya-Castro, Juan M., “International Refugees and Irregular Migrants: Caught in the Mundane Shadow of Crisis”, en M.K. Bulterman and W.J.M. van Genugten (eds.), *Netherlands Yearbook of International Law*, Países Bajos, Asser Press, 2013, p. 75-76. Véase también Appave, Gervais, “Emerging legal issues in international migration”, en Opeskin Brian, *cit.*, pp. 409-410.

la coordinación interinstitucional sea aún más compleja⁵⁶. A lo largo del libro se demuestra cómo en la mayoría de los casos, esas instancias no solo interactúan, sino que se superponen, como en el caso del régimen de derechos humanos con el régimen de refugiados y de éste con el derecho internacional humanitario, como veremos más adelante.

El punto es que la existencia de diferentes instrumentos no quiere decir que el sistema no funcione, sino que, en el afán de buscar soluciones a ciertos fenómenos, la interacción puede ocasionar resultados catastróficos como las crisis humanitarias. De ahí que, como lo afirma Alexander Betts, la coexistencia de regímenes puede provocar caos. Según él, esto se debe principalmente a que los Estados se conciben como actores que participan en la delegación de tareas a organizaciones internacionales para satisfacer sus preferencias, por lo que no solo escogen el foro que más les conviene, sino que incluso pueden cambiarlo o adecuarlo a sus intereses⁵⁷.

La gran complejidad de las migraciones se hace evidente cuando se trata de movimientos masivos. Fue precisamente por los movimientos masivos de migración que generó la segunda guerra mundial que fueron creados el ACNUR y OIM. Esos dos organismos han evolucionado y su existencia sigue siendo justificada, pero sus roles respectivos son constantemente cuestionados por la misma complejidad de las migraciones. Al no tener suficiente competencia y recursos financieros, otras organizaciones internacionales suelen jugar un rol de gestión de las migraciones o de las consecuencias humanitarias, en periodos de grandes aumentos de flujos de migración, como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Comité Internacional de la Cruz Roja.

En el marco de las discusiones sobre el *Pacto Mundial sobre las migraciones seguras, ordenadas y regulares* y del *Pacto Mundial sobre Refugiados*, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Filippo Grandi, y el Director General de la Organización Mundial para las

⁵⁶ Betts, Alexandre, "Introduction...", *cit.* p. 17.

⁵⁷ Betts, Alexander, "Regime Complexity and International Organizations: UNHCR as a Challenged Institution", en Betts, Alexander, ed., *Global Migration...*, *cit.*, p. 75.

Migraciones, Antonio Vitorino, emitieron una carta-compromiso, en la que se definen sus roles respectivos ante movimientos masivos. Destacan los puntos siguientes:

- Se deja claro que la terminología es importante, por lo que los Refugiados y las personas con evidente necesidad de protección internacional son de la competencia del ACNUR, en tanto que los demás migrantes, aunque se encuentren en situaciones de vulnerabilidad, son de competencia de la OIM.

- Se reconoce que no todos los desplazamientos son mixtos. En ese sentido, si la mayoría de las personas en movimiento son evidentemente refugiados o con necesidad de protección internacional, entonces el ACNUR deber dirigir las operaciones y la OIM colaborará bajo sus instrucciones, sobre todo por lo que se refiere a la repatriación voluntaria. En el caso de que los movimientos de personas incluyan mayoritariamente migrantes económicos, entonces la OIM dirigirá las operaciones y el ACNUR actuará bajo sus instrucciones. Sin embargo, cada agencia es responsable de las personas que caigan dentro de su competencia.

- En caso de que se trate de flujos migratorios mixtos, ambas agencias trabajarán juntas, para lo cual desarrollarán una plataforma de coordinación, no solo entre ellas, sino incluyendo otras agencias internacionales u organizaciones humanitarias.

El que hayan tenido que aclarar sus roles, nos da una idea de la complejidad del tema. El que se insista en la necesidad de categorizar a las personas en movimiento para poder ejercer su competencia, tampoco es de extrañar, pues la supervivencia de esas dos organizaciones depende en gran medida de esas distinciones, además de que ha sido la única forma de ir avanzando en la agenda de gobernabilidad mundial de las migraciones, pues la comunidad internacional parece aceptar la cooperación en materia migratoria únicamente en ciertas situaciones. Aunque en esa carta-compromiso todo pareciera lógico, aún quedan muchos temas pendientes, pues esos organismos actúan en el seno de una organización internacional y solo pueden intervenir si sus mandatos se los permite, o si cuentan con los recursos suficientes para

hacerlo. Por eso, nos parece pertinente recordar la lógica detrás la creación de esos dos organismos y sus mandatos específicos evolutivos, pues nuestra propuesta concreta incluye la ampliación de dichos mandatos.

4.3.1. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)

El ACNUR fue creado en diciembre de 1950 con motivo de la crisis de refugiados europeos después de la segunda guerra mundial, por lo que el mandato del ACNUR al momento de ser creado era únicamente ayudar a esos refugiados⁵⁸. Para Gil Loescher, el ACNUR fue creado por los gobiernos occidentales de manera que no representara una amenaza para su soberanía ni les impusiera nuevas obligaciones financieras⁵⁹. Poco a poco el mandato del ACNUR fue evolucionando con motivo de los desplazamientos provocados por la Guerra Fría. Con frecuencia, también se solicitó al ACNUR que participara en operaciones para el mantenimiento de la paz. En respuesta, el ACNUR amplió sus servicios a una gama mucho más amplia de personas que necesitaban asistencia, incluidos los repatriados, los desplazados internos, las poblaciones afectadas por la guerra, las víctimas de expulsiones masivas y los solicitantes de asilo no reconocidos, así como los refugiados.

El mandato del ACNUR está definido en el *Estatuto del ACNUR* de 1950⁶⁰. En el 2003, la Asamblea General de la ONU extendió el mandato del Alto Comisionado “hasta que se resuelva el problema de los refugiados”. Por consiguiente, el ACNUR se ha expandido en muchos sentidos. Para Michael Barnett este es un avance positivo en la medida en que la comunidad internacional se preocupa ahora por las causas y los remedios de los pueblos desplazados, independientemente de que un individuo haya cruzado una frontera internacional⁶¹.

⁵⁸ Al respecto, véase Loescher, Gil, *cit.*, p. 34.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 35.

⁶⁰ “Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados”, adoptado por la Asamblea General en su resolución 428 (V), de 14 de diciembre de 1950.

⁶¹ Barnett, Michael, “Humanitarianism with a Sovereign Face: UNHCR in the Global Undertow”, *International Migration Review*, vol. 35, núm. 1, 2001, pp. 246.

También es significativa la relación del ACNUR con el sistema más amplio de la Organización de las Naciones Unidas, pues actúa bajo la autoridad de la Asamblea General y el Consejo Económico y Social. Así pues, según el *Estatuto del ACNUR*, su mandato es de proporcionar protección internacional, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, a los refugiados que reúnan las condiciones previstas en dicho Estatuto, y de buscar soluciones permanentes al problema de los refugiados, por los medios siguientes:

- a) Promoviendo la conclusión y ratificación de convenios internacionales para proteger a los refugiados, vigilando su aplicación y proponiendo modificaciones a los mismos;
- b) Promoviendo, mediante acuerdos especiales con los gobiernos, la ejecución de todas las medidas destinadas a mejorar la situación de los refugiados y a reducir el número de los que requieran protección;
- c) Asistiendo a los gobiernos y a los particulares en su esfuerzo para fomentar la repatriación voluntaria de los refugiados o su asimilación en nuevas comunidades nacionales;
- d) Promoviendo la admisión de refugiados, sin excluir a los de categorías más desamparadas, en los territorios de los Estados;
- e) Tratando de obtener que se conceda a los refugiados permiso para trasladar sus haberes y especialmente los necesarios para su reasentamiento;
- f) Obteniendo de los gobiernos información acerca del número y la situación de los refugiados que se encuentran en sus territorios, y de las leyes y reglamentos que les conciernen;
- g) Manteniéndose en contacto permanente con los gobiernos y las organizaciones intergubernamentales interesadas;
- h) Facilitando la coordinación de los esfuerzos de las organizaciones privadas que se ocupen del bienestar social de los refugiados.

Destaca que, según su estatuto, la labor del ACNUR es humanitaria y social. Sin embargo, para poder tener una representación en un país en el que residen los refugiados, el ACNUR tiene que contar con la autorización de dicho

país, es decir, que primero se tiene que reconocer la necesidad de tener una representación. Por otro lado, destaca que las misiones en los diferentes países son cubiertas con contribuciones voluntarias, por lo que la ONU solo cubre los gastos de orden administrativo. Por lo tanto, el ACNUR debe negociar con una serie de Estados anfitriones de refugiados⁶². Alexandre Betts describe tres técnicas para influir en los Estados: (i) utilizando un vínculo temático para involucrarse en la política de los regímenes superpuestos; (ii) expandiendo el alcance de su trabajo a las áreas en las que otros trabajan concurrentemente; y (iii) recurriendo a superposiciones complementarias para mejorar la eficiencia de su trabajo⁶³.

La *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados* también identifica explícitamente al ACNUR como responsable de la supervisión de su implementación. En efecto, en virtud de dicha Convención, los Estados se comprometen a cooperar con el ACNUR en el ejercicio de sus funciones, en especial a ayudarlo en su tarea específica de vigilar la aplicación de la Convención. En este sentido, el ACNUR se erige en “guardián” de la Convención y promueve y supervisa su aplicación y cumplimiento. El ACNUR también celebra consultas mundiales para preparar su programa de trabajo, organiza cada año el *Diálogo del Alto Comisionado sobre los principales desafíos en materia de protección*, y publica directrices sobre protección internacional para clarificar la aplicación de la Convención⁶⁴.

A pesar del gran trabajo realizado hasta ahora por el ACNUR, los académicos no omiten señalar uno de sus principales retrocesos: la promoción de la repatriación como solución duradera. En realidad, el ACNUR propone tres soluciones duraderas a saber: la repatriación voluntaria, el reasentamiento y la integración. Esas prácticas han sido justificadas por el ACNUR como una medida humanitaria, considerando que es mejor para la mayoría de los refugiados regresar a sus hogares lo antes posible que permanecer en campamentos de refugiados en los que no tienen futuro. La crítica se basa en el hecho de que, por

⁶² Véase Loescher, Gil, *cit.*, p. 197.

⁶³ Véase Betts, Alexandre, « Regime Complexity... », *cit.* p. 79.

⁶⁴ Véase por ejemplo, UNHCR, ‘Agenda for Protection’, UN Doc. A/AC.96/965/ Add.1, 26 June 2002.

definición, esas personas no pueden regresar a sus hogares pues sus vidas corren peligro⁶⁵.

Lo que sí parece claro es que el rol del ACNUR está ligado a la lógica de la gobernanza de las migraciones basada en un orden internacional definido por un sistema de Estados soberanos. Todas las técnicas utilizadas por el ACNUR para proteger a los refugiados y a las personas de interés siempre toman en consideración la soberanía de los Estados⁶⁶. Notamos, sin embargo, que el rol del ACNUR ha evolucionado pues las migraciones no son las mismas que cuando fue creado y eso independientemente de los intereses de los Estados, pero con las limitaciones financieras que ellos mismos imponen⁶⁷.

De lo anterior se desprende que, en realidad la complejidad del régimen le ofreció al ACNUR la oportunidad de extender su mandato vinculando su mandato de protección hacia otras áreas problemáticas relacionadas con los refugiados, aunque el régimen de refugiados no haya sido modificado. Alexandre Betts justifica lo anterior por el hecho de que las conexiones institucionales entre diferentes regímenes hacen que sea más plausible para los Estados que exista una relación entre la protección de los refugiados y los demás asuntos. Sin embargo, estos intentos de vinculación no siempre han tenido éxito porque los Estados no han aceptado la idea de que los problemas de migración y de seguridad se reducirían a través de la protección de los refugiados⁶⁸.

4.3.2. La Organización Internacional para las Migraciones

Junto con el ACNUR fue creada una Organización Internacional para las Migraciones (OIM) en 1951, pero con un rol completamente diferente pues su objetivo es apoyar a los Estados receptores de migrantes. La Constitución de la OIM reconoce que la migración internacional comprende también la de refugiados, personas desplazadas y otras que se han visto obligadas a abandonar su país y

⁶⁵ Cfr. Loescher, Gil, *cit.*, pp. 46-47; Barnett, Michael, *cit.*, pp. 259-261.

⁶⁶ Barnett, Michael, *cit.*, p. 269.

⁶⁷ Véase el análisis detallado realizado por Lewis, Corinne, "UNHCR's Contribution to the Development of International Refugee Law: Its Foundations and Evolution", *International Journal of Refugee Law*, vol. 17, núm. 1, 2015, pp. 67-90.

⁶⁸ Betts, Alexander, "The Refugee Regime Complex", *Refugee Survey Quarterly*, vol. 29, núm. 1, 2010, p. 34.

que necesitan servicios internacionales de migración, por lo que debe existir una estrecha cooperación y coordinación entre los Estados, las organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales en materia de migraciones y refugiados, y que es necesario el financiamiento internacional de las actividades relacionadas con la migración internacional. En el cumplimiento de sus funciones la OIM actúa bajo mandato de los Estados interesados, de conformidad con las leyes, los reglamentos y las políticas de esos Estados. Para ello la OIM tiene las siguientes funciones:

- a. concertar todos los arreglos adecuados para asegurar el traslado organizado de los migrantes para quienes los medios existentes se revelen insuficientes o que, de otra manera, no podrían estar en condiciones de trasladarse sin asistencia especial hacia países que ofrezcan posibilidades de inmigración ordenada;
- b. ocuparse del traslado organizado de los refugiados, personas desplazadas y otras necesitadas de servicios internacionales de migración respecto a quienes puedan concertarse arreglos de colaboración entre la Organización y los Estados interesados, incluidos aquellos Estados que se comprometan a acoger a dichas personas;
- c. prestar, a solicitud de los Estados interesados y de acuerdo con los mismos, servicios de migración en materia de reclutamiento, selección, tramitación, enseñanza de idiomas, actividades de orientación, exámenes médicos, colocación, actividades que faciliten la acogida y la integración, asesoramiento en asuntos migratorios, así como toda otra ayuda que se halle de acuerdo con los objetivos de la Organización;
- d. prestar servicios similares, a solicitud de los Estados o en cooperación con otras organizaciones internacionales interesadas, para la migración de retorno voluntaria, incluida la repatriación voluntaria;

- e. poner a disposición de los Estados y de las organizaciones internacionales y otras instituciones un foro para el intercambio de opiniones y experiencias y el fomento de la cooperación y de la coordinación de las actividades relativas a cuestiones de migraciones internacionales, incluidos estudios sobre las mismas con el objeto de desarrollar soluciones prácticas.

Los recursos de la OIM son obtenidos mediante las contribuciones en efectivo de los Estados Miembros, sobre la base de un porcentaje acordado entre el Consejo y el Estado Miembro interesado, en lo que respecta a la Parte de Administración del Presupuesto; en lo que respecta a la Parte de Operaciones del Presupuesto, mediante las contribuciones voluntarias en efectivo, en especie o en forma de servicios de los Estados Miembros, de otros Estados, de organizaciones internacionales, gubernamentales o no gubernamentales, de otras entidades jurídicas o de personas privadas.

A diferencia del ACNUR, la OIM no es una agencia de la ONU, por lo tanto, no tiene una base normativa para su trabajo en la forma de un mandato o convenio. No obstante, la crisis migratoria mundial llevó a la ONU a celebrar un acuerdo con la OIM, mediante el cual la OIM se convirtió en una organización relacionada dentro del sistema de las Naciones Unidas⁶⁹, es decir que debe respetar los principios de la ONU, pero goza de una gran independencia y autonomía en su actuar. La OIM cuenta con 172 Estados Miembros, y con 8 Estados y numerosas organizaciones internacionales y no gubernamentales que gozan del estatuto de observador. Además, las mismas crisis provocaron que el número de representaciones de la OIM pasara de 119 en 1998, a más de 412 en 2017.

Ahora bien, destaca que la OIM es realmente un proveedor de servicios para los Estados, trabajando en proyectos específicos de acuerdo con solicitudes específicamente solicitadas por los Estados donantes. Entre los servicios que ofrece están el de mejorar la gobernabilidad de las migraciones a través de la

⁶⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas, “Acuerdo sobre la relación entre las Naciones Unidas y la Organización Internacional para las Migraciones” Resolución 70/296, julio de 2016.

investigación, recopilación de datos, cooperación técnica y asistencia operativa a los Estados, organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales y otras partes interesadas, a fin de crear capacidades nacionales y facilitar el diálogo y la cooperación internacional, regional y bilateral en cuestiones de migración⁷⁰.

En ese sentido, algunos consideran que la OIM trabaja más bien como una empresa privada, con muy poca visión propia⁷¹. Por lo que este también es un caso de técnica de gobernabilidad mundial creada por los Estados para consolidar su competencia en materia migratoria, no para delegarla.

No obstante, la OIM se ha abierto paso en el mundo de la gobernabilidad mundial de las migraciones. El objetivo declarado de la OIM es brindar respuestas a los crecientes desafíos migratorios actuales, al tiempo que promueve la cooperación internacional y el diálogo en la búsqueda de soluciones prácticas. Afirma ser el actor principal en el avance de la "gestión ordenada y humana de la migración", para lo cual adoptó cuatro objetivos clave: (i) ayudar a enfrentar los crecientes desafíos operacionales de la gestión de la migración; (ii) avanzar en la comprensión de los problemas de migración; (iii) fomentar el desarrollo social y económico a través de la migración y (iv) defender la dignidad humana y el bienestar de los migrantes⁷². Así, su mandato en realidad abarca todos los aspectos de la gobernabilidad de las migraciones, desde la protección de las fronteras hasta la prestación de asistencia humanitaria y la producción y difusión de conocimientos especializados sobre la migración.

4.3.3. La Cruz Roja Internacional

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) es una organización humanitaria neutral, independiente e imparcial, cuya misión es la de proteger y asistir a las víctimas de conflictos armados y otras situaciones de violencia en virtud de los *Convenios de Ginebra* de 1949 y sus Protocolos adicionales, así como de los Estatutos de la Institución –y los del Movimiento Internacional de la

⁷⁰ Véase Portal de internet de la OIM, <https://www.iom.int/es/proposito-de-la-oim>

⁷¹ Betts, Alexander, "Introduction...", *cit.*, p. 14.

⁷² Véase Elspeth Guild, *et. al.*, "IOM and the UN: Unfinished Business", *Legal Studies Research Paper*, Queen Mary University of London, School of Law, núm. 255, 2017, p. 3

Cruz Roja y de la Media Luna Roja— y las resoluciones de la Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja⁷³. En sus comienzos, funcionaba como iniciativa privada dirigida por particulares de nacionalidad suiza, muchas veces a pedido de los Estados; pero hoy en día el CICR goza de reconocimiento general, dentro de su categoría especial, como entidad con estatuto jurídico equivalente al de una organización internacional⁷⁴.

El CICR se esfuerza asimismo en prevenir el sufrimiento mediante la promoción y el fortalecimiento del derecho y de los principios humanitarios universales y es a partir de ese objetivo, que su actividad incluye a los migrantes y refugiados. En 2007, la Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja aprobó la Declaración “Juntos por la humanidad”, en la que se incluyó una sección sobre las preocupaciones de índole humanitaria que suscita la migración internacional⁷⁵. En esa declaración se tomó en cuenta las preocupaciones del CICR, especialmente por lo que se refiere a las personas desplazadas dentro del propio país, a las personas detenidas y a las personas que intentan restablecer el contacto con sus familiares a raíz de un conflicto armado. A raíz de esa Declaración, en 2009 la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (FICR) elaboró su Política relativa a la migración, en virtud de la cual se le otorga a la FICR el mandato de acercarse a los gobiernos con el fin de obtener acceso y trabajar con todos los migrantes, independientemente de su estatus, es decir, incluyendo a los irregulares. Los principios esenciales de la Política son: 1. centrar la atención en las necesidades y la vulnerabilidad de los migrantes; 2. incluir a los migrantes en los programas humanitarios; 3. ayudar a los migrantes a realizar sus aspiraciones, particularmente en el ámbito social, económico y cultural; 4. reconocer los derechos de los migrantes, independientemente de su condición jurídica; 5. vincular la asistencia, la protección de los migrantes y la intercesión humanitaria

⁷³ Véase Comité Internacional de la Cruz Roja, “Cometido y misión del CICR”, <https://www.icrc.org/es/quienes-somos/cometido-y-mision-del-cicr>, consultado el 19 de julio de 2019.

⁷⁴ Véase Comité Internacional de la Cruz Roja, “150 años de acción humanitaria”, <https://www.icrc.org/es/doc/who-we-are/history/150-years/index.html>, consultado el 19 de julio de 2019.

⁷⁵ Consejo de Delegados del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, resolución 5, “Migración internacional”, 24 de noviembre de 2007, www.icrc.org/es/download/file/5132/resol5.pdf

en su favor; 6. establecer asociaciones tanto entre Sociedades Nacionales como con asociados externos; 7. trabajar a lo largo de las rutas de migración; concienciación de los eventuales migrantes acerca de los riesgos de la migración, sin alentar, impedir o desalentar la migración; 8. ayudar a los migrantes que regresen a su país; 9. intervenir ante los desplazamientos de población; 10. aliviar la presión para emigrar en los países de origen⁷⁶.

La importancia de ese organismo internacional en periodos de crisis humanitarias es, por un lado, la gran representación que tiene en 191 países y, por otro lado, la capacidad de respuesta humanitaria que no depende exclusivamente de la voluntad del Estado receptor, sino de los recursos recabados en todo el mundo para realizar sus actividades. Sin embargo, por su propia naturaleza, este organismo interviene únicamente cuando existen evidentes necesidades humanitarias. A pesar de ello, la organización ha trabajado para intervenir en todas las etapas de los desplazamientos, desde que se inicia el movimiento hasta la ayuda a las comunidades receptoras quienes frecuentemente también asumen las consecuencias de las crisis⁷⁷.

4.4. Las tres vertientes de protección internacional de los derechos de la persona humana

Antonio Cançado Trindade ha consagrado su trabajo de investigación a demostrar que existe un derecho internacional de protección de la persona humana dividido en tres vertientes: el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de los refugiados⁷⁸.

⁷⁶ Véase Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, “Ficha de información sobre la migración”,

https://www.ifrc.org/PageFiles/89794/Migration%20Fact%20Sheet_SP.pdf

⁷⁷ Al respecto, véase el análisis realizado por Le Bihan, Stéphanie, “Respuesta a las necesidades de los migrantes en materia de protección y asistencia: enfoque del CICR respecto de la migración”, *International Review of the Red Cross, Migración y desplazamiento*, núm. 904, 9 de mayo de 2018, pp. 1-23.

⁷⁸ Por ejemplo Cançado Trindade, Antonio Augusto, *International Law for Humankind : Towards a New Jus Gentium*, Estados Unidos, Brill, 2013; Cançado Trindade, Antonio Augusto, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: Aproximaciones y Convergencias”, en ACNUR, *Diez Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados – Memoria del Coloquio Internacional*, San José de Costa Rica, UNHCR/IIDH, 1995; Cançado Trindade, Antonio Augusto, et. al., *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana: derechos humanos, derecho humanitario, derecho de los refugiados*, México, Porrúa, Universidad Iberoamericana, 2003.

Para este autor, aunque esas tres vertientes tengan orígenes diferentes y se encuentren esparcidas en múltiples instrumentos, en realidad tienen un mismo fin, es decir, responsabilizar a la comunidad internacional para la protección de los seres humanos, independientemente de la jurisdicción en la que estos se encuentren⁷⁹.

Para Cançado Trindade, el fenómeno contemporáneo de éxodos y flujos masivos de personas ha puesto en evidencia las necesidades apremiantes de protección y asistencia humanitaria, estimulando una mayor aproximación entre los derechos humanos, derechos de los refugiados y derecho humanitario. Esta aproximación, a su vez, contribuyó a ampliar la concepción de la protección debida de las víctimas, por lo que afirma que se ha venido pasando gradualmente de un criterio subjetivo de calificación de los individuos a un criterio objetivo centrado más bien en las necesidades de protección⁸⁰. A lo largo de este capítulo hemos visto cómo esos regímenes no solo coexisten, sino que se entrelazan para realizar la gobernabilidad por niveles de los flujos migratorios mixtos. En periodo de crisis migratorias, esos regímenes se funden para crear un solo régimen, el cual, siguiendo la idea de Cançado Trindade, se basa en las necesidades de protección.

El trabajo de Cançado Trindade es importante para demostrar la evolución del derecho internacional en materia migratoria, sin embargo, es indispensable comprender primero la lógica de cada una de esas tres vertientes de protección, ya que, como veremos a continuación, cuando se analizan de forma separada es muy difícil ubicar a los flujos migratorios mixtos como sujetos de esos derechos. En ese sentido, una de las pistas que exploramos en la presente investigación para la reconstrucción del derecho migratorio internacional es la consolidación de

⁷⁹ Véase Cançado Trindade, Antônio Augusto, “Derecho internacional humanitario y derecho internacional de los derechos humanos” y “Derecho internacional de los refugiados y derecho internacional de los derechos humanos”, en Buergethal, Thomas y Cançado Trindade, Antônio Augusto (comp.) *Estudios especializados de derechos humanos I*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, 1996, pp. 91 y ss. En esas contribuciones, el autor destaca que la lógica subyacente del derecho internacional de protección del ser humano se basa en consideraciones de humanidad, esto significa que uno y otro puedan aplicarse también simultánea o acumulativamente.

⁸⁰ Cançado Trindade, Antônio Augusto, “Derecho internacional humanitario...”, *cit.*, p. 71.

dichos regímenes, pero de forma evolutiva, es decir, con una visión del conjunto y no de cada uno por separado.

4.3.1. El derecho internacional de los derechos humanos

El régimen internacional de los derechos humanos tiene su origen a partir de la Segunda Guerra Mundial como un reconocimiento de la estrecha relación entre el respeto de dichos derechos y la estabilidad interna de cada país, pero también como un reconocimiento de que esos derechos deberían ser los mismos en todo el mundo. De ese modo, el surgimiento de los derechos humanos no está enfocado exclusivamente en la naturaleza y existencia misma de la persona y de su dignidad, sino con la idea de que un Estado debe garantizar dichos derechos⁸¹. En ese sentido, no es que se haya creado un derecho para los seres humanos, puesto que se considera que esos derechos son intrínsecos e inalienables, sino que se creó un sistema en el cual los Estados tienen que responder de una u otra forma por los abusos cometidos contra las personas que se encuentran dentro de su jurisdicción. La idea de soberanía, ciudadanía, jurisdicción y competencia juegan un rol importante para comprender el régimen de los derechos humanos en materia migratoria.

4.3.1.1. La lógica de la aplicación de los derechos humanos al derecho migratorio

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* es considerada como la fuente por excelencia de los estándares universales de protección a los derechos humanos, pues establece los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales básicos de los que todos los seres humanos deben gozar. Sin embargo, no se creó un régimen internacional, sino más bien la pretensión es que cada Estado tome las aspiraciones universales y las integre a su derecho interno⁸².

Como lo dice Pablo González Domínguez, “la universalidad propuesta en la Declaración Universal no era sinónimo de homogeneidad, sino de pluralismo

⁸¹ Cfr. Serrano Figueroa, Rafael, *El derecho humanitario frente a la realidad bélica de la globalización*, México, Porrúa y Facultad de Derecho, UNAM, 2002, p. 165.

⁸² En otras palabras, los intereses de soberanía están profundamente arraigados en estos tratados. Véase el estudio realizado por Ramji-Nogales, Jaya “The Right to Have Rights: Undocumented Migrants and State Protection”, *Kansas Law Review*, vol. 63, 2015.

jurídico”⁸³. Para este autor, el reconocimiento de un catálogo mínimo universal de derechos humanos transformó la gobernabilidad en niveles, pues los derechos humanos deben ser respetados y garantizados a nivel nacional, aunque sus principios sean internacionales⁸⁴. Lo anterior se confirma en el párrafo quinto de la Declaración, en virtud del cual se afirma que, además de la universalidad, indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos y el tratamiento global de los mismos, existe el deber de todos los Estados de promover y proteger todos los derechos humanos, sin dejar de tomar en cuenta las particularidades nacionales y regionales de orden histórico, cultural y religioso. Por otro lado, destaca el hecho de que los principales derechos humanos que son enumerados en los distintos tratados refleja que no todos los derechos humanos son absolutos, en el sentido que la mayoría de los derechos están interconectados con los valores y las necesidades de la vida social y política de una sociedad concreta, pues las autoridades nacionales están mejor ubicadas para determinar los límites de esos derechos atendiendo a las necesidades del bien común y a principios como el de interés nacional⁸⁵.

Ahora bien, esa lógica presenta problemas concretos de gobernabilidad en el caso de las migraciones y específicamente en caso de crisis migratorias. En efecto, si se considera que cada Estado es garante de la protección de los derechos humanos, se debe primero entrar en la jurisdicción del Estado para poder reclamar dicha garantía. Las personas que no poseen ninguna categoría jurídica por estar dentro de flujos migratorios mixtos y, por lo tanto, en el limbo jurídico, no pueden gozar de esos derechos hasta que algún Estado los acepte en su jurisdicción y que alguna autoridad se declare competente.

4.3.1.2. Técnicas de gobernabilidad en materia migratoria

Jaime Ruiz de Santiago destaca que, aunque la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* fue aprobada en 1948, no fue sino casi 20 años después que se comenzaron a aprobar los textos de instrumentos convencionales relativos a la materia, y que pasaron casi 30 años antes de que tales convenciones

⁸³ González Domínguez, Pablo, *cit.*, p. 737.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 737.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 740.

pudiesen entrar en vigor y no fue sino hasta 1994 que se creó un Alto Comisario para los Derechos Humanos. Además, la cantidad de instrumentos que se han ido adoptando demuestra que es imposible elaborar un único instrumento debido a los diferentes intereses de los Estados.

Lo anterior, explica en parte la difícil aplicación de dichos tratados en materia migratoria. Con el tiempo se ha tenido que reconocer que ciertas cuestiones migratorias no son de jurisdicción de un solo Estado, por lo que se ha intentado crear una nueva forma para garantizar los derechos de las personas en movimiento. En los últimos años, cuatro acuerdos internacionales que afectan la migración internacional entraron en vigor: la Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, la Convención contra la Tortura, y los Protocolos sobre Tráfico Humano y Trata de personas⁸⁶.

Cabe destacar que muy pocos países receptores de migrantes han ratificado la *Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios*, lo cual se justifica siguiendo la propia lógica de construcción del derecho internacional de los derechos humanos, es decir, aunque sus principios sean universales, solo los Estados pueden decidir si son pertinentes para el bien común y los intereses nacionales. Por ejemplo, en Estados Unidos se ha utilizado una técnica denominada "paquete de soberanía", la cual impone una serie de restricciones a la aceptación de convenios internacionales: (i) un "entendimiento" que asegura la cooperación del gobierno federal y estatal para garantizar el cumplimiento del tratado; (ii) una declaración de que los términos del tratado no son "autoejecutables" o no ejecutables en un tribunal nacional, hasta que se hayan implementado en la legislación interna; y (iii) un entendimiento de que nada en el tratado establece una base para la jurisdicción de ningún tribunal internacional⁸⁷.

⁸⁶ Para un análisis profundo de esos tratados véase Martin, Susan y Rola Abimourched, *Migrant Rights: International Law and National Action*, Georgetown University, School of Foreign Service, Institute for the Study of International Migration, 2009.

⁸⁷ Al respecto, véase el análisis realizado por Lyon, Beth, "The unsigned United Nations Migrant Worker Rights Convention: an overlooked opportunity to change the 'brown collar' migration paradigm", *International Law and Politics*, 2010, vol.42, núm. 2, pp. 415-416.

4.3.1.3. Análisis escalar de los derechos humanos

De las consideraciones anteriores se desprende que el derecho internacional de los derechos humanos está íntimamente relacionado con la jurisdicción territorial, es decir, para que un derecho humano pueda ser garantizado, primero se debe determinar quién debe garantizar esa protección. Una cosa es decir que todos los seres humanos gozan de derechos inherentes, lo cual ninguna persona y ningún Estado ponen en duda, pero otra cosa es determinar quién es responsable en caso de violación de esos derechos, principalmente porque el acceso a un tribunal está relacionado con el reconocimiento de un Estado a ejercer o a delegar jurisdicción⁸⁸.

Siguiendo esa idea, las personas que no han podido entrar en alguna de las categorías migratorias o que deciden hacerse invisibles, no pueden entrar en la jurisdicción del Estado y por lo tanto no pueden gozar plenamente de sus derechos humanos. Para que un Estado pueda hacerse responsable de esas personas, estas tienen que someterse a la jurisdicción de un Estado, lo cual implica en muchas ocasiones regresar a sus Estados de origen, de lo contrario nadie puede garantizar sus derechos.

Gregor Noll demuestra, por ejemplo, que la presencia de un migrante irregular en una jurisdicción territorial siempre refleja la transgresión de sus fronteras y, por lo tanto, no puede separarse del imperativo de la deportación, por lo que los derechos humanos siempre se establecen en un tiempo y un espacio aparte⁸⁹. Según este autor, el fracaso en la universalidad de los derechos humanos, siguiendo la lógica de la gobernabilidad por niveles, hace que siempre aparezca como resultado de la elección del individuo⁹⁰. En efecto, el migrante irregular puede invocar los derechos humanos o su pertenencia a la humanidad pero no puede reclamar sus derechos porque al hacerlo se coloca en la jurisdicción del Estado, quien estará legitimado para deportarlo⁹¹. Como señala Arendt, este enfoque deja el sistema intacto. Si los migrantes irregulares son

⁸⁸ Véase por ejemplo Noll, Gregor, "Why Human Rights Fail to Protect Undocumented Migrants", *European Journal of Migration and Law* 12, 2010, pp. 249 y ss.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 270.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 271.

⁹¹ *Ibid.*, p. 272.

excepcionales, es posible seguir diciendo que tenemos un sistema universal de derechos humanos, es solo que algunas personas no están incluidas⁹².

4.3.1.4. El juego jurisdiccional

Ya hemos mencionado que, aunque existe un derecho humano a salir y transitar en un país, ningún reconocimiento se ha hecho sobre la existencia de un derecho humano a entrar y residir en el territorio de otro Estado. A partir de esa idea, en realidad se permite la discriminación sobre la base del estatus migratorio al acordar ciertos derechos para aquellos que son ciudadanos o poseen una categoría migratoria legal. Incluso la *Convención de las Naciones Unidas sobre los trabajadores migrantes* delimita ciertos derechos, como el derecho a la unidad familiar y la igualdad de trato en materia de vivienda, educación y otros servicios sociales, como inaplicables a los migrantes irregulares⁹³.

El juego jurisdiccional se hace evidente en la migración irregular, pues como los migrantes deciden evadir el contacto con las autoridades estatales para no ser deportados, en realidad no pueden argumentar que son sujetos de derechos humanos⁹⁴. Si bien nadie se atreve a decir que los migrantes irregulares no tienen derechos humanos, sigue sin estar claro cómo este derecho se relaciona con el poder del Estado para excluir en virtud de su soberanía territorial y el régimen de competencias por niveles en materia de derechos humanos⁹⁵. Como lo describe Jaya Ramji-Nogales “el derecho de los derechos humanos prevé un mundo en el que los individuos autónomos sufren violaciones de los derechos por parte de los agentes del Estado. Sin embargo, la realidad de los migrantes indocumentados es mucho más compleja. Es una historia de personas atrapadas en el fondo de un poderoso sistema económico global, con una capacidad severamente limitada para determinar su propio destino y pocas vías para expresar su voz política”⁹⁶.

⁹² Jaya Ramji-Nogales, *cit.* p. 1062, analiza las reflexiones de Arendt sobre la situación de las minorías y los apátridas y concluye que también son pertinentes para los migrantes irregulares.

⁹³ *Ibid.*, p. 1055.

⁹⁴ Véase Ramji-Nogales, Jaya, “Freedom of Movement and Undocumented Migrants”, *Texas International Law Journal*, vol. 51, p.177.

⁹⁵ Noll, Gregor, *cit.*, p. 243.

⁹⁶ Ramji-Nogales, Jaya, *cit.* p.186.

Por último, las organizaciones internacionales pueden ayudar a los Estados a cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos de todos los seres humanos independientemente de su estatus, como lo ha venido realizando la Cruz Roja Internacional por ejemplo; sin embargo, la responsabilidad principal de la protección de los derechos humanos de los migrantes sigue siendo estatal⁹⁷.

4.3.2. El derecho internacional humanitario

El derecho internacional humanitario tiene un origen convencional o consuetudinario, específicamente aplicable a los conflictos armados, que limita, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto de escoger libremente los métodos y los medios utilizados por la guerra, evitando que las personas y los bienes legalmente protegidos sean afectados⁹⁸.

Resulta importante destacar que el principal objetivo del derecho internacional humanitario es el de proteger a los seres humanos que son afectados por las guerras o conflictos armados. Dicho derecho ha ido evolucionando conforme han aumentado las experiencias dramáticas y el sufrimiento humano⁹⁹. Los llamados Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos protocolos de 1977, contienen el marco jurídico del derecho internacional humanitario y han sido ratificados por la casi totalidad de la comunidad internacional¹⁰⁰.

4.3.2.1. La lógica

El derecho internacional humanitario se entiende desde el marco general de la ONU quien tiene por objetivo principal el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacional. Como se analizó en el capítulo anterior, la propia evolución del mandato de las Naciones Unidas ha llevado a que ciertos crímenes, como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, se reconozcan ahora de una gravedad tal que pueden ser enjuiciados sin importar quién los cometió o dónde se produjeron y se han establecido tribunales penales

⁹⁷ Weissbrodt, David et Divine, Michel, "International human rights of migrants", en Opeskin, Brian, *cit.*, p 175.

⁹⁸ Véase Peytrignet, Gérard, "Sistemas Internacionales de protección de la persona humana: el Derecho Internacional Humanitario (DIH)", en Cançado Trindade, Antonio Augusto, *et. al.*, *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana: derechos humanos, derecho humanitario, derecho de los refugiados*, Porrúa, Universidad Iberoamericana, México, 2003, p. 3.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 7.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 8.

internacionales para enjuiciar a los culpables. Poco a poco, se ha ido permitiendo que la ONU intervenga en conflictos internos que involucran violaciones generalizadas de los derechos humanos y del derecho humanitario, sobre todo en amenazas a la paz y seguridad internacionales.

De este modo, los principios rectores del derecho internacional humanitario se reconocen ahora como "compromisos absolutos de humanidad"¹⁰¹. Por este motivo, los Estados no solo tienen la obligación de respetar el derecho internacional humanitario, sino también de hacerlo respetar¹⁰².

Contrariamente a la lógica con la que se desarrolló el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario declara que los individuos tienen una situación independiente de su relación con los Estados. Así, las demandas humanitarias constriñen a los Estados, circunscriben su soberanía y el libre ejercicio de su poder¹⁰³. Sin embargo, como lo subraya Héctor Gros Espiell: "El reconocimiento de asistencia humanitaria no genera correlativamente un derecho y mucho menos un deber de intervención por razones humanitarias, del que podrían ser titulares terceros Estados que actúan individual y colectivamente"¹⁰⁴.

4.3.2.2. Técnicas

El artículo 2 (4) de la *Carta de las Naciones Unidas* establece una prohibición general del uso de la fuerza, como sigue:

4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

Solo hay dos excepciones a esa regla: la autodefensa unilateral o colectiva y la acción de cumplimiento del Consejo de Seguridad bajo el Capítulo VII de la

¹⁰¹ Véase Peytrignet, Gérard, *cit.*, p. 11.

¹⁰² *Ibid.*, p. 12.

¹⁰³ Finnemore, Martha, "Rules of War and War of Rules: the International Red Cross and the Restrain of States Violence" en: Boli, John & Thomas, George M., *Constructing World Culture*, Stanford University Press, Estados Unidos de América, 1999, p. 152.

¹⁰⁴ Véase Gros Espiell, Héctor, "Intervención humanitaria y Derecho a la Asistencia Humanitaria", en Gros Espiell, Hector, *Derechos Humanos*, México, UNAM-Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1995.

propia Carta. De ello se desprende que la intervención humanitaria solo puede ser legal cuando se realiza por legítima defensa o cuando el Consejo de Seguridad lo autoriza. De conformidad con el artículo 39 de la Carta, es el Consejo de Seguridad el que determina lo que constituye una "amenaza internacional a la paz y la seguridad".

Esa forma de concebir el derecho a la intervención por razones humanitarias ha llevado a múltiples interpretaciones y a intervenciones a veces injustificadas y a veces tardías, según algunos expertos. Esas mismas interpretaciones han llevado a la elaboración de la teoría de la responsabilidad de proteger que analizamos en el capítulo anterior. Gérard Peytrignet considera que son cuatro las medidas utilizadas en materia humanitaria¹⁰⁵: (i) medidas nacionales, que implican una adecuación de las normas de orden jurídico interno a las de los tratados humanitarios para precisarlas, interpretarlas y hacerlas operacionales; (ii) medidas preventivas, a través del establecimiento de mecanismos que garanticen adecuadamente las condiciones para prevenir eventuales inobservancias y para controlar eficazmente su aplicación; (iii) medidas de control para proteger los intereses de los Estados y (iv) medidas de sanción.

De lo anterior se desprende que, aunque los principios generales del derecho humanitario podrían aplicarse en casos de crisis migratorias y humanitarias, en realidad las técnicas de dicho derecho son muy estrictas y están enfocadas a la intervención, no para proteger a los seres humanos en movimiento, sino para preservar la paz y el orden internacionales, aunque el fin último sea el de la protección de la humanidad. Las técnicas utilizadas tendrán un impacto indirecto en los movimientos de personas, pero no están enfocadas exclusivamente a la protección. Por lo que la única técnica que resultaría aplicable en materia migratoria es la llamada responsabilidad de proteger.

4.3.2.3. Análisis escalar

Los debates sobre la acción humanitaria en situaciones de emergencia complejas plantean problemas fundamentales acerca de la protección de los

¹⁰⁵ Véase Peytrignet, Gérard, *cit.*, pp. 12-15.

derechos humanos con arreglo al derecho internacional. La *Carta de las Naciones Unidas* no prevé exactamente de qué forma se realizará el mantenimiento de la paz, sino que se ha ido reaccionando según se han ido presentando las diferentes crisis. Algunos Estados también han actuado fuera del marco de la *Carta de las Naciones Unidas* para justificar una acción militar en nombre de una “intervención humanitaria”.

Así, el Derecho Internacional Humanitario es un derecho de los Estados, aunque el impulso de su codificación moderna y de su desarrollo haya sido ampliamente promovido por el Comité Internacional de la Cruz Roja. En consecuencia, si bien las fuentes de inspiración del Derecho Internacional Humanitario son de índole filantrópica, las normas positivas de sus tratados, negociados por los Estados Parte, siguen la lógica del derecho del Estado, en la que los "imperativos de humanidad", que constituyen la piedra angular del sistema, se atemperan por consideraciones inducidas por las llamadas "necesidades militares"¹⁰⁶.

4.3.2.4. El juego jurisdiccional

Aunque se aceptara que el derecho internacional humanitario es bastante amplio para integrar la denominada responsabilidad de proteger, los problemas subyacentes de la guerra, la pobreza y las catástrofes humanitarias siguen sin tener una respuesta única, por lo que en realidad se crea un juego jurisdiccional al querer proteger a las personas de las consecuencias de las acciones de los propios Estados, o más bien de su incapacidad para gobernar ciertas situaciones.

Para David Rieff, la acción humanitaria nunca ha sido la respuesta adecuada al sufrimiento infinito del mundo pobre. En los albores del siglo XXI ningún trabajador humanitario experimentado necesita que se le recuerde el nuevo dicho de que no hay soluciones humanitarias para los problemas humanitarios¹⁰⁷. O como lo afirma Rafael Serrano Figueroa, “la respuesta es una paradoja, al asumirse que la comunidad internacional deba, a través del Derecho, asumirse como garante de la seguridad tanto regional como local”¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Véase Peytrignet, Gérard, p. 18.

¹⁰⁷ Véase Rieff, David, *cit.*, p. 269.

¹⁰⁸ Serrano Figueroa, Rafael, *cit.*, p. 189.

En los hechos, resulta que la protección es realizada por un tercer nivel de gobernabilidad que ni siquiera tiene competencia en materia migratoria. En efecto, a menudo los municipios o comunidades locales reciben a las personas que llegan de forma masiva a su territorio y les proporcionan asistencia básica. A menudo, los municipios se declaran en crisis para solicitar la ayuda de sus Estados o incluso internacional, pero la ayuda viene también de la propia sociedad civil. En ese contexto, la expectativa normativa del migrante de ser aceptado en la jurisdicción del algún Estado es difícilmente cubierta por el derecho internacional humanitario. La expectativa del Estado de proteger sus fronteras con base en la soberanía, tampoco puede ser cubierta por esa rama del derecho, sin embargo, resulta evidente que sin ese marco jurídico, difícilmente se podría responder a las urgencias humanitarias, por lo que el juego consiste en hacer como si los Estados asumen la responsabilidad y como si los migrantes estuvieran protegidos.

4.3.3. El derecho internacional de los refugiados

El régimen más claro y completo en materia de protección en caso de desplazamientos forzados es el de refugiados. Para algunos autores, esta rama es la única que forma parte del derecho migratorio internacional¹⁰⁹. Aunque su alcance es extremadamente limitado tomando en consideración las necesidades cada vez más crecientes en materia de protección, no puede dejarse de lado la importancia de su creación, de su evolución y de su aplicación. Sin duda es también uno de los regímenes que más ha causado controversia entre los Estados y de los que más se ha escrito intentando demostrar su ineficacia. Para los efectos de nuestra investigación, hemos decidido utilizar únicamente las fuentes que nos permiten entender su lógica y la forma de realizar la gobernabilidad, para después indagar sobre las posibles paradojas.

4.3.3.1. La lógica

Los académicos han abordado la historia del régimen internacional de refugiados desde varios ángulos: como una respuesta humanitaria al desplazamiento o como una respuesta para asegurar la gobernabilidad

¹⁰⁹ Véase por ejemplo Amaya-Castro, *cit.*, pp. 67-70; véase también Ramji-Nogales, Jaya, “Freedom of Movement and Undocumented Migrants”, *Texas International Law Journal*, vol. 51, núm. 2., p 175.

territorial¹¹⁰. El régimen de refugiados fue establecido en un principio para proteger a los europeos víctimas de la Segunda Guerra Mundial. Posteriormente, el régimen fue utilizado para proteger a las personas que huían del comunismo. Para algunos autores, en realidad se utilizó ese régimen para contener el comunismo al alentar a los ciudadanos de Europa del Este a escapar de sus países natales¹¹¹.

La *Convención sobre el Estatuto de Refugiado* se basó en la noción de persecución para determinar el estatuto de refugiado y, en ese período, la persecución se entendió como una forma de violencia perpetrada por agentes estatales contra su población. Este enfoque correspondía al patrón de represión prevaleciente en ese momento y era coherente con las aspiraciones y necesidades tanto de los países receptores como de los solicitantes de protección en Europa¹¹². Por otro lado, la intención no era proteger a las personas contra cualquier forma de daño grave, sino limitar el reconocimiento de los refugiados a situaciones en las que existiera riesgo de un tipo de lesión que sería incompatible con el deber básico de la protección debida por un Estado a su propia población¹¹³. De esa forma, muchos migrantes “involuntarios” permanecen excluidos del régimen de refugiados como sucede con los migrantes que huyen de desastres naturales o de la extrema pobreza¹¹⁴.

Desde sus inicios, el derecho de los refugiados ha sido un medio para reconciliar el compromiso de los Estados con el control discrecional sobre la inmigración a la realidad de los movimientos internacionales forzados de personas. Desde el principio se entendió que era necesario dejar un amplio poder de interpretación de los Estados para evitar entradas masivas, por lo que la definición de refugiado aunque pretender ser objetiva, depende en realidad de los que el Estado receptor quiere entender¹¹⁵.

¹¹⁰ Véase por ejemplo, Peterson, Glen, “Sovereignty, International Law, and the Uneven Development of the International Refugee Regime”, *Modern Asian Studies* vol. 49, núm. 2, 2015, p. 445.

¹¹¹ Véase Loescher, Gil, *cit.*, p. 35.

¹¹² Crepin, Mathilde, “Extended Definitions of a Refugee and Complementary Forms of Protection: An Obsolete Polarisation between Two Different Approaches to International Protection”, *King's Student Law Review*, vol. 7, núm. 2, 2016, p. 1.

¹¹³ Hathaway, James C., “Reconceiving Refugee Law as Human Rights Protection”, *Journal of Refugee Studies*, vol. 4, núm 2, 1991, p. 122.

¹¹⁴ Hathaway, James C., “Refugees and asylum”, en Opeskin, Brian, *cit.* p.179.

¹¹⁵ *Cfr* Hathaway, James C., “Reconceiving Refugee Law ...” *cit.*, p. 114.

Lo anterior, significa que el régimen fue creado con un fin específico que tiene muy poco que ver con las recientes crisis migratorias. Lo que nos tiene que quedar claro es que existe una lógica diferente para otorgar el asilo, por un lado, y el reparto de la carga, por el otro¹¹⁶. Lo anterior, porque proporcionar asilo impone un costo al Estado. Sin embargo, los Estados generalmente consideran que es importante la existencia del régimen general porque concuerda con la idea del establecimiento de los Estados y de su permanencia en una Comunidad Internacional¹¹⁷.

A diferencia del asilo, el reparto de la carga no está sujeto a un marco normativo y legal claramente definido. La cooperación para compartir la carga, por lo tanto, tiene lugar principalmente en el contexto de la negociación caso por caso, ya sea en relación con los llamamientos anuales del ACNUR o en relación con iniciativas especiales para abordar situaciones específicas de larga duración o afluencia masiva. Como el reparto de la carga es en gran medida discrecional, está sujeto a los intereses de los Estados¹¹⁸.

4.3.3.2. Técnicas

Las técnicas utilizadas en materia de derecho de los refugiados se basan en la definición misma de refugiado, según la cual un refugiado es una persona que "debido a un temor bien fundado de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social u opinión política en particular, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y es incapaz o, debido a ese temor, no está dispuesto a acogerse a la protección de ese país".

Para adaptarse a los nuevos patrones de desplazamiento, se desarrollaron nuevas definiciones de refugiados en ciertas regiones. Una definición más amplia de refugiados se elaboró por primera vez en África mediante la Convención de 1969 sobre los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África y luego, en 1984, en la Declaración de Cartagena sobre los refugiados. Ambos instrumentos renunciaron a la noción de persecución y definieron a los refugiados

¹¹⁶ Véase Betts, Alexandre, "The Refugee regime complex...", *cit.*, p. 19.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 120.

como personas que escapan de formas generalizadas de violencia¹¹⁹. Después del surgimiento de nuevos enfoques regionales, el ACNUR reconoció la particularidad de las situaciones locales y, aunque la agencia reafirmó que la definición de 1951 constituye la base del derecho internacional de refugiados, también consideró que otras formas de protección podría ser necesaria para responder a las necesidades y prioridades de los refugiados¹²⁰.

En países como los Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, la protección de las personas en riesgo de sufrir daños graves en su lugar de origen, que no están cubiertos por la definición de 1951, está garantizada mediante la aplicación de varios tipos de protección. Por ejemplo, los Estados Unidos otorgan un estatus de protección temporal a las personas que enfrentan una amenaza a su seguridad en su país, ya sea por un conflicto armado o por desastres naturales, o si existen "condiciones extraordinarias y temporales en el estado extranjero"¹²¹.

Jane McAdam enfatiza el hecho de que no existe un sistema universal de protección complementaria para guiar a los países hacia una implementación más coherente de los mecanismos de protección. De hecho, la falta de orientación internacional y la ausencia de voluntad política expresada para armonizar las normas de protección complementaria dieron como resultado que las prácticas nacionales de los países occidentales sean muy inconsistentes al otorgar el estatus y los derechos a los solicitantes de protección que no cumplen los criterios de la Convención de 1951. A la luz de esta situación, McAdam advierte "una mayor fragmentación del concepto de protección internacional a medida que se desarrollen más estatus diferenciados y categorías desprotegidas"¹²².

4.3.3.3. Análisis escalar

El desarrollo del régimen basado en la idea de soberanía y el vínculo que se ha realizado entre seguridad nacional y migración irregular han tenido implicaciones en el régimen de refugiados. Lo anterior, debido a la regla de que el

¹¹⁹ Véase Crepin, Mathilde, *cit.*, p. 2.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 8.

¹²¹ *Ibid.*, p. 9.

¹²² McAdam, Jane, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Nueva York, Oxford Monographs in International Law, 2007.

Estado receptor debe proteger a las personas que se presentan a sus fronteras de forma espontánea solicitando asilo. Este ha sido el principal problema de gobernabilidad y una de las principales causas de la actual crisis migratoria en Europa y en la frontera sur de México y de Estados Unidos. En gran parte del mundo, el acceso al asilo se ha basado en el acceso al territorio¹²³, los desplazados deben entonces aprender a jugar el juego jurisdiccional para poder llegar al país de su preferencia.

Además, los países que han implementado sistemas de protección complementarios lo han hecho adoptando interpretaciones inconsistentes sobre quién puede beneficiarse de la protección complementaria, por lo que una misma persona podría obtener libre paso por un país, obtener una visa humanitaria e incluso obtener la calidad de refugiado dependiendo de en qué jurisdicción presente su solicitud. Por ejemplo, este es actualmente el caso de los solicitantes de asilo sirios en algunos de los países europeos. Alemania, Polonia, Dinamarca y Bulgaria suelen otorgarles el estatuto de refugiado, mientras que Suecia, España, los Países Bajos, Malta y Chipre consideran que caen dentro del ámbito de la protección complementaria¹²⁴.

Aunado a lo anterior, como la definición requiere que la persona sea “perseguida”, se tiene que demostrar que el Estado de origen no puede o no quiere proteger a la persona, por lo que, si el Estado de origen puede o tiene los medios para proteger a sus ciudadanos, automáticamente la persona que se presenta en otro país a solicitar asilo no cubriría los requisitos para ser considerado como refugiado¹²⁵. Sobre ese punto, resulta interesante la crítica realizada por James Hathaway, para quien el concepto de refugiado se ha ido distorsionando de forma que ahora pareciera que la protección internacional es el último recurso al que pueden acceder las personas que huyen de sus países. Entre otros, destaca el hecho de que los Estados estigmatizan a los que llegan por vías irregulares, aunque para poder aplicar la Convención se exija que se presenten a las fronteras.

¹²³ Véase Betts, Alexandre, “The Refugee regime complex...”, *cit.*, p. 25.

¹²⁴ Véase Crepin, Mathilde, *cit.*, p. 3.

¹²⁵ Al respecto, véase el análisis realizado por Hathaway, James C., “Refugees and asylum”, *cit.*, pp. 185-189; Véase también Ramji-Nogales, Jaya, *cit.*, p.179.

“Tal vez de manera más engañosa, estos mismos gobiernos justifican cada vez más su trato severo a los refugiados que llegan a su territorio con el argumento de que la dureza es el medio necesario para un fin de protección más racional. Se dice que este fin es la reasignación de recursos para satisfacer las necesidades del abrumador número de refugiados ubicados en el mundo menos desarrollado, y el reasentamiento en el mundo desarrollado solo está disponible para quienes tienen evidente necesidad de protección”¹²⁶.

Por último, la gobernabilidad en materia de refugiados pareciera reforzarse con la idea de “temporalidad”. En efecto, el reconocimiento de una persona como refugiada se hace con la idea de que en algún momento perderá esa condición, ya sea porque la situación que la hizo salir de su país se resuelva, porque obtenga una categoría de migración permanente en el país que la recibió, o porque decida quedarse de forma irregular. El problema de la temporalidad del estatuto de refugiado es considerado por algunos autores como el núcleo de la crisis del sistema, pues en la mayoría de los casos la situación temporal se convierte en permanente¹²⁷. Por ello, cuando se trata de migraciones masivas, en las que miles de personas se ven confinadas en centros de detención o en campos de refugiados, las personas pierden su presencia legal en el territorio nacional, salen de la jurisdicción del Estado para entrar en la jurisdicción del ACNUR, cuyo mandato es encontrar soluciones permanentes, entre las cuales se encuentra la repatriación.

4.3.3.4. El juego jurisdiccional

El aumento de las situaciones de crisis migratorias a nivel mundial ha ocasionado un control más estricto de las fronteras. Para limitar el acceso a sus territorios, algunos Estados establecieron la autorización previa y programas previos a la inspección en el extranjero. Algunos imponen nuevos requisitos de visa a los nacionales de países que producen refugiados. Varios comenzaron a detener a los solicitantes de asilo que llegaban de forma espontánea. Destaca que muchos gobiernos europeos impusieron nuevas políticas con respecto a los

¹²⁶ Hathaway, James C., “Refugees and asylum”, *cit.* p. 200.

¹²⁷ Véase Amaya-Castro, Juan M., *cit.* pp. 73-77.

solicitantes que provenían de lo que se llamó "países de origen seguros", así como aquellos que habían pasado por "terceros países seguros"¹²⁸.

De esta forma el régimen de refugiados, sin ser completamente negado por los Estados, es considerado problemático por todos los Estados, sobre todo en movimientos migratorios mixtos y con llegadas masivas repentinas. Pareciera que dicho régimen es de imposible aplicación en periodos de crisis migratoria, por lo que en ese caso se entra en un juego jurisdiccional. En épocas de crisis, el régimen actual en realidad provoca la comisión de delitos graves como el de tráfico de personas. Esto conduce a una imputación de doble criminalidad: no solo los refugiados se burlan de las fronteras nacionales, sino que también se asocian con bandas de tráfico criminal para hacerlo.

Las preocupaciones por la seguridad, tensiones entre los Estados, la migración irregular son citadas como costos negativos del régimen de refugiados, pero en realidad son consecuencia del juego jurisdiccional. Al mismo tiempo, con cada vez más frecuentes llegadas de flujos migratorios mixtos se da una creciente incidencia de racismo, xenofobia e intolerancia dirigida contra los extranjeros en general. Hablando en términos generales, el juego jurisdiccional ha provocado dos tendencias paralelas, la primera al aplicar de forma restrictiva la *Convención relativa al estatuto de refugiado*, asociado con todas las técnicas utilizadas por los Estados para evitar las entradas y para excluir a los que ya lograron llegar. La segunda es la proliferación de regímenes alternativos de protección en forma de visas humanitarias, las cuales, como ya vimos realiza una forma de gobernabilidad diferenciada.

Además, entre más se hace complejo el régimen aplicable en tiempos de crisis, por la misma fuerza del juego jurisdiccional los Estados han logrado desviar sus obligaciones internacionales y redistribuir implícitamente los costos del régimen de refugiados sin renegociar formalmente el régimen. "La proliferación de nuevos regímenes alternativos ha contribuido a una reducción neta de la cooperación internacional en la provisión de asilo, a pesar de que puede ofrecer

¹²⁸ Schoenholtz, Andrew I., "The New Refugees and the Old Treaty: Persecutors and Persecuted in the Twenty-First Century", *Chicago Journal of International Law*, vol. 16, núm. 1, 2015, p. 87.

oportunidades para aumentar la cooperación en el reparto de la carga”¹²⁹. Al mismo tiempo, los Estados que solicitan una reforma al régimen de refugiados, no lo hacen con el objetivo de mejorar la protección, sino porque lo consideran insuficiente pues atenta a su derecho soberano de excluir a los extranjeros¹³⁰.

4.5. Instrumentos complementarios del derecho migratorio internacional

Al aspecto cualitativo para determinar las categorías y al aspecto temporal que restringe la permanencia definitiva de los extranjeros en un país, se involucran principios desarrollados por el derecho internacional, relacionados con ideales humanitarios y respecto de los cuales se considera que los Estados no pueden decidir de forma individual, denominados *ius cogens*. Las normas de *ius cogens* son aplicables a todos los Estados, y de ellas se derivan obligaciones *erga omnes*. El desarrollo del concepto de *ius cogens* refleja la importancia que la comunidad internacional da a un principio normativo, en el que los derechos fundamentales son invocados como un deber moral y una barrera legal para los Estados con el fin de evitar violaciones de derechos humanos¹³¹.

El principio *ius cogens* que tiene un impacto importante en la gobernabilidad de las migraciones es el de *non refoulement*, no devolución en español, que impide expulsar o deportar a una persona a un país en el que su integridad esté amenazada¹³², ese principio ha dado lugar a la creación de nuevas formas de protección complementaria como analizaremos a continuación.

¹²⁹ Véase Betts, Alexandre, “The Refugee regime complex...”, *cit.*, p. 29.

¹³⁰ Véase Hathaway, James C., *cit.*, p. 115.

¹³¹ Véase Serrano Figueroa, Rafael, *cit.*, p. 177. Juan Antonio Carrillo Salcedo señala que el núcleo duro de los derechos humanos, «en tanto que expresión jurídica de una conciencia jurídica universal: la del rechazo de la barbarie», está integrado por los derechos contenidos en el art. 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y por algunos de los proclamados en la Declaración universal de los derechos humanos, que son absolutos e inderogables, y que forman parte del *ius cogens* al que han contribuido a dar concreción y precisión jurídica, véase Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 105-111.

¹³² Véase artículos 31 y 33 de la *Convención sobre el estatuto de los refugiados*, así como el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes Véase también, Allain, Jean «The jus cogens Nature of non-refoulement», *International Journal of Refugee Law*, núm 13, 1 de octubre de 2001, pp. 533-558.

4.5.1. Protección complementaria

El ACNUR ha promovido la creación de regímenes flexibles para proteger a las personas que, sin entrar estrictamente en la definición de la *Convención sobre el Estatuto de Refugiados*, tienen manifiestamente necesidad de protección internacional por no poder regresar a sus países de origen. Como el llamado se hace a los Estados, en virtud de sus obligaciones internacionales, aunque las reglas se encuentran en el derecho interno, podríamos considerar que el régimen de protección complementaria forma parte del derecho migratorio internacional. Según las “Directrices sobre protección temporal o acuerdos de estancia” del ACNUR, ese tipo de protección es aplicable sobre todo en los casos de movimientos masivos para proporcionar protección inmediata contra la devolución y un tratamiento mínimo básico:

9. Los TPSA son particularmente adecuados como respuesta a: (i) flujos a gran escala de solicitantes de asilo u otras crisis humanitarias similares; (ii) movimientos transfronterizos de población complejos o mixtos, incluyendo llegadas de embarcaciones y rescate en el mar; (iii) contextos fluidos o de transición [por ejemplo, al comienzo de una crisis donde la causa exacta y el carácter del movimiento pueden ser inciertos, o al final de una crisis, cuando la motivación para la salida puede requerir una mayor evaluación]; y (iv) otras condiciones excepcionales y temporales en el país de origen que requieren protección internacional y que impiden el retorno seguro y digno.

El mismo documento establece que la protección temporal/estancia es:

- una adecuada respuesta de protección multilateral a las crisis humanitarias, incluyendo flujos a gran escala y movimientos de población complejos o mixtos, especialmente cuando las respuestas existentes no son adecuadas o suficientes
- complementaria al régimen de protección internacional de los refugiados y fundada en él, en ocasiones se utiliza para cubrir los vacíos de este régimen, especialmente en los Estados que no han adherido a la Convención

- una forma de protección que proporciona tanto protección inmediata contra la devolución, así como un tratamiento mínimo básico
- una respuesta orientada a soluciones, con estándares de tratamiento que mejorarían si la estancia se prolonga

Jane McAdam, al analizar la figura jurídica de protección complementaria en diversos países del mundo, pone en evidencia que ese régimen de “protección” en realidad es una forma de hacer distinciones entre categorías de personas, como si unas merecieran mayor protección que las otras¹³³. En efecto, si bien los Estados han estado dispuestos a admitir a esas personas en sus territorios por razones “humanitarias”, en general no han querido otorgarles derechos formales, en particular en un nivel equivalente al de refugiados¹³⁴. Esta autora reitera que el derecho internacional permite distinciones entre extranjeros que se encuentran en circunstancias materialmente diferentes, pero prohíbe el tratamiento desigual de quienes están en una situación similar¹³⁵. “La premisa de ‘circunstancias materialmente diferentes’ es fundamental para determinar la legalidad de los derechos relativos de los extranjeros bajo el derecho internacional, y es crucial para el argumento de que los beneficiarios de la protección complementaria merecen el mismo estatus que los refugiados de la Convención sobre la base de que sus circunstancias son materialmente idénticas”¹³⁶. Así pues, según McAdam, no existe una justificación razonable para otorgar diferentes derechos basados puramente en las diferentes fuentes de esa obligación.

Así, a medida que se han ido presentando nuevas situaciones que cuestionan la lógica del derecho migratorio basado en la idea de soberanía, se han ido construyendo nuevas categorías de personas. Desde este punto de vista, creemos que la protección complementaria se hace con el objetivo de preservar el estado actual de las cosas.

Creemos que ello se debe a la lógica del derecho migratorio como lo expusimos más arriba, así como a la complejidad del sistema que permite a los

¹³³ McAdam, Jane, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford University Press 2007, p. 6.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 200-201.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 220.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 221.

Estados elegir el tipo de protección que pueden proporcionar para cumplir con sus obligaciones humanitarias. En otras palabras, una cosa es lo que los Estados deben hacer siguiendo sus mandatos internos, y otra, la que pueden hacer siguiendo sus obligaciones internacionales.

4.5.2 Soft law

Existe una cierta tendencia a considerar que el nuevo derecho migratorio internacional está constituido sobre todo por un marco normativo internacional no vinculante, denominado *soft law* en inglés, que sirve de guía en la gestión de ciertas problemáticas internacionales. En efecto, múltiples directrices se han ido elaborando para guiar a los Estados en materia internacional, sin que haya sido necesario negociar nuevas normas vinculantes¹³⁷.

Un ejemplo de ese tipo de guía es la *Declaración de Derechos de los Migrantes Internacionales* desarrollada por una red transnacional de académicos, profesionales, otros expertos y estudiantes. Dicha guía codifica el derecho internacional existente a través de un conjunto declarativo de principios, 23 artículos legales y comentarios legales detallados. Contiene una serie de innovaciones, incluida la definición legal de migrantes internacionales, al tiempo que se afirma el régimen jurídico que protege categorías específicas de migrantes (como los refugiados y otros migrantes forzosos) y se enmarcan los derechos y las necesidades de los migrantes vulnerables¹³⁸.

Otro documento que contiene ese tipo de directivas es la iniciativa denominada *Migrantes en países en crisis*, redactado bajo el auspicio de Filipinas, Estados Unidos, Australia, Bangladesh, Costa Rica, Etiopía y la Comisión Europea, con el mandato de desarrollar un conjunto de principios y directrices junto con un conjunto de prácticas efectivas para informar el "rol y responsabilidades" de los Estados y otras partes interesadas para "prepararse,

¹³⁷ Betts, Alexander, "Soft law and the protection of vulnerable migrants", *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 24, Primavera-Verano, 2010, p. 542.

¹³⁸ Kysel, Ian M., "Promoting the Recognition and Protection of the Rights of All Migrants Using a Soft-Law International Migrants Bill of Rights", *Journal on Migration and Human Security*, vol. 4, núm. 2, 2016, p. 32

responder y abordar" las crisis (incluidos los desastres naturales y los conflictos o disturbios civiles) antes, durante y después de una emergencia.

Los más recientes instrumentos de *soft law* son el *Pacto Mundial para las Migraciones Seguras Ordenadas y Regulares* y el *Pacto mundial sobre refugiados*. Ambos documentos gozan de una importancia particular pues, por primera vez en la historia, se reconoce la necesidad de resolver el asunto de los migrantes y de los refugiados de manera conjunta, lo que implica un reparto de responsabilidades como lo analizamos en el capítulo anterior. La ventaja de estos instrumentos, es que permite la evaluación de los progresos para prevenir y gestionar las crisis migratorias y de refugiados, pero aún se está muy lejos para llegar a acuerdos concretos de gobernabilidad, pues dichos acuerdos no hacen más que poner el tema sobre la mesa, recordándole a los Estados que tienen que cumplir con su rol como miembros de una comunidad internacional cuya preocupación común se centra en proteger a las personas vulnerables.

4.6. Conclusión

La protección de los derechos de las personas involucradas en flujos migratorios mixtos ha aumentado considerablemente, ante el desarrollo del derecho de los derechos humanos, el derecho de los refugiados, el derecho de los trabajadores migratorios, ciertos elementos del derecho internacional humanitario, la prohibición de la tortura, la lucha contra la trata y, por supuesto, la *Convención de las Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares*.

A pesar de la existencia de un régimen migratorio internacional, los Estados han venido reconociendo que no pueden gestionar solos el aumento de flujos masivos de migración mixta. No obstante, la gobernabilidad se ha venido realizando a través de un juego en el que los Estados conservan la competencia exclusiva en materia migratoria, pero utilizan técnicas para evitar la gestión directa de esos flujos. Así, la complejidad del fenómeno migratorio ha traído como consecuencia la complejidad del régimen aplicable. La complejidad demuestra que los movimientos masivos mixtos no cuentan con una regulación específica o única.

Ahora bien, el que no exista un marco de gobernabilidad único no significa que no haya regulación. En realidad, sí existe un marco de gobernabilidad, por niveles, de los flujos migratorios mixtos en el que las competencias se han ido atribuyendo como si se tratase de campos autónomos o semiautónomos. En ese sentido, el problema no es la falta de instrumentos jurídicos, el problema es la falta de coherencia. Al hacer coexistir o superponer una pluralidad de regímenes, en tiempos de crisis la tensión se hace evidente. Así, las crisis migratorias y humanitarias pueden explicarse en términos de complejidad, en el que las diferentes instituciones se superponen, coexisten y se entrelazan dando forma a las respuestas de los Estados y de los propios migrantes ante las crisis, como si se tratara de un juego jurisdiccional.

A partir de nuestro análisis, podemos concluir que existen tres niveles de gobernabilidad de las migraciones: internacional, nacional y local. Esos niveles de gobernabilidad tienen una lógica distinta por lo que pueden coexistir sin problema aparente. El problema surge cuando el flujo migratorio mixto se presenta ante una autoridad que no tiene competencia, dejando en el limbo jurídico a miles de seres humanos varados en las fronteras o confinados en campos de refugiados o centros de detención, provocando entonces crisis humanitarias. Esa forma de gobernar sitúa inmediatamente la situación en el ámbito de la ayuda humanitaria, en el que un cuarto nivel de gobernabilidad surge, sin que tenga competencia legal en materia migratoria: el de los organismos internacionales como la CICR, el de los municipios, organismos no gubernamentales, asociaciones civiles y la propia población que proporcionan ayuda humanitaria.

El análisis de las interacciones de diferentes regímenes aplicables a un mismo fenómeno nos muestra que en realidad el derecho migratorio se ha ido construyendo a partir de tensiones. En efecto, pareciera que cada comunicación en materia migratoria ha sido cuidadosamente desarrollada por los Estados para no perder de vista la base del derecho internacional, es decir, la soberanía de los Estados y el principio de no intervención en asuntos internos. Esto se traduce de la siguiente forma: (i) las organizaciones internacionales en materia migratoria, el ACNUR y la OIM, solo pueden intervenir en los asuntos internos si son invitadas

por un Estado miembro; (ii) los Estados no delegan completamente su competencia en materia migratoria y son reticentes a la creación de nuevos organismos internacionales; (iii) los Estados reconocen las situaciones de urgencia humanitaria, pero imponen límites a sus obligaciones internacionales; (vi) se ha hecho especial énfasis en el principio del reparto de la carga para evitar que un solo Estado o conjunto de Estados asuma solo la carga.

En otras palabras, como el derecho migratorio ha sido construido con base en la idea de soberanía, la expectativa normativa de los Estados es que toda construcción internacional en materia migratoria respete la jurisdicción exclusiva de los Estados en esa materia. Por su parte, los migrantes sumergidos en flujos migratorios tienen la expectativa de ser recibidos por algún Estado, pero su llamado es un llamado al respeto de un derecho no codificado, por lo que su reclamo es normalmente atendido con base en el derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario¹³⁹. Pareciera entonces que esas dos expectativas están en constante tensión, lo que explica la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos a diferentes niveles, otorgando distintas competencias, sin que ello se cuestione, pues los temas de derecho migratorio suelen separarse de los del derecho humanitario.

Esto podría explicar por qué es tan difícil modificar el término de refugiado y por qué se han construido otras categorías, incluyendo nuevos regímenes e instituciones de “protección complementaria”, como si lo que se buscara es preservar la complejidad del régimen. A lo largo de este capítulo hemos visto cómo los regímenes no solo coexisten, sino que se entrelazan para realizar la gobernabilidad por niveles de los flujos migratorios mixtos. En periodo de crisis migratorias, esos regímenes se funden para crear un solo régimen, el cual, siguiendo la idea de Cançado Trindade, se basa en las necesidades de protección. En ese sentido, una de las pistas que exploramos en la presente investigación para la reconstrucción del derecho migratorio internacional es la consolidación de dichos regímenes, pero de forma evolutiva, es decir, con una visión del conjunto y no de cada uno por separado.

¹³⁹ *Cfr.* Barnett, Michael, *cit.*, p. 251.

Como el derecho migratorio ha sido construido sobre la base de la idea de soberanía y no sobre la idea de protección, creemos que para que una comunicación proveniente de la tensión que esa lógica provoca pueda ser considerada como una comunicación jurídica es indispensable que se base en el concepto de soberanía. El desafío consiste entonces en reconstruir el régimen internacional de protección, sin destruir los grandes logros que se han dado en materia de refugiados, de derechos humanos y de derecho humanitario.

En el siguiente capítulo presentaremos una propuesta de reconstrucción partiendo de la idea de que, ante una crisis migratoria, se puede crear un régimen que responda a las expectativas normativas de protección del ser humano en movimiento y de la soberanía de los Estados, simplemente al aceptar que las migraciones masivas no son de competencia estatal por lo que un cambio de nivel de gobernabilidad es indispensable.

CAPÍTULO V

HACIA UN DERECHO MIGRATORIO INTERNACIONAL

Introducción

Al inicio de la crisis migratoria en Europa, la foto de un niño ahogado en una playa de Turquía le dio la vuelta al mundo convirtiéndose en un símbolo de la crisis en el Mediterráneo. De la misma forma en la primavera del 2018, las fotos de los niños separados de sus padres en Estados Unidos sacudieron la conciencia de toda América y se escucharon voces de indignación ante las políticas migratorias de todo el mundo que permiten que los niños sean tratados de esa forma. En efecto, las imágenes de los niños migrantes en todo el mundo despiertan no solo un sentimiento de compasión universal, sino también una especie de reclamo universal para que ese tipo de injusticias no se vuelvan a presentar.

Sin embargo, no solo las imágenes de los niños han puesto en evidencia la indignación que producen las crisis migratorias. Recientemente, un video obtenido por la cadena de televisión CNN mostraba la forma en que miles de migrantes provenientes de África y varados en Libia como consecuencia de las políticas migratorias europeas, son vendidos como esclavos¹. Asimismo, en una carta abierta, la presidenta de Médicos sin Fronteras (MSF), Joanne Liu, expuso la situación de los migrantes africanos hacinados en los centros de detención de Libia, en los que esos migrantes no solo viven en condiciones inhumanas, sino que son abusados. MSF acusa directamente no solo a los gobiernos europeos, sino a todos los países que envían ayuda internacional para mantener esos centros de detención en operación. Según MSF, existe un vínculo directo entre

¹ Elbagir, Nima, “Subasta de esclavos en el siglo XXI”, CNN, 14 de noviembre de 2017, <http://cnnespanol.cnn.com/video/cnnee-pkg-nima-elbagir-subasta-de-esclavos-hombres-vendidos-como-mercancia/#0>, consultado el 15 de mayo de 2019.

las políticas de contención de la Unión Europea y las atrocidades que se viven actualmente en Libia².

A lo largo de nuestra tesis hemos podido demostrar que las crisis, tanto humanitaria como migratoria, son el resultado de la construcción del derecho migratorio con una lógica predominantemente nacional, aunque por su propia naturaleza esos tipos de crisis traspasan dicho ámbito. En un contexto en el que los Estados siguen justificando sus acciones con base en el modelo tradicional de soberanía, pesan en nuestras conciencias las tragedias humanitarias que se siguen viviendo en estos momentos en los cinco continentes relacionada con los movimientos masivos de personas, independientemente de la causa. Si nuestra creatividad como juristas nos ha permitido justificar la existencia del derecho migratorio, mucho queda todavía por hacer para encontrar soluciones jurídicas para evitar las tragedias humanitarias y la criminalidad internacional relacionadas con ellas. Es momento que el debate pase de lo moral a lo jurídico y ese es el objetivo de nuestro último capítulo.

La crisis migratoria internacional y las crisis humanitarias que le han seguido en diversas partes del mundo, nos dan una clara idea de lo que está fallando y que debe ser corregido. Si, como todos los Estados parecen reconocer, las crisis sobrepasan las capacidades de los gobiernos, entonces el planteamiento se debe realizar en esos términos. En otras palabras, si estudiamos las migraciones en términos de crisis, no solo cambia la forma de ver la migración, sino que la forma de regularla pareciera ser incoherente. Nuestro planteamiento consiste en reconstruir el derecho migratorio internacional teniendo como base las expectativas normativas de las dos fuerzas que se encuentran en tensión: (i) los Estados tienen la expectativa de que cualquier regulación en materia migratoria debe respetar su soberanía, (ii) los migrantes tienen la expectativa de ser aceptados en alguna jurisdicción. La teoría del derecho como un sistema nos ayuda a entender las oportunidades que derivan de la propia complejidad del

² Joanne Liu, « La France, l'UE et les réseaux criminels, main dans la main », *Médecins sans Frontières*, 7 de septiembre de 2017, <https://www.msf.fr/actualite/articles/france-ue-et-reseaux-criminels-main-main>, consultado el 15 de mayo de 2019.

régimen migratorio para proponer alternativas y responder a las expectativas normativas tanto de los Estados como de los migrantes que se encuentran en flujos migratorios mixtos, pues al final de cuentas la expectativa normativa se puede resumir en los mismos términos: crear espacios de competencia.

De esa forma, nuestra propuesta de reconstrucción consiste básicamente en el ajuste de la concepción de las crisis migratorias a partir de las expectativas normativas, y las posibilidades reales para llevarlas al mundo del derecho a través de la determinación de:

- qué, es decir la situación de gobernabilidad
- dónde, es decir, el territorio de aplicación o escala de gobernabilidad
- quién, es decir, la autoridad competente
- cómo, es decir, las técnicas y la capacidad de regular.

Considerando la complejidad de las crisis migratorias y humanitarias, nuestra propuesta concreta se basa en tres postulados: (i) cambio del nivel de gobernabilidad; (ii) definición de los movimientos masivos de migración y de los flujos migratorios mixtos; (iii) régimen de competencias. Para ello, describimos primero las diferentes opciones para realizar el cambio de percepción del fenómeno, para luego centrarnos en lo que es posible realizar, siguiendo lo que los propios Estados han reconocido como fallas, para enseguida plantear el derecho migratorio internacional desde una perspectiva transnacional, teniendo como foco de atención la necesidad de garantizar la dignidad humana de todos los seres humanos en movimiento, en virtud de un deber que no es de un Estado, sino de toda la humanidad. Con nuestro análisis final, pretendemos sentar las bases para estudios más profundos a partir de esta nueva lógica.

5.1. Marco teórico para la reconstrucción

Para la redacción del presente capítulo nos dimos a la tarea de analizar todas las propuestas que hasta la fecha han realizado eminentes internacionalistas, organismos internacionales y asociaciones civiles sobre el tema de la gestión de las migraciones y de los refugiados. Aunque la pregunta de

cuáles son las respuestas políticas apropiadas a la crisis migratoria internacional se ha convertido en una especie de obsesión sobre la cual se ha escrito abundantemente, hasta el momento, ninguno de los autores consultados ha realizado una propuesta concreta sobre el régimen jurídico aplicable en tiempos de crisis³. Sin embargo, algunas ideas y propuestas son de gran valor para sustentar nuestra propuesta. Por ello, hemos decidido tomar las ideas pertinentes para ir entretejiendo nuestras propuestas concretas. Al respecto, hemos decidido utilizar la metodología propuesta por Lelio Mármora, para quien es necesario diferenciar tres tipos de situaciones de gobernabilidad: la ideal, la real y la posible⁴.

5.1.1. La situación ideal

Para Lelio Mármora, “la situación ideal es la planteada como deseable, en función de la relación óptima entre las migraciones y la situación social, económica, cultural y política de la sociedad. La relación óptima es aquella donde se conjugan voluntad y los derechos de las personas involucradas con la voluntad y los derechos de los Estados”⁵. A partir de esas ideas, es posible concebir la migración como un compromiso entre el migrante y los Estados receptores, en el que ambas partes son responsables de su elección. En una situación ideal, tanto el migrante como el Estado receptor se eligen libremente. Así, es difícil imaginar que una situación ideal pueda presentarse en situación de crisis puesto que ni los migrantes ni los Estados eligen libremente, al menos en teoría.

A pesar de ello, algunos autores creen que es tarea del jurista imaginar y crear esos escenarios ideales, ya que el derecho internacional ha surgido precisamente de la imaginación de los estudiosos del derecho⁶. Ese es justamente el llamado que parece realizar Antonio Cassese, en su libro titulado *Realizing Utopia*, en el que un grupo de destacados internacionalistas tratan de construir una utopía realista. Cassese concluye que las grandes reformas no están ni

³ Ha habido varias respuestas regionales a las crisis migratorias y de refugiados, al respecto, véase por ejemplo el análisis realizado por Mathew, Penelope y Tristan Harley, *Refugees, regionalism and responsibility*, Edward Elgar Publishing, Inc., Reino Unido y Estados Unidos, 2016.

⁴ Mármora, Lelio, *Las políticas de migraciones internacionales*, Organización Internacional para las Migraciones, Buenos Aires, Paidós, 2002, p. 79.

⁵ *Ibid.*

⁶ Véase por ejemplo Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, España, Editorial Trotta, 4ª edición 2004, p. 157.

quiera próximas a poderse llevar a cabo. No obstante, a partir de la reflexión de los investigadores que colaboraron en dicho libro, pareciera que existe una tendencia hacia la humanización.

Por su parte Cançado Trindade, quien consagró su vida a la elaboración de una teoría sobre el derecho internacional para la humanidad⁷, considera que cualquier esfuerzo en la reconstrucción del derecho migratorio internacional debe tomar en cuenta tanto la evolución del derecho internacional, como las necesidades presentes y el llamado urgente a la humanización, a la elevación de nuestra conciencia como humanidad y al rescate de la dignidad humana.

Evidentemente, esas ideas inspiradoras nos hacen creer en la posibilidad de que, aún en tiempos de crisis, puede existir un régimen ideal para gestionar las migraciones. Por ello, hemos escogido tres pistas que queremos desarrollar a partir de los postulados de los autores, quienes no están enfocados necesariamente a los periodos de crisis. Nuestro objetivo es realizar un debate teórico con esos autores sobre la viabilidad de esa situación ideal en periodos de crisis. Como lo presentamos a continuación, lo ideal sería que exista una gobernabilidad mundial, con un régimen que permita no solo disfrutar de los derechos, sino también hacer un reclamo para que se respeten los derechos fundamentales sin importar en qué parte del mundo se haga. Además, lo ideal sería que cualquier norma que se emita tenga como fundamento y como fin el respeto, la protección y la preservación de la humanidad. Por último, lo ideal sería que se asuma la responsabilidad colectiva de dicha preservación, con la que nosotros los seres humanos nos protegemos mutuamente porque nuestra conciencia nos dice que es la única forma de que nuestra humanidad subsista.

5.1.1.1 Gobernabilidad global

La mayoría de los autores están de acuerdo en que, hasta el momento, no existe un régimen global de gobernabilidad de las crisis migratorias⁸. Para

⁷ Cançado Trindade, Antonio Augusto, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, Estados Unidos, Brill, 2013.

⁸ Véase por ejemplo Betts, Alexander, « The global governance of crisis migration », en Martin, Susan F., Sanjula Weerasinghe y Abbie Taylor (ed), *Humanitarian Crises and Migration: causes, consequences and responses*, Londres y Nueva York, Routledge, 2014, p. 349.

algunos, las condiciones no están dadas para que dicha gobernabilidad se pueda realizar⁹, pero eso no impide que se imaginen ese mundo ideal a través de propuestas concretas.

Dos autores han imaginado y desarrollado propuestas concretas para la gobernabilidad mundial: Jürgen Habermas y Luigi Ferrajoli.

Para Habermas, para que exista una gobernabilidad mundial, los Estados deben comprometerse en términos cosmopolitas, es decir con una conciencia universal de pertenencia a una comunidad global y obligados mutuamente a cooperar y a tener en cuenta los intereses de los otros. Sin embargo, ese cambio no debe provenir de los gobiernos sino de los pueblos, quienes deberían sentirse como parte de un todo, favoreciendo así un cambio que lleve desde el tradicional esquema basado en las relaciones internacionales a uno nuevo basado en una política interior mundial¹⁰. Sin embargo, reconoce que todavía faltan la capacidad de acción política de un gobierno mundial y un correspondiente fundamento que lo legitime¹¹.

Habermas nota que la solidaridad entre los ciudadanos del mundo se realiza únicamente como reacción ante la violación de derechos humanos o ante ciertas injusticias en el mundo, ello da una cierta esperanza en la construcción de la gobernabilidad mundial, pero todavía falta una dimensión ética y política común que sería necesaria para la formación de una comunidad y una identidad global¹², es decir, que la gobernabilidad mundial no se puede realizar con los mismos parámetros que la gobernabilidad nacional. “[L]a pregunta decisiva es si en las sociedades civiles, y en las opiniones públicas políticas de las sociedades de gran formato, puede llegar a desarrollarse una conciencia cosmopolita, hasta cierto punto una conciencia cosmopolita de solidaridad obligatoria [...]”¹³.

⁹ Véase por ejemplo Cassese, Antonio, *Realizing Utopia*, Oxford University Press, 2012.

¹⁰ Habermas, Jürgen, *La constelacion posnacional*, tr. Pere Fabra Abat, Daniel Gamper Sacse y Luis Diez, España, Paidós, 2000, p. 78.

¹¹ *Ibid.*, p. 137.

¹² *Ibid.*, p. 141.

¹³ *Ibid.*, p. 145.

Por su parte, Luigi Ferrajoli sostiene que el desarrollo de la hipótesis de una integración mundial basada en el derecho es posible y urgente. Su argumento lo basa en la propia evolución del derecho internacional, que ha producido una crisis de legitimación del sistema de soberanías desiguales y de relaciones cada vez más asimétricas entre países ricos y países pobres “[...] un sistema que no podrá ser tolerado, a largo plazo, por los propios ordenamientos políticos de los países avanzados, que fundan su identidad y su legitimidad democrática precisamente en aquellas promesas y en su universalidad [...]”¹⁴. Esta crisis de legitimación afecta hoy a los fundamentos de lo que en la historia moderna ha sido el núcleo de la política y, a la vez, el principal obstáculo para la hipótesis esbozada primero por Francisco de Vitoria, luego por Emmanuel Kant y finalmente por Hans Kelsen, de una comunidad mundial sometida al derecho: la figura misma del Estado soberano.

Para Ferrajoli, ninguno de los problemas que afectan al futuro de la humanidad puede ser efectivamente resuelto fuera del horizonte del derecho internacional, puesto que, por un lado, los problemas que aquejan a la humanidad son globales y por otro, los Estados no han tenido más opción que integrarse en todas las dimensiones¹⁵. Entonces, lo que propone Ferrajoli es la creación de un *constitucionalismo mundial* “capaz de atribuir a las diferentes cartas de derechos fundamentales, de las que dispone ya la comunidad internacional, aquellas garantías jurídicas cuya ausencia genera ineffectividad”. Esto sería posible, solamente mediante la limitación efectiva de la soberanía de los Estados mediante el establecimiento de garantías jurisdiccionales contra las violaciones de la paz en el exterior y de los derechos humanos en el interior¹⁶. Aunque el propio autor considera que se parte de una utopía, él considera que es urgente realizar propuestas concretas puesto que nuestro futuro como humanidad está en peligro¹⁷.

¹⁴ Ferrajoli, Luigi, *cit.* p. 149.

¹⁵ *Ibid.*, p. 151.

¹⁶ Para lo cual se basa en las ideas de Kelsen en su libro *La paz por medio del derecho*, Ferrajoli, Luigi, *cit.* pp. 152-153.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 157-158; véase también, Marmora, Lelio, *cit.* p. 46.

En materia migratoria, algunos autores han realizado propuestas específicas para la realización de una gobernabilidad mundial de las migraciones, la cual implicaría por un lado la interacción de los regímenes humanitario y migratorio, así como el de los derechos humanos, la seguridad internacional y el desarrollo¹⁸ y por otro lado políticas y objetivos armonizados y compartidos¹⁹, o como un acuerdo de conveniencia negociado libremente entre Estados soberanos²⁰.

Aun cuando las migraciones juegan un papel fundamental en las relaciones internacionales, las propuestas de una gobernabilidad mundial se realizan casi siempre a partir de una idea preconcebida ya sea del Estado o de la migración. Algunos autores consideran que el problema es precisamente que ese tipo de iniciativas no puede surgir de un actor político en particular pues siempre aparecerá como una reacción a una situación específica, es decir no necesariamente universal, lo que genera la sospecha de que los que lo proponen solo buscan beneficios propios²¹. Ciertamente, nuestra investigación refleja que la expectativa normativa de los actores políticos no es la de un gobierno mundial, sino al contrario pareciera que se busca reforzar la idea de la soberanía. Más bien el reclamo viene de la propia sociedad civil, como si todos tuviéramos la intuición de que una autoridad supranacional tendría que hacer algo para solucionar los problemas globales que afectan a toda la humanidad, ya que nuestros Estados soberanos no han sido capaces de hacerlo. Sin embargo, como bien lo menciona Martti Koskenniemi, aunque ese sentimiento es real “esto no es una prueba de su realidad universal, ya sea en términos de que esté disponible para otros o de que tenga alguna presencia objetiva en el mundo. Todavía necesita una defensa en términos morales, legales o económicos”²².

¹⁸ Betts, Alexander, « The global governance of crisis migration », *cit.* 349-350. Véase también Badie, Bertrand, *et al.*, *Pour un autre regard sur les migrations : construire une gouvernance mondiale*, Paris, La Découverte, 2008.

¹⁹ Ghosh, Bimal, “La gestión de las migraciones en el siglo XXI”, *Migraciones*, vol. 12, 2002, pp. 192-197.

²⁰ *Ibid.*, p. 198.

²¹ Koskenniemi, Martti, “Projects of World Community”, en Cassese, Antonio, *cit.* p. 9.

²² *Ibid.*, p. 11.

A pesar de ello, consideramos que los esfuerzos intelectuales para llegar a la creación de un gobierno global son indispensables en la reconstrucción del derecho internacional. Sin esas ideas de que formamos parte de un mismo universo y de una misma humanidad, muy difícilmente se pueden encontrar soluciones a la crisis migratoria internacional que se vive en este momento. Sirva como ejemplo el movimiento humanitario que se basa precisamente en ese sentimiento de universalidad y sobre el cual se ha ido construyendo el derecho internacional humanitario²³, con organizaciones, públicas y privadas, que van a todas las partes del mundo con el único fin de ayudar en periodos de crisis, como veremos a continuación.

5.1.1.2 Derecho internacional para la humanidad

Uno de los autores que ha defendido la existencia de un derecho internacional de protección de la persona humana es Antonio Cançado Trindade quien fue juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁴. La teoría de este autor nos parece pertinente para la reconstrucción del derecho migratorio internacional puesto que parte de la idea de la existencia de un derecho propio para la humanidad²⁵. Desde su punto de vista, este derecho está incluido en diversos instrumentos internacionales y se ha ido consagrando a través de la jurisprudencia internacional. Por ello, para este autor la situación ideal es reconocer dicha existencia pues revela el *jus gentium* de nuestros tiempos²⁶. Este nuevo *jus gentium* también propone una perspectiva universalista, independiente de la "voluntad" de sus sujetos de derecho, puesto que deriva de la conciencia humana y se erige sobre bases éticas que incorporan valores humanos compartidos por toda la humanidad²⁷.

²³ Véase por ejemplo Ryfman, Philippe, *Une histoire de l'humanitaire*, Paris, La Découverte, 2014.

²⁴ Por ejemplo, Cançado Trindade, Antonio Augusto, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: Aproximaciones y Convergencias", en ACNUR, *Diez Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados – Memoria del Coloquio Internacional*, San José de Costa Rica, UNHCR/IIDH, 1995; Cançado Trindade, Antonio Augusto, et. al. "Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana: derechos humanos, derecho humanitario, derecho de los refugiados", México, Porrúa, Universidad Iberoamericana, 2003.

²⁵ Cançado Trindade, Antonio Augusto, *International Law for Humankind : Towards a New Jus Gentium*, Estados Unidos, Brill, 2013.

²⁶ *Ibid.*, p. 637.

²⁷ *Ibid.*, p. 637-638.

Este autor toma en consideración su experiencia en materia internacional para afirmar que este derecho no puede ser concebido sin que se tomen en consideración tanto los principios generales del derecho internacional como las cuestiones éticas, lo que él denomina “la conciencia jurídica universal”²⁸. Esta conciencia se ha ido desarrollando desde que se reconoce al ser humano como sujeto de derecho internacional, lo cual, según el autor, ha respondido a una verdadera necesidad de la comunidad internacional en su conjunto²⁹. Entonces, el desafío consiste en finalizar la construcción conceptual de ese principio para el reconocimiento de la capacidad jurídica internacional, lo cual se realiza a través del diálogo universal que ya se está dando con respecto a diferentes problemáticas mundiales³⁰.

Desde una perspectiva de crisis, es muy difícil comprender cómo ese derecho internacional para la humanidad se tendría que concretar para conservar su estatuto de “situación ideal”. Por ello, nos parecen pertinentes las ideas de François Crépeau y Anna Purkey, quienes sin mencionar expresamente las ideas de Cançado Trindade, consideran que la mejor forma de solucionar la crisis migratoria es a través de consideraciones de humanidad, pero desde un enfoque de derechos humanos: aumentar la capacidad de búsqueda y rescate; facilitar el acceso a la justicia para los migrantes; desarrollar alternativas a la detención; reforzar los mecanismos de inspección del trabajo necesarios para garantizar el respeto de los derechos de todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes; facilitar la sindicalización de los trabajadores migrantes; establecer programas masivos de reasentamiento para refugiados; y crear múltiples oportunidades de visa laboral para incentivar a los migrantes a usar canales de migración regulares³¹.

²⁸ *Ibid.*, p. 638.

²⁹ *Ibid.*, p. 639.

³⁰ *Ibid.*, p. 645.

³¹ Crépeau, François y Anna Purkey, “Facilitating Mobility and Fostering Diversity Getting EU Migration Governance to Respect the Human Rights of Migrants”, *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, No. 92 / May 2016, p. 27.

5.1.2. La situación real

Continuando con las ideas de Lelio Mármora, “la situación real es la situación migratoria tal como se da, con sus causas (muchas veces enmascaradas), con sus características (muchas veces distorsionadas) y sus efectos (muchas veces mal interpretados)”³². Entonces, la reconstrucción del derecho migratorio internacional depende en gran parte de cómo son percibidas las migraciones en general y del impacto de esa percepción en periodos de crisis.

Creemos que las crisis provienen en primer lugar del impacto que producen los movimientos masivos de personas. No es solo una cuestión de cifras, sino de visibilidad. Ver a los migrantes en movimiento, verlos hacinados o verlos en el limbo jurídico, revela una situación real que tiene que ser regulada. La segunda realidad es que las personas que se encuentran en esos movimientos están en busca de una jurisdicción que los reciba. Para ello, hacen un reclamo que provoca una situación embarazosa, la cual se traduce en aceptarlos o regresarlos. En los dos casos, las consecuencias humanitarias pueden ser desastrosas.

5.1.2.1. La visibilidad generadora de derechos

Una de las características de las crisis migratorias y humanitarias es su visibilidad. Si no fueran visibles, las migraciones por vías irregulares interesarían poco pues saldrían del foco de la atención no solamente política, sino también mediática. El punto es que pareciera que solo lo visible puede ser regulado.

Por ejemplo, en un artículo titulado “El derecho es también una cuestión de visibilidad”³³, investigadores canadienses presentaron el resultado de una investigación realizada con el fin de determinar de qué forma la ocupación de los espacios públicos por las personas en situación de calle genera derechos o los excluye de su aplicación. Para estos autores, las personas en situación de calle sufren dos formas de exclusión relacionadas con su presencia en los espacios públicos: (i) son demasiado visibles y, por lo tanto, controlados de forma local

³² Véase Mármora, Lelio, *cit.*, p. 80.

³³ Sylvestre, Marie-Eve, *et al.*, « Le droit est aussi une question de visibilité: l’occupation des espaces publics et les parcours judiciaires des personnes itinérantes à Montréal et à Ottawa », *Canadian Journal of Law and Society*, 2011, Vol. 26, no. 3, pp. 531-561.

como una cuestión de seguridad pública; (ii) son invisibles para el sistema de justicia porque no son escuchados ni representados³⁴.

Nos parece que esos postulados son igualmente aplicables al fenómeno migratorio en tiempos de crisis. En ese contexto, nos surge el interés de utilizar el mismo marco teórico de los autores del artículo citado, es decir la teoría sobre la visibilidad de Andrea Brighenti³⁵, para determinar si la visibilidad en este caso es generadora de derechos o de exclusión de los migrantes, como en el caso de las personas en situación de calle. Según Brighenti, la visibilidad es un campo simbólico que se sitúa en la intersección entre la estética (es decir, relaciones de percepción) y la política (es decir relaciones de poder)³⁶. Normalmente, la visibilidad es asimétrica, imperfecta y limitada, por lo que se utiliza como una estrategia. Por eso, para Brighenti la visibilidad es en sí misma un campo de estudio³⁷. Para esta autora, el paso de la invisibilidad a la visibilidad o viceversa es una dimensión importante para evaluar lo que sucede cuando las ontologías bien ordenadas están en crisis o colapsan³⁸.

Para Brighenti, la visibilidad es una cuestión de representaciones, ya que es necesario que el mensaje sea transmitido. Es por eso que el tema del acceso a los lugares de visibilidad es una cuestión política central. El ser visible dependerá entonces en gran medida del acceso a esos lugares de visibilidad³⁹. En otras palabras, la visibilidad no está correlacionada de ninguna manera directa con el reconocimiento y control, o con cualquier valor moral específico. Como tal, no constituye nada intrínsecamente liberador, ni, por el contrario, implica necesariamente opresión⁴⁰.

En el caso de los flujos masivos de migración, hemos podido observar que su presencia en un territorio suscita reacciones ambiguas que van desde el miedo, la discriminación hasta la compasión, por lo cual les son impuestas diferentes

³⁴ *Ibid.*, p. 560.

³⁵ Brighenti, Andrea, "Visibility. A Category for the Social Sciences", *Current Sociology*, vol. 55, núm. 3, 2007, pp. 323-348.

³⁶ *Ibid.*, p. 324.

³⁷ *Ibid.*, p. 326.

³⁸ *Ibid.*, p. 331.

³⁹ *Ibid.*, p. 333.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 340.

identidades según se quiera excluirlos (ilegales, clandestinos, invasores y peligrosos) o victimizarlos (víctimas de violencia en busca de reestablecer su dignidad). Por lo tanto, es un hecho que los migrantes inmersos en flujos masivos de migración logran captar y mantener la atención de los demás. Al hacerse visibles, esos migrantes reclaman no solamente el derecho de estar en algún lugar, sino sobre todo el de no ser ignorados. El hecho de verlos provoca una discusión sobre el tema, lo cual es preferible a pensar que porque no los vemos el problema no existe o está resuelto. En ese sentido, parte de la solución no reside necesariamente en hacer que las personas que viajan sean más o menos visibles, sino en saber qué mensaje nos están transmitiendo.

La realidad muestra que los migrantes siguen exponiéndose a los peligros que implica la migración irregular y están dispuestos a todo con tal de llegar a sus destinos, lo cual pareciera beneficiar únicamente a los traficantes de personas⁴¹. La situación real es entonces que los migrantes siguen enfrentando a las autoridades y lanzando un mensaje de desesperación, el cual algunas veces es oído y la mayoría de las veces ignorado, pero siempre sustentado en una cierta concepción de la migración y de derechos humanos. En palabras de François Crépeau y Anna Purkey “[...] las estrategias implementadas en los últimos años han sido importantes para salvar vidas y ofrecer soluciones a un número limitado de migrantes, pero han tenido lugar en un contexto de crisis, una atmósfera de pánico moral y una situación de emergencia. Esto es insostenible y no conduce a tomar las mejores decisiones con el fin de establecer una política migratoria de principios basada en una visión a largo plazo”⁴².

5.1.2.2. El reclamo legítimo de derechos humanos

Según el autor Itamar Mann el movimiento migratorio se ha convertido en una forma de acción en la que los migrantes, en su búsqueda de una vida digna de ser vivida, se lanzan literalmente al agua con el objetivo de hacer un reclamo de derechos humanos, por lo que el reclamo no se hace siempre en el territorio de un Estado, sino incluso en un lugar sin jurisdicción como el mar. En ese sentido,

⁴¹ *Ibid.*, p. 43.

⁴² Véase Crépeau, François y Anna Purkey, *cit.* p. 21.

para este autor es indispensable saber cuál es el mensaje que esos migrantes están mandando al lanzarse al agua, pues los agentes que actúan en altamar se ven obligados a dar una respuesta, la de salvarlos y aceptarlos en una jurisdicción o la de dejarlos morir⁴³. Por ello, argumenta que conceptualizar los derechos humanos no es solo una cuestión de juristas internacionales de alto nivel que redactan tratados y declaraciones, sino que se trata de una tarea de descripción cuidadosa y caracterización fenomenológica de las acciones de quienes no tienen protección estatal y la experiencia de enfrentarse a sus reclamos⁴⁴.

Siguiendo su análisis, un reclamo de derechos humanos solo puede combinarse con una respuesta cuando el Estado cumple con un compromiso de derechos humanos: "Hacer un reclamo de derechos humanos resulta ser una lucha en la cual el solicitante lucha contra el deseo del destinatario de separar la supervivencia del demandante de su libertad. A menudo, en la práctica, esto se da en la forma de ofrecer el rescate, sin reasentamiento o acceso a la ciudadanía"⁴⁵. Por ello, cuando se realiza un rescate en realidad se trata de un compromiso de no exponer a ningún ser humano a ningún tipo de violencia. Según él "se puede observar un compromiso de derechos humanos sea cual sea la respuesta final. Este juicio difiere tanto del modelo constitucionalista como del modelo de política exterior. No es reductible al interés propio. Suspende la existencia misma de una comunidad política limitada y asume, momentáneamente, que no existe"⁴⁶.

Así pues, desde esta perspectiva, en la realidad, aunque los Estados se enfrentan a un dilema moral a la hora de determinar la situación legal de las personas que no pueden regresar a sus países, existe un compromiso que va más allá de la propia competencia estatal, y está relacionada con una cuestión de humanidad.

⁴³ Mann, Itamar, *Humanity at Sea, Maritime Migration and the Foundations of International Law*, Nueva York, Cambridge University Press, 2016, p. 12.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 13.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 60.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 132.

5.1.3. La situación posible

Para concluir este apartado, siguiendo las ideas de Lelio Mármora, queremos exponer las principales contribuciones de los investigadores sobre lo que es posible hacer en el estado actual del derecho. Para Mármora, “la situación posible es la síntesis derivable de la ideal y la real, con los límites impuestos por los elementos de gobernabilidad disponibles y los derechos del individuo, las colectividades y el Estado: la real capacidad del Estado para ejercer las acciones de control, es decir, (relación entre la magnitud y forma de las migraciones y los instrumentos disponibles o capaces de disponer por el Estado); la capacidad de adecuación de la norma a las necesidades y posibilidades de canalizar las migraciones; la capacidad de armonización de la norma y los controles con los derechos de los individuos y las colectividades; la capacidad de lograr una convivencia no discriminatoria entre nativos y migrantes. Es decir, que lo posible pasa necesariamente por la gobernabilidad del fenómeno”⁴⁷.

En ese contexto, resulta interesante la propuesta de algunos autores de ir adaptando el régimen según se vayan presentando las circunstancias. Para algunos, esta sería la única forma de actuar en un mundo en el que están surgiendo nuevos problemas y retos, pero en el que las instituciones oficiales se crean mucho más lentamente⁴⁸. Es interesante observar que la mayoría de los autores consultados consideran que lo único posible en el estado actual del derecho internacional es construir a partir de lo que ya existe, pues, de acuerdo con su experiencia, ninguna propuesta radical ha prosperado. Por ejemplo, Alexander Betts ha dedicado su trabajo de investigación al desarrollo de una propuesta de reconstrucción a partir de las instituciones existentes a través de procesos de consolidación de las normas y procesos de coordinación. Según él, se pueden mejorar las instituciones ya creadas y reformar los acuerdos internacionales, pero eso no necesariamente implica la creación de nuevos tratados u organizaciones⁴⁹. En ese mismo orden de ideas, Betts considera que

⁴⁷ Véase Mármora, Lelio, *cit.*, p. 80.

⁴⁸ Véase Betts, Alexander, “El gobierno global de la migración a causa de las crisis”, *Crisis*, marzo 2014, p. 77. Véase también, Bhuta, Nehal, “The Role International Actors Other Than States can Play in the New World Order”, en Cassese, Antonio, *Realizing Utopia*, *cit.* pp. 66-67.

⁴⁹ Betts, Alexander, “El gobierno global...”, *cit.*, p. 79

la crisis migratoria es una de las áreas implícitamente integrada en un conjunto de instituciones y normas preexistentes⁵⁰. Por ello, según él, en lugar de exigir nuevos tratados u organizaciones, se requiere consolidar las normas y prácticas existentes en todos los niveles de gobierno⁵¹.

En otra contribución, el mismo autor acepta que a pesar de que ya existen muchas normas relevantes, hay dos lagunas importantes en el marco de protección para los migrantes vulnerables que deben abordarse: “En primer lugar, hay una falta de orientación clara sobre la aplicación de las normas de derechos humanos existentes a la situación de los migrantes irregulares vulnerables. En segundo lugar, no existe una clara división de responsabilidades entre las organizaciones internacionales para la protección de los migrantes vulnerables, especialmente a nivel operativo”⁵². Desde nuestro punto de vista, esta última consideración es la base de la necesidad de la reconstrucción del derecho migratorio con base en las expectativas normativas.

Desde nuestro punto de vista, el juego de la jurisdicción y la competencia está tan arraigado en nuestra forma de estudiar y aplicar el derecho que muy difícilmente se podrán hacer compromisos para evitar que se traten de desviar las responsabilidades. No obstante, creemos que no es suficiente con irse adaptando según se vayan presentando las situaciones. Nuestra propuesta es comenzar desde ahora a prepararse para los diferentes escenarios, lo cual no implica necesariamente la reforma de las instituciones existentes, sino su replanteamiento en términos de competencias. El objetivo es evitar que el balón se siga lanzando de un lado a otro⁵³, puesto que en el núcleo del juego se encuentran seres humanos en busca de una jurisdicción que escuche su reclamo de derechos humanos. Por ello, nos parece indispensable determinar quién es competente en

⁵⁰ Betts, Alexander, “The global governance of crisis migration” *cit.*, p. 364.

⁵¹ *Ibid.*, p. 364-365.

⁵² Betts, Alexander, “Soft law and the protection of vulnerable migrants”, *Georgetown Immigration Law Journal*, Primavera-Verano, vol. 24, núm. 3-4, 2010, p. 535.

⁵³ *Cfr.*, Mann, Itamar, “Dialectic of transnationalism: unauthorized migration and human rights”, 1993-2013, *Harvard International Law Journal*, Verano, vol. 54, núm. 2, 2013, p. 373

caso de crisis. Creemos que eso se puede determinar siguiendo la lógica actual y las expectativas normativas, a través de la visión sistémica del derecho.

Sostenemos que los movimientos migratorios que se realizan en forma masiva son irritantes al sistema basado en la soberanía de los Estados y generan crisis, las cuales tienen que ser gobernadas de forma distinta, pues obedecen a una lógica distinta. Siguiendo la teoría de Luhmann⁵⁴, como la función del derecho no es crear leyes sino responder a las expectativas normativas, la gobernabilidad de los flujos masivos de migración mixtos dependerá entonces de la respuesta del sistema jurídico a las expectativas normativas de los actores implicados. En este caso, la presión ejercida por las personas que se desplazan en movimientos masivos de migración puede ser vista como un reclamo que surge en un subsistema social que es la ética. Así, la tensión no es solamente provocada por el reclamo de las personas que se desplazan en movimientos masivos de migración, sino también por el de los organismos internacionales, organizaciones religiosas, organismos sin fines de lucro y la sociedad civil en su conjunto. Creemos pues que la respuesta jurídica depende de lo que se reclame y a quién y, por otro lado, de la forma en que se reciba el reclamo y por quién⁵⁵.

Así pues, hemos detectado que la cuestión de flujos masivos de migración mixta genera dos expectativas normativas: (i) los Estados tienen la expectativa de que cualquier regulación en materia migratoria debe respetar su soberanía, (ii) los migrantes tienen la expectativa de ser aceptados en alguna jurisdicción para poder ejercer sus derechos.

5.1.3.1. Reconstruir respetando la soberanía de los Estados

Aunque muchas teorías se han desarrollado invocando el fin de la soberanía⁵⁶, la mayoría de los internacionalistas consideran que toda construcción que se realice sin tener en cuenta ese concepto o simplemente proponiendo su

⁵⁴ Luhman, Niklas, *Law as a social system*. Trad. par Klaus A. Ziegert, Oxford-University Press, Estados Unidos, 2004.

⁵⁵ Para ello nos basamos en la teoría de Itamar Mann, *Humanity at Sea*, cit. p. 60 y ss., pero la llevamos al caso preciso de las crisis y no solo como un reclamo de derechos humanos sino de competencia en el juego jurisdiccional, tal como lo expusimos en el capítulo cuarto.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 383-389.

eliminación es completamente utópica⁵⁷. Por ejemplo, Cassese asegura que “los Estados siguen siendo, y seguirán siendo, los dueños de la sociedad mundial”⁵⁸. Lo cierto es que existe una cierta evolución del concepto, como lo analizamos en los capítulos segundo y tercero, que implica el reconocimiento de que ciertos problemas no pueden ser resueltos al interior de un solo Estado. Ha quedado claro, por un lado, que los problemas de seguridad, relacionados sobre todo con el crimen organizado, tienen que ser resueltos a nivel global y, por otro lado, que el ejercicio de la soberanía implica también el cumplimiento de compromisos internacionales, entre los cuales destaca la responsabilidad de proteger a los seres humanos en movimiento. Por lo tanto, la idea del Estado en realidad engloba dos dimensiones, a saber, la de proteger su territorio y a sus ciudadanos, por un lado, y la de actuar como un actor en la esfera internacional en nombre de la humanidad. Así pues, la propia evolución de los movimientos de personas ha llevado a la evolución de los conceptos tradicionales, sin que estos desaparezcan, pero sí vienen a replantear el rol del Estado con una lógica que va más allá del territorio y la frontera, pues se sitúa más bien en una esfera transnacional, con la consecutiva multiplicación de órdenes normativos y organismos especializados, lo cual ya implica una nueva forma de realizar la gobernabilidad⁵⁹.

Aunque la soberanía sea la base del derecho internacional, tanto para el respeto en los asuntos internos, como para la delegación a ciertas instancias internacionales de ciertos asuntos porque así conviene al interés nacional, esa noción no impide que los Estados se comprometan a un nivel superior, para proteger a la humanidad. “Esto es así, aunque solo sea porque todos los regímenes internacionales, sin importar cuán bien contruidos, finalmente dependen de los estados para implementarlos a nivel nacional. Cómo se produce esa implementación está sujeto a la discreción estatal”⁶⁰. Entonces, lo importante es observar la forma en que los Estados han venido reaccionando a la crisis

⁵⁷ Alvarez, Jose E., “State Sovereignty is Not Withering Away: A Few Lessons for the Future”, en Cassese, Antonio, *Realizing Utopia*, cit., p. 27-31.

⁵⁸ Cassese, Antonio, “Gathering Up the Main Threads”, en Cassese, Antonio, *Realizing Utopia*, *ibid.*, p. 645.

⁵⁹ Véase por ejemplo, Sassen, Saskia, *Territory, Authority, Rights: From Medieval to Global Assemblages*, Princeton University Press, 2008.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 35.

migratoria internacional. Desde nuestro punto de vista, han estado manejando un doble discurso de soberanía en el control de sus fronteras, pero de necesidad de cooperación para evitar el tráfico de personas, la trata de personas y las tragedias humanitarias que se siguen presentando con motivo de los movimientos masivos y de responsabilidad compartida para que no sea un solo Estado el que reciba toda la carga financiera⁶¹.

Siguiendo esta lógica, la reconstrucción debe tomar en consideración la competencia exclusiva del Estado en materia migratoria. Entonces, lo que se tiene que hacer es aceptar que las crisis migratorias salen de esa esfera de competencia. Para ello, proponemos que se reconozca que los movimientos masivos, por su propia naturaleza, no pueden ser gestionados a partir de la lógica del derecho migratorio nacional. Lo anterior implicaría reconocer que en realidad no hay una autoridad competente cuando se trata de movimientos migratorios masivos y de naturaleza mixta y que, entonces, hay que crearla. Sería ilógico entonces que los Estados deleguen algo sobre lo cual no tienen competencia exclusiva, pues la competencia que suele atribuírsele a un Estado es en nombre de la comunidad internacional. Por ello, no se puede simplemente celebrar convenios regionales o binacionales, creemos que se tiene que plantear otro nivel de gobernabilidad, pues la competencia no es nacional, sino transnacional, como lo veremos más adelante.

5.1.3.2. Reconstruir con base en el reclamo de los migrantes

Hemos venido argumentando que los migrantes inmersos en flujos masivos de migración mixta tienen la expectativa de ser recibidos por un país para poder ejercer sus derechos. Cabe preguntarse entonces si esa expectativa tiene algún fundamento. Pareciera que los migrantes hacen un llamado a que alguien los reciba pues ya no pueden regresar a sus países de origen. La forma en que hacen ese llamado puede variar, sea que presenten una solicitud de asilo o que simplemente decidan migrar por vías irregulares, pero en cualquier caso toman la decisión de salir de sus países para instalarse en otro lado, y para ello usan los

⁶¹ Véase por ejemplo, Lee, Rachel S., "Migrant crisis: international law and constraints for receiving States," *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 30, núm. 1, 2015, p. 209.

medios que se encuentran a su alcance. Si arriesgan sus vidas, es porque no existe una jurisdicción para efectuar ese reclamo. En efecto, los seres humanos tienen derecho a salir de un territorio, pero nadie les puede garantizar que puedan entrar a otro. Ese vacío jurídico ha dado lugar al juego jurisdiccional que estudiamos en el capítulo anterior; sin embargo, creemos que el derecho humano a circular libremente justifica en gran medida la expectativa normativa de los migrantes de ser aceptados en alguna jurisdicción. Se arriesgan entonces a jugar el juego jurisdiccional que hemos venido describiendo a lo largo de nuestra tesis.

Satvinder Singh Juss realizó un estudio para intentar integrar el derecho de salir de un país y el de entrar a otro. A través del análisis histórico de la libertad de circulación, Singh descubrió que históricamente la restricción a la libertad de movimiento es muy reciente. Según él, existe evidencia empírica convincente, no solo de que el libre movimiento a través de las fronteras nacionales es, normativamente hablando, un derecho humano básico, sino que ha sido un derecho de facto en todos los sentidos prácticos, porque históricamente ha sido ejercido libremente por cualquiera que elige ejercerlo. Para él, la expectativa ahora es que ese derecho de facto a la libre circulación tenga una base legal clara en las leyes que regulan el asilo y la inmigración⁶². Al abundar en su razonamiento, Singh considera que las restricciones a la libertad de movimiento no pueden ser sostenidas pues no se puede decir que algunas personas tienen más derecho a tener acceso y residencia en un territorio que otras. Sin embargo, Singh concluye que el reclamo del migrante se reduce en la expectativa de firmar un contrato social, es decir, de formar parte de una sociedad en la que sus derechos humanos serán protegidos⁶³.

No obstante, creemos que la expectativa tiene un fundamento anterior al de simplemente querer pertenecer a una sociedad. Tal vez la mejor manera de entender el mensaje que nos están enviando los migrantes que arriesgan sus vidas para ser aceptados en alguna jurisdicción, sea considerando que la

⁶² Singh Juss, Satvinder Singh, "Free movement and the world order", en Lambert, Helene, coord., *International Refugee Law*, Londres, Routledge, 2017, p. 456.

⁶³ *Ibid.*, pp. 474-475.

expectativa es la de ser tratados como humanos. De esa forma, el reclamo es un llamado a la humanidad⁶⁴. El fundamento no puede encontrarse más que en la idea de dignidad humana pues es la base de los derechos humanos⁶⁵. Al respecto, Jürgen Habermas destaca que la idea de la dignidad humana no solo conecta la moral del respeto igualitario de toda persona con el derecho positivo, sino que además genera legitimidad al orden político fundado en los derechos humanos. Sin embargo, la exigibilidad del respeto de la dignidad humana solo puede darse al interior de un Estado-Nación, lo cual genera una paradoja puesto que los derechos humanos poseen una vocación universal de validez, lo cual además está impregnado en la memoria colectiva de la humanidad, a través de una idea de dignidad humana independiente del estatus migratorio⁶⁶.

Lo que importa, para efectos de nuestra tesis, es el tipo de reclamo que hacen los seres humanos cuando realizan movimientos masivos, el cual creemos es el del restablecimiento de su dignidad humana. Al respecto, nos basamos en la noción contemporánea de dignidad humana⁶⁷ para evitar el debate teórico sobre su significado tradicional⁶⁸, ya que eso rebasaría la intención de nuestra tesis. Entonces, para efectos de nuestra tesis, la dignidad humana es útil en términos de comunicación jurídica para la reconstrucción del derecho migratorio internacional. La comunicación consiste en el reclamo que un ser humano puede hacer a otros por el simple hecho de poseer algo inherente denominado dignidad y sobre lo cual parece existir un consenso ético universal⁶⁹.

⁶⁴ Para ello nos basamos en el artículo de Hannah Arendt “We refugees”, y en el análisis realizado por Mansour, Kholoud, “Proteger la dignidad de los desplazados sirios”, *Sirios en desplazamiento*, Revista Migraciones Forzadas, núm. 57, febrero 2018, pp. 5-6; Fisher, Nigel, “Prólogo: el legado de la pérdida” en *La crisis Siria*, Revista Migraciones Forzadas, núm. 47, pp. 4-5.

⁶⁵ Véase Habermas, Jürgen, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Diánoia*, volumen LV, núm. 64, mayo 2010, pp. 105-121.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 10, 18, 19 y 22.

⁶⁷ Cfr. Toscano, Manuel, “Human Dignity as High Moral Status” en Weinstock, Daniel Marc (ed.), *Les ateliers de l'éthique*, vol.6, núm. 2, 2011, p. 7.

⁶⁸ Véase por ejemplo Lee, Patrick y Robert P. George, “The Nature and Basis of Human Dignity”, *Ratio Juris*, vol. 21 núm. 2, Junio 2008. En virtud de tener tal naturaleza, todos los seres humanos son personas; y todas las personas poseen una dignidad profunda, inherente e igual. Por lo tanto, cada ser humano merece pleno respeto moral; Rob Faesen, S.J., « La tradition mystique chrétienne et la dignité de la personne humaine », *Théologiques* 18/2, 2010, p. 38.

⁶⁹ Sensen, Oliver, “Human dignity in historical perspective: The contemporary and traditional paradigms”, *European journal of political theory*, vol.10 núm. 1, enero 2011, pp. 72-85. Véase también Barroso, Luís Roberto,

Esa comunicación es indispensable para la reconstrucción puesto que la aceptación en una jurisdicción depende en gran parte del valor que cada comunidad les da a los seres humanos en movimiento. Se tendría entonces que aceptar que los movimientos masivos de personas no están regulados y que, para lograr su gestión, es necesario incluirlos como concepto jurídico en un ordenamiento normativo, el cual no se puede basar únicamente en el derecho de un Estado de aceptarlos o no, sino en el derecho que tienen los seres humanos a formular una solicitud ante una autoridad competente.

5.2. Los límites de acción de los Estados

Según lo que proponemos, se debe reconocer que la gestión de las crisis migratorias y humanitarias sale de la competencia puramente estatal para ubicarse a otro nivel, por lo que es necesario aceptar a los movimientos masivos de migración como una nueva comunicación jurídica. Nuestro argumento se sustenta básicamente en las fallas reconocidas por los propios Estados, las cuales fueron analizadas a lo largo de nuestra tesis. En efecto, desde que comenzó a hacerse visible la crisis migratoria en Europa y en la frontera norte de México y sur de Estados Unidos, pareciera que los diferentes actores políticos están de acuerdo en una sola cosa: el régimen migratorio actual es insostenible en periodos de afluencia masiva. Además, existe un llamado unánime a transformar el régimen para evitar más muertes. Sin embargo, esas tensiones siempre han existido y siguen sin resolverse, lo que ha cambiado ahora es que cada vez más personas se están moviendo en flujos masivos de migración mixta, en los cinco continentes y de forma mediática, lo que las hace visibles y viene a irritar nuestra conciencia colectiva⁷⁰.

En los capítulos anteriores analizamos el origen de esa tensión, que hace que la migración se vuelva un irritante, pues el derecho migratorio ha sido construido con una lógica basada en la idea del Estado soberano que debe proteger a sus ciudadanos, pero que sin embargo se compromete a respetar los

“Here, there, and everywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse”, *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 35, núm. 2, 2012, p. 360.

⁷⁰ Rupp, George, “Rethinking the Assumptions of Refugee Policy: Beyond Individualism to the Challenge of Inclusive Communities”, *Journal on Migration and Human Security*, vol. 4, núm. 3, 2016, p. 78

derechos de todos los seres humanos que se encuentran en su territorio. ¿Cómo puede entonces un Estado que no cuenta con la capacidad suficiente para proveer de lo mínimo a sus propios ciudadanos, comprometerse a garantizar los derechos mínimos a las personas que entran a su territorio de forma irregular en movimientos masivos y mixtos?

Sin duda, el hecho de aceptar a un cierto número de personas implica para el Estado receptor una carga financiera que, independientemente de que a la larga sea benéfica para el propio Estado pues el migrante contribuirá a su economía, en los primeros años representa un gasto que los miembros de ese Estado normalmente asignan a sus ciudadanos. Sin embargo, es precisamente esa percepción de la migración la que impide avanzar en la reconstrucción en términos de “humanidad”.

Los académicos e investigadores están de acuerdo en que el régimen actual se basa en la idea de “ciudadanía”, derivado de la idea tradicional de la formación de las comunidades. La migración está incluida en esa idea, y la categorización de personas está realizada para excluir, no para incluir⁷¹. Nosotros sostenemos que, en tiempos de crisis esa lógica tradicional se rompe y la única forma de poder realmente reconstruir es con un cambio de percepción de los movimientos masivos, para lo cual es importante escuchar el reclamo que realizan los seres humanos en movimiento en términos de humanidad. Pareciera fácil aceptar que todos los seres humanos tenemos un deber respecto a todos los seres humanos porque todos somos humanos, pero la idea del Estado no fue concebida en esos términos, y sin embargo se le exige un deber universal de proteger a todos los seres humanos. En principio, cuando el Estado se encuentra ante el dilema entre garantizar la supervivencia y bienestar de sus propios ciudadanos y la de los extranjeros que se encuentran en su territorio, pareciera que la respuesta más lógica es que debe priorizar a sus ciudadanos. La realidad es que existen dos normas en conflicto⁷².

⁷¹ Ferrajoli, Luigi, *cit.* p. 58.

⁷² Para Itamar Mann no se trata solamente de una elección moral sino del sentido del deber, por lo tanto, es una elección jurídica. Mann, Itamar, *Humanity at Sea ...*, *cit.*, p. 210.

Como el derecho migratorio ha surgido precisamente para limitar ese deber universal, y como tanto los Estados como los migrantes son cada vez más creativos, los unos para exigir derechos universales, y los otros para evitar que los migrantes lleguen a sus territorios de forma desordenada, nuestro argumento se basa precisamente en que los Estados no pueden ejercer esa competencia siguiendo la lógica nacional, pues no tienen ni el interés ni la capacidad para hacerlo.

5.2.1. Las fallas reconocidas

Cada vez que una crisis migratoria o humanitaria es declarada, son los propios Estados los que reconocen que no estaban preparados para esa situación. Cuando se trata de una catástrofe natural es comprensible que un Estado se declare incapaz de hacer frente a la crisis, pues normalmente se trata de situaciones que no se pueden prever, pero cuando se trata de movimientos masivos, surge la duda de si realmente los Estados no habían previsto la posibilidad de una crisis. Por ejemplo, ¿cómo es que la Unión Europea no pudo prever la inminente crisis al constatar que la mitad de la población de Siria se desplazó hacia Líbano, Jordania, Turquía e Iraq? ¿Cómo es que México no pudo prever que una crisis se desataría en la frontera norte con los Estados Unidos, a sabiendas que unos treinta mil haitianos estaban realizando un viaje desde Brasil con la intención de llegar a Estados Unidos y que unos cinco mil centroamericanos viajaban en caravanas en su territorio?

Los Estados suelen reconocer las fallas internas, pero también culpan a los demás países del desorden. Lo cierto es que las políticas migratorias de algunos países afectan inevitablemente al resto de los países⁷³, ello sin ignorar las consecuencias humanitarias del desorden, como lo veremos a continuación.

5.2.1.1. Falta de preparación para las crisis

Frente a un número sin precedentes de migrantes que se presentan a las fronteras, la mayoría de los países se han declarado incapaces de realizar la gestión. Aunque existe un marco jurídico migratorio en cada país, la llegada

⁷³ Martin, Susan F., “New Models of International Agreement for Refugee Protection”, *Journal on Migration and Human Security*, vol. 4, núm. 3, 2016, p. 63.

masiva de personas a la frontera hace imposible su aplicación exacta. Así, sostenemos que la falta de preparación está relacionada con la falta de un régimen aplicable en casos de crisis. En efecto, los países preparan sus políticas migratorias para que sean aplicadas en tiempos normales.

En una situación de normalidad, el Estado elige a los migrantes en función de las categorías preestablecidas y determina un número límite de refugiados que puede recibir sin perjudicar el nivel de vida de sus ciudadanos, por lo que válidamente puede rechazar a ciertas personas que son “indeseables”, según los criterios de la comunidad. Ello es parte de lo que se conoce como migración ordenada, segura y legal. El problema surge cuando se presentan miles de personas en las fronteras solicitando asilo, en movimientos irregulares y en un breve periodo de tiempo. Los Estados no tienen los recursos humanos ni financieros para hacer frente a esas situaciones, lo cual genera caos y confusión, con las consecuencias humanitarias que estudiamos en el primer capítulo.

5.2.1.2. Xenofobia y movimientos anti-migración

La segunda falla que reconocen los Estados es que los movimientos masivos provocan una percepción negativa de la migración. Los Estados no quieren que la percepción sea generalizadamente negativa, pues la migración es deseable con ciertos parámetros, pero cuando se realiza de forma desordenada la situación genera sentimientos encontrados: entre el odio a todos los migrantes, nacionalismo extremo, criminalización y estigmatización. Sin duda, las políticas restrictivas de control de las fronteras no han ayudado en ese sentido, pues envían un mensaje de exclusión que alimenta la xenofobia y eso puede utilizarse para legitimar la violencia contra los migrantes⁷⁴.

La falla consiste entonces en la interpretación que se hace respecto de las crisis, en la que se ve a los movimientos masivos como una amenaza a la seguridad, a la identidad nacional y al bienestar económico. Ello se traslada a toda situación de migración y, a menudo, los migrantes que son “diferentes” o

⁷⁴ Türk, Volker, “Prospects for Responsibility Sharing in the Refugee Context”, *Journal on Migration and Human Security*, vol. 4, núm. 3, 2016, p. 52.

“minoritarios”, aunque ya integrados en una comunidad, son los que sufren las consecuencias de la crisis. Los efectos de las crisis en la frontera se llevan al interior para atacar a los migrantes ya instalados, y para impedir a los que llegan una integración completa, lo que provoca otras crisis.

5.2.1.3. Tráfico de personas, trata humana y esclavitud

Otra de las fallas reconocidas por la totalidad de los Estados, es la incapacidad para resolver solos los crímenes internacionales más detestables de la humanidad, como son la trata de personas y la esclavitud. Existe un consenso internacional en que se debe prevenir y combatir a cualquier precio esos crímenes que pesan en nuestras conciencias. La falla consiste en que se trata de controlar los movimientos masivos a través de una regulación “nacional”, a través de políticas restrictivas de gestión de fronteras, mientras que los crímenes subyacentes, entre los que destaca el tráfico de personas, son crímenes transnacionales.

Todos los Estados están llamados a proteger a los migrantes de esos crímenes, pero cuando los migrantes llegan a la frontera de forma masiva, pareciera imposible determinar si son víctimas. El ejemplo que más ha sacudido la conciencia de la humanidad es el de la venta de migrantes como esclavos en Libia⁷⁵, todos los países han repudiado la situación, sin embargo, todos reconocen su incapacidad para hacerle frente. El llamado que se hace es a la comunidad internacional como un todo, esos crímenes, se reconoce, no pueden ser combatidos por un solo país, Libia en este caso.

5.2.2. Capacidad financiera

Ya mencionábamos que la recepción de personas en un Estado, cuando no está planificada, pone en aprietos a la comunidad que los recibe pues dicha comunidad tiene que pagar el sustento de esas personas, aunque estas no hayan contribuido. El beneficio para la comunidad se verá en el largo plazo, es decir, una vez que el migrante se integre, trabaje y pague impuestos, pero en el corto plazo,

⁷⁵ Martin Pérez, Idufe, «Venta de esclavos en Libia destapa vergüenzas de la política europea», *El Tiempo*, 3 de diciembre de 2017, <http://www.eltiempo.com/mundo/europa/criticas-a-la-politica-migratoria-europea-por-denuncias-de-venta-de-esclavos-en-libia-157834>, consultado el 15 de mayo de 2019.

la realidad es que algunas comunidades no están preparadas para recibir a grandes masas. Los gastos a corto plazo necesarios para brindar apoyo a los recién llegados pueden ser sustanciales e incluyen asistencia humanitaria para proporcionar alimentos, alojamiento y apoyo básico a los ingresos; gastos iniciales asociados con la capacitación lingüística y la escolarización necesarias; y los gastos asociados con el procedimiento de inmigración.

Más adelante estudiaremos cómo es que las propias comunidades, como un acto de compasión o de caridad, son las que en realidad resuelven las crisis humanitarias. Por el momento, cabe mencionar que el presupuesto de esas comunidades no incluye una partida para la ayuda a los migrantes, aunque generalmente sí pueden exigir a sus gobiernos que se declare una crisis para obtener recursos. Así, los gobiernos afrontan retos difíciles para diseñar políticas de migración que respondan de manera adecuada al desequilibrio económico que provoca la instalación masiva de personas en una comunidad en el corto plazo⁷⁶.

5.2.2.1. El reparto de la carga

El apoyo económico para sufragar los costos de proteger y asistir a los refugiados y a las personas desplazadas es desde hace tiempo parte del marco de la cooperación internacional, el cual se realiza a través de diversas agencias como fondos comunes, el Fondo Central para la Acción en Casos de Emergencia de la ONU⁷⁷ y la Evaluación de las Necesidades Globales del ACNUR⁷⁸. En ese sentido, los Estados no se sienten colectivamente responsables, sino que atienden los llamados según se van presentando y según afecten o no a sus territorios. Eso no significa que no cooperen para que las crisis se resuelvan, pero utilizan otros medios.

Muchas propuestas han surgido para que la carga se reparta entre los Estados, a través de un reasentamiento ordenado y justo⁷⁹, sin embargo, el

⁷⁶ OECD, *International Migration Outlook 2018*, 20 de junio de 2018, https://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/international-migration-outlook_1999124x.

⁷⁷ Véase United Nations CERF, <https://cerf.un.org/>.

⁷⁸ Véase UNHCR, “Funding UNHCR’s Programs”, http://reporting.unhcr.org/sites/default/files/gr2017/pdf/02_Funding.pdf.

⁷⁹ Por ejemplo, un sistema de match perfecto en el que los refugiados y los Estados se eligen mutuamente, Jones, Will y Alexander Teytelboym, “Matching Systems for Refugees”, *Journal on Migration and Human Security*, vol. 5, núm. 3, 201, p. 669 y ss.

reasentamiento todavía constituye solo una pequeña fracción de la solución a la crisis migratoria internacional, pues parece que no hay lugar para todos. Lo anterior, se debe en gran parte a que son los propios migrantes quienes deciden sus rutas migratorias, los Estados solo reaccionan. Las preferencias de los migrantes en movimientos masivos, no corresponde a las de los Estados quienes responden con el rechazo masivo, con las consecuencias humanitarias que se siguen viviendo hasta el momento.

Ante los costos que puede representar el recibir a un gran número de personas en un corto periodo, lo ideal sería que todos los Estados contribuyan de una u otra forma asumiendo la responsabilidad global de los seres humanos que se encuentran en esos flujos⁸⁰. En un mundo ideal, todos los Estados deberían compartir la responsabilidad de proteger a los refugiados⁸¹, lo que implicaría que ante la afluencia masiva de personas, todos los Estados miembros de la comunidad internacional aceptarían en sus territorios a un cierto número de refugiados. La realidad es que muy pocos asumen la responsabilidad, lo cual es consecuencia del propio régimen de refugiados: el que recibe al solicitante de asilo debe ocuparse de él. Sin embargo, los Estados no son responsables de todos los que se presenten en su frontera, sino solo de aquellos que califiquen como refugiados. El debate moral se instala nuevamente porque dicha determinación es imposible en un corto periodo de tiempo o porque es evidente que todas esas personas necesitan protección internacional. Aunado a lo anterior, se ha reconocido que la plena protección no es solo recibir a una persona en una comunidad de forma temporal, sino encontrar una solución duradera: permanecer en el tercer país y construir una nueva vida allí o la repatriación voluntaria.

5.2.2.2. La falta de personal

Como vimos en el capítulo primero, cuando las personas se presentan de forma masiva a una frontera, el primer paso es determinar su situación migratoria, lo cual no puede realizarse en un corto periodo de tiempo. En todos los casos, los

⁸⁰ *Cfr.* Mathew, Penelope, *cit.* p. 78

⁸¹ Véase, Türk, Volker, *cit.* p. 49.

Estados han alegado que no cuentan con el personal suficiente para realizar los trámites en un tiempo oportuno, lo que provoca caos en las fronteras. En Europa, el trámite pareciera ser más tardado pues se tienen que tomar los datos biométricos, realizar un análisis de seguridad y de salud, lo cual puede tardar meses. En el caso de los migrantes que intentan cruzar desde Tijuana, lo que se ha venido realizando es la inscripción en una lista para permitir a los migrantes instalarse en Tijuana mientras esperan la fecha de su cita, lo cual puede durar meses.

Como parte de la gestión de ambas crisis, se ha ido aceptando la ayuda de organismos internacionales, pero sobre todo para la repatriación voluntaria, no para determinar los casos específicos de necesidad de protección internacional, aunque el ACNUR ha declarado varias veces que todos los ciudadanos Sirios son refugiados y que los centroamericanos están en una situación de evidente necesidad de protección internacional.

El caso es que ningún Estado cuenta con el personal suficiente para hacer frente a las entradas masivas. Aunque se ha ido incrementando el número de agentes de migración en las fronteras, la realidad es que se sigue sin contar con los recursos humanos para estudiar cada caso en forma individual y respetando las normas de derecho internacional. La situación que más se ha denunciado es la de los niños migrantes, pues en esos casos, el derecho internacional prevé la obligación de procurar el interés superior del menor, lo cual no debería ser realizado por agentes de migración.

5.2.2.3. La falta de espacios

Junto con la falta de personal se ha ido alegando la falta de espacios para recibir a las personas en movimiento de forma digna y humana. Los largos periodos de espera implican la obligación para el Estado receptor de ofrecerles condiciones mínimas de alimento, vivienda, salud e higiene, mientras esperan. Eso ha provocado las crisis humanitarias que referimos en el primer capítulo y, en el caso de Europa, la instalación de campos de refugiados semipermanentes, pues los gobiernos se han declarado sobrepasados.

La falta de espacios en los Estados en realidad provoca la creación de otros espacios en los que no hay jurisdicción, espacios en los que los migrantes son tratados como si fueran seres humanos de segunda clase⁸², como en el caso de los campos de refugiados o albergues como lugares “provisionales” para realizar una gobernabilidad alternativa. Algunos investigadores piensan que ese tipo de espacios no son más que técnicas de exclusión y que, por lo tanto, impiden el acceso a una jurisdicción⁸³. Pareciera que los campamentos de refugiados son en realidad una técnica de gobernabilidad, aunque no jurídica pues ninguna autoridad es competente en esos espacios, es decir, que son utilizados como medida de seguridad⁸⁴. En realidad, los campamentos de refugiados, y las detenciones por periodos prolongados, están provocando situaciones inhumanas que no están reconocidas ni por la legislación interna ni en pactos internacionales, por lo que la laguna jurídica es evidente.

5.3. Nueva conciencia y nuevas herramientas

Hasta ahora ha quedado claro que el régimen migratorio actual no funciona en tiempos de crisis. Por ello, nuestra propuesta no es cambiar el régimen migratorio aplicable en tiempo normal, sino construir un régimen jurídico migratorio internacional aplicable en tiempos de crisis. La necesidad de tal régimen es, desgraciadamente, evidente por la cantidad de conflictos internacionales en curso, el aumento de las tensiones y la violencia, aunado a las catástrofes naturales, por lo que es casi seguro que las migraciones masivas se sigan presentando.

Desde nuestro punto de vista, solo un cambio en la forma de percibir esos movimientos masivos permitirá la reconstrucción del derecho migratorio internacional. El desafío consiste en desarrollar un régimen adecuado para proteger a los seres humanos que se encuentren dentro de esos flujos migratorios. Aunque el deber de proteger a todos los seres humanos sin tomar en

⁸² Entrevista con Michel Agier, “Le temps de l’encampement”, *Revue l’Histoire*, núm. 73, octubre-diciembre 2016, p. 87.

⁸³ Cfr. Bulley, Dan, “Inside the tent: Community and government in refugee camps”, *Security Dialogue*, vol. 45, núm. 1, 2014, pp. 64-68.

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 76-77.

consideración su estatus migratorio es, en principio, moral, consideramos que es precisamente el cambio de percepción sobre el fenómeno lo que podrá llevar a su reconocimiento jurídico. Para ello, nos basamos en las expectativas normativas arriba descritas, las cuales interpretamos como un reclamo en términos de nuestra humanidad compartida, lo que se comprueba con el tipo de respuestas que se han dado a las crisis hasta el momento, es decir, que muy poco tienen que ver con la capacidad o la incapacidad de recibir a los migrantes.

Así pues, creemos que la reconstrucción del régimen depende en gran medida del reconocimiento de que algo no está funcionando y de que se tienen que cambiar las cosas pues todos los seres humanos somos responsables por un deber de humanidad. Pero ello, como lo argumentaba Habermas, no puede venir de los gobiernos solamente, sino que debe surgir de toda la humanidad en su conjunto. Los llamados constantes del Secretario General de las Naciones Unidas y de diversos líderes políticos en ese sentido, nos dan una idea de lo delicado que es el paso de lo moral a lo jurídico. Aunque reconocemos que el replanteamiento del régimen debe ser realizado por los principales actores políticos internacionales, estamos convencidos de que nuestra tesis puede servir de base para la transformación del discurso, el cual debe ser desde ahora una reflexión de lo que está en juego cuando se pone en riesgo a los seres humanos.

Ahora bien, los Estados parecen estar de acuerdo en que tienen una cierta responsabilidad moral en materia migratoria pero no toda la responsabilidad y mucho menos la culpa. El desafío es convencerlos de cambiar el discurso para que, ante movimientos masivos, su rol salga de la esfera nacional para centrarse en los problemas de la humanidad, pues el Estado forma parte de una comunidad internacional cuyo objetivo es precisamente el de preservar la humanidad. Así pues, argumentamos que la comunidad internacional debe asumir la responsabilidad, para lo cual se deben crear los instrumentos para regular a los movimientos masivos de migración.

5.3.1. La dignidad como base del deber de humanidad

Ha quedado claro hasta ahora que el derecho internacional ya no se basa solamente en la soberanía, sino que el régimen internacional de derechos humanos impone ahora que las decisiones que se tomen se hagan a partir de consideraciones de humanidad, y específicamente para preservar la dignidad humana. El respeto de la dignidad del ser humano en movimiento se identifica con el objetivo final de todo orden jurídico, y consiste en asegurar que toda persona cuenta con las condiciones mínimas para ejercer sus derechos por el simple hecho de pertenecer a la humanidad, independientemente de la jurisdicción en la que se encuentre. Por ejemplo, Cançado Trindade, pudo demostrar que todas las decisiones internacionales se toman con base en consideraciones de humanidad. Evidentemente, todo depende de lo que el juez considere como “humanidad”, para lo cual debe tomar en cuenta no solo el derecho internacional sino también el derecho interno. Como él subraya, "los reclamos a la humanidad siempre están infectados por la particularidad del hablante, el mundo de su experiencia, cultura y profesión, conocimiento e ignorancia"⁸⁵.

Nuestro desafío consiste en plantear ese derecho con los medios del derecho positivo, aceptando al mismo tiempo las tensiones que surgen de la obligación moral de respetar la dignidad humana. Ya expusimos que la expectativa de los seres humanos en movimiento es la de poder realizar una reclamación de derechos humanos ante una autoridad competente, es decir, los migrantes que arriesgan sus vidas tienen la expectativa de ser tratados como humanos, por lo que el fundamento no puede encontrarse más que en la idea de dignidad humana, entendida como algo inherente al ser humano que puede ser reclamado a otro pues los seres humanos aceptan ciertos principios incondicionales de conducta y por lo tanto es legislador y depositario de la dignidad. En su libro *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* Kant escribe lo siguiente: “En el reino de los fines todo tiene o un precio o una dignidad. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente; en cambio, lo

⁸⁵ Cançado Trindade, Antonio Augusto, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, Estados Unidos, Brill, 2013, p. 280.

que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad”. Kant escribe más adelante que “(...) la dignidad de la humanidad consiste precisamente en esa capacidad de ser legislador universal”⁸⁶. En ese sentido, la dignidad deriva de una predisposición, de una capacidad, de una potencialidad de la humanidad y por ello, el ser humano debe hacerse digno de la humanidad y superar su condición natural básica para alcanzar un cierto modelo de perfección moral, una obligación a desarrollar por parte de cada individuo⁸⁷. Así, el imperativo categórico para alcanzar esa dignidad es: “Obra de tal modo que uses la humanidad siempre como un fin y nunca solamente como un medio”. Uno de los ejemplos que utiliza Kant para explicar el imperativo, nos sirve para sustentar la idea de “nuestra humanidad común”:

Una persona a la que le va bien, ve a otros luchando contra grandes dificultades. Él podría ayudarles, pero piensa: ¿qué me importa? Que cada cual sea lo feliz que el cielo o él mismo quiera hacerle: nada voy a quitarle, ni siquiera le tendré envidia; no tengo ganas de contribuir a su bienestar o a su ayuda en la necesidad. Ciertamente, si tal modo de pensar fuese una ley universal de la naturaleza, podría muy bien subsistir la raza humana y, sin duda, mejor aún que charlando todos de compasión y benevolencia, ponderándola o aun ejerciéndola en ocasiones, y, en cambio, engañando cuando pueden, traficando con el derecho de los hombres o lesionándolo en otras maneras varias. Pero aun cuando es posible que aquella máxima se mantenga como ley natural universal, es, sin embargo, imposible querer que tal principio valga siempre y por doquiera como ley natural, pues una voluntad que así lo decidiera se contradiría a sí misma, ya que podrían suceder algunos casos en que necesite del amor y compasión ajenos, y

⁸⁶ Kant, Emmanuel, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, texto íntegro de la traducción de Manuel García Morente, Puerto Rico, Edición de Pedro M. Rodario Barbosa, 2007, p. 81.

⁸⁷ Véase el análisis realizado por Pele, Antonio, “Kant y la dignidad humana”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, núm. 111, julio-diciembre 2015, pp. 15-46.

entonces, por la misma ley natural oriunda de su propia voluntad, veríase privado de toda esperanza de la ayuda que desea⁸⁸.

En el mismo sentido, Dworkin resume los dos principios que definen las bases y las condiciones de la dignidad humana: (i) toda vida humana tiene un valor potencial intrínseco y (ii) todos tienen la responsabilidad de hacer realidad ese valor en su propia vida⁸⁹, por lo que “no puedes actuar de una manera que niega la importancia intrínseca de cualquier vida humana sin un insulto a tu propia dignidad”⁹⁰.

La preocupación por la humanidad, por lo tanto, es preocupación por todos los seres humanos y las condiciones que todos enfrentan. Por ese simple hecho, las personas en movimiento deberían importarnos porque en su humanidad nuestra humanidad está en juego. Por ello planteamos que la responsabilidad no es del Estado, en su rol de soberano de un territorio, sino de la humanidad, quien debe estar dispuesta a responder a las necesidades manifestadas por los seres humanos en situaciones de vulnerabilidad, pues entre esos seres humanos puedo estar incluido yo mismo.

Con base en lo anterior, creemos que el cambio de percepción consiste en ver al ser humano en movimiento independientemente de su categoría de migración, pues ello cambia la forma de ver la realidad y los valores que fundan los derechos parecen más lógicos. Es precisamente con los movimientos masivos de migración mixta que las mejores expresiones de solidaridad humana salen a la luz, lo que nos permite construir un argumento en términos de humanidad. No obstante, en la reconstrucción del derecho migratorio internacional, el concepto de humanidad no puede tener una interpretación casuística, requiere un compromiso *a priori* de derechos humanos en un sentido largo, a partir de la idea de la dignidad humana, la cual es un valor universal ya consagrado a nivel internacional. Como lo señala David Hollenbach, las identidades étnicas o nacionales nunca son motivos legítimos para excluir a las personas de los

⁸⁸ Kant, Emmanuel, *cit.*, p. 37.

⁸⁹ Dworkin, Ronald, “Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate”, *Princeton University Press*, online edition, 2008, p. 5.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 10.

requisitos más básicos de su dignidad humana⁹¹. Así, cualquier rol que se le atribuya al Estado en la gestión de las crisis migratorias y humanitarias, debe ser en términos de nuestra humanidad compartida.

5.3.2. La crisis como preocupación común de nuestra humanidad

La idea de lo humano como valor universal tiene especial importancia en materia migratoria, sobre todo en periodo de crisis. Como pudimos constatar en los dos primeros capítulos, el derecho migratorio se basa en la idea de la soberanía del Estado de decidir quién puede entrar a su país y bajo qué condiciones. Sin que lo anterior se discuta, en época de aumentos importantes de flujos migratorios, la gestión de las crisis se tiene que realizar tomando en consideración el factor humano como un principio moral, sea el de salvar vidas o simplemente el de venirles en ayuda⁹², en nombre de reivindicaciones universalmente legítimas basadas en la idea de la dignidad humana que da origen al régimen internacional de los derechos humanos. Así pues, en situaciones de crisis, se hace constantemente un llamado a la humanidad, como un principio de responsabilidad inevitable, que redefine el rol del Estado ante dichos movimientos.

Las crisis son un punto crítico porque nos pone ante un dilema que pone en perspectiva nuestra idea de humanidad. La respuesta a las crisis nos muestra que esa conciencia ya existe, y que muchos son los que están dispuestos a responder en esos términos, aun si no tienen competencia legal para ello. Así, pareciera que en época de crisis se desarrolla un nuevo *ethos* basado en un valor fundamental diferente al que se da en la construcción del derecho nacional, y por ello muchos hacen un llamado a que todos respeten esos valores.

Consideramos entonces que, para dar el paso hacia una regulación internacional de las crisis migratorias, es indispensable el reconocimiento de la humanidad como valor basado en la idea de la dignidad humana. Así pues, la gestión de las crisis no puede reducirse a salvar vidas, pues eso implicaría que

⁹¹ David Hollenbach, S.J., "Borders and Duties to the Displaced: Ethical Perspectives on the Refugee Protection System", *Journal on Migration and Human Security*, vol. 4, num. 3, 2016, p. 150.

⁹² Cfr. Vibert, Stéphane, « L'érrance et la distance. La déshumanisation comme figure de l'humanité », *Anthropologie et Sociétés*, vol. 27, núm. 3, 2003, p. 126 y 132.

algunas vidas son más importantes que otras, como las de los refugiados por encima de los desplazados internos o de los propios nacionales. Para regular las crisis, se tiene que ir más allá de las simples categorías, pues como lo hemos estado repitiendo, el categorizar excluye.

Parte de nuestro argumento consiste en que se tiene que atender al reclamo legítimo de los seres humanos en movimiento de ser tratados como humanos. Itamar Mann habla de ello como el dilema existencial al que debe hacer frente un agente de migración u otra autoridad competente, de rescatar a una persona o dejarla morir. “Enfrentar al balsero universal, requiere que un individuo o un grupo juzgue y tome su propia determinación normativa”⁹³. Así, la respuesta que se dé a la presión migratoria dependerá en gran parte de cómo se interpreta el mensaje: como un chantaje o como un grito de desesperación. Pero también de cómo se ve el receptor del mensaje: como miembro de una comunidad amenazada (y entonces menos digno que yo), o como miembro de una humanidad amenazada, de la que yo también formo parte. En palabras de Itamar Mann “solo alguien que no puede ser expuesto a un riesgo moral es absolutamente inmune a dicho mensaje”⁹⁴.

En la reconstrucción es indispensable escuchar e interpretar el mensaje, lo cual dependerá en mucho de la percepción que en general se tenga de las migraciones y de la conciencia que se tenga de los problemas que afectan a la humanidad como un todo. Pero la responsabilidad implica el poder atribuirle a un agente ciertas cosas. En ese sentido, cuando se dice que un agente es responsable de algo, lo que se quiere decir es que posee la capacidad suficiente para responder. Así pues, consideramos que un Estado, con la lógica puramente nacional, no tiene la capacidad de responder a los movimientos masivos, pero sí la tiene como miembro de la comunidad internacional, como lo expondremos a continuación.

⁹³ Mann, Itamar, *Humanity at Sea...*, cit., p. 159.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 160.

5.3.3. La responsabilidad de la comunidad internacional

Nuestro planteamiento consiste básicamente en reconocer que los Estados, al declararse incompetentes en una cierta situación de gobernabilidad, están reconociendo que se tiene que ejercer otro tipo de jurisdicción, a partir de otra lógica, la cual, intuimos, es la legitimación de una jurisdicción internacional basada en un deber de humanidad. Así pues, el tipo de reconstrucción que proponemos exige un esfuerzo teórico sobre el tipo de comunidad internacional que existe y sobre el que se necesita para realizar la gobernabilidad de las crisis. Para ello, es necesario reconocer que la comunidad internacional no precede a la existencia de los Estados, de las relaciones internacionales entre ellos y de su regulación por medio del derecho internacional. Robert Kolb se dio a la tarea de investigar el origen histórico de la comunidad internacional, destacando que dicho concepto no ha tenido una evolución lineal, sino que se ha ido construyendo conforme se han ido suscitando situaciones que exaltan la necesidad de cooperar⁹⁵. De su estudio histórico, Kolb concluye que no es posible tener una sola definición de comunidad internacional porque se trata de un concepto evolutivo, que se ha ido construyendo y que se seguirá construyendo en el tiempo, lo cual depende en gran medida de lo que la humanidad entienda que deba ser adjudicado a una comunidad más amplia por el tipo de conflictos o amenazas que se presentan y que afectan a toda la humanidad⁹⁶.

Así pues, tenemos que ir más allá del simple concepto de sociedad de Estados que reduce el derecho internacional a la voluntad de los Estados manifestada exclusivamente a través de los tratados internacionales⁹⁷. Por ese motivo, adoptamos la concepción de comunidad internacional del profesor Ángel Rodrigo como sigue: “El concepto de comunidad internacional describe el marco social, político y jurídico en el que se dan las relaciones entre los Estados, que son los miembros primarios de la misma, y otros miembros que defienden sus

⁹⁵ Kolb, Robert, « Quelques Réflexions sur la Communauté Internationale », *African Year Book of International Law*, Annuaire Africain de droit international Online, vol. 10, núm. 1, 2004, p. 444.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 449.

⁹⁷ Véase por ejemplo la argumentación en favor de la concepción de las relaciones internacionales como una sociedad en lugar de comunidad de Poch y G. de Caviedes, Antonio, “Comunidad internacional y sociedad internacional”, *Revista de Estudios Políticos*, vol. II, núm. 12, noviembre-diciembre de 1943, pp. 341-400.

intereses, mantienen relaciones de coexistencia y cooperación y tienen valores e intereses comunes a los Estados y generales de toda la comunidad. Algunos de estos valores, relaciones e intereses están regulados por el Derecho internacional público que los incorpora y formaliza jurídicamente⁹⁸.

Ello se complementa con la idea de que, al declararse una crisis, es el propio Estado el que acepta que no puede gobernar una cierta situación y hace un llamado a la comunidad internacional, por lo que, en palabras de Dworkin, eso sería suficiente para que sea considerado como vinculante para todas las naciones⁹⁹. Con base en esas ideas, el fundamento para la reconstrucción del derecho migratorio internacional estaría en lo que Dworkin denomina “obligación asociativa”¹⁰⁰, pues las obligaciones entre los Estados se crean no solamente por consentimiento, sino por la fuerza moral de la relevancia de gobernar un fenómeno en un orden internacional satisfactorio¹⁰¹.

En *Law's Empire*, Dworkin explica que si una comunidad se siente responsable de una situación sin que explícitamente lo haya elegido, lo es por lo que denomina “obligaciones asociativas”, en virtud de las cuales, sin que se tenga necesariamente que firmar un contrato social para cada caso, una persona se siente responsable con respecto a otra, o asume la responsabilidad de ciertas situaciones sin que se encuentren previstas en un ordenamiento jurídico positivo detallado para el caso problemático, por “reciprocidad”¹⁰². Para que esa reciprocidad sea posible, Dworkin plantea cuatro requisitos: (1) los miembros de un grupo deben considerar las obligaciones del grupo como especiales, que se mantienen claramente dentro del grupo, y no como deberes generales que sus miembros deben igualmente a las personas que se encuentran fuera de él; (2) deben aceptar que estas responsabilidades van directamente de cada miembro a otro miembro, no solo al grupo en su conjunto en un sentido colectivo; (3) deben

⁹⁸ Rodrigo, Angel J., “Entre *Westfalia* y *Worldfalia*: la comunidad internacional como comunidad social, política y jurídica”, en García, Caterina, *et al*, *La tensión cosmopolita: avances y límites en la institucionalización del cosmopolitismo*, Universidad de la Rioja, España, 2016, p. 25.

⁹⁹ Dworkin, Ronald, “A New Philosophy for International Law”, *Philosophy & Public Affairs* 41, Num. 1, 2013, p. 6.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 11.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 20.

¹⁰² Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Estados Unidos, Harvard University Press, 1986, pp. 196-198.

ver que estas responsabilidades se derivan de una responsabilidad más general que cada uno tiene para preocuparse por el bienestar de los demás en el grupo; (4) deben suponer que las prácticas del grupo muestran no solo preocupación sino también una preocupación igual para todos los miembros¹⁰³. Aunque esos elementos fueron planteados en términos de individuos, en otro trabajo Dworkin asegura que son igualmente aplicables en las relaciones internacionales¹⁰⁴.

Para Dworkin, solo el modelo de “comunidad basada en principios” cumple con esos requisitos, pues los miembros de ese tipo de comunidad aceptan que sus derechos y deberes políticos no se agotan por las decisiones particulares a las que han llegado sus instituciones políticas, sino que dependen, en general, del esquema de principios que esas decisiones presuponen y respaldan. Por lo tanto, cada miembro acepta que otros tienen derechos y que tiene deberes que se derivan de ese esquema, a pesar de que nunca se han identificado o declarado formalmente. Tampoco supone que estos derechos y deberes adicionales están condicionados a su aprobación incondicional si ese esquema, estas obligaciones surgen del hecho histórico de que su comunidad ha aceptado ese esquema¹⁰⁵.

Sin querer entrar en el debate sobre si la comunidad internacional está legitimada en términos de un cierto derecho, siguiendo las ideas de Dworkin, consideramos que la mejor manera de plantear la responsabilidad de la comunidad internacional es reconociendo que se trata de una comunidad de principios, pues cumple con los cuatro requisitos de reciprocidad como sigue:

(1) Los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas consideran sus obligaciones como especiales y no como deberes generales que sus miembros deben igualmente a las personas que se encuentran fuera de él.

¹⁰³ *Ibid.*, pp. 199-200.

¹⁰⁴ Dworkin, Ronald, “A New Philosophy for International Law”, *cit.*, p. 11.

¹⁰⁵ Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, *cit.*, p. 211. Leslie Green critica esta forma de concebir las obligaciones pues sugiere que una comunidad simple se convierte en una verdadera comunidad si los requisitos se cumplen, independientemente de las actitudes de sus miembros, por lo que se cae en una imputación interpretativa de dichos elementos que nadie puede respaldar, por lo que, en lugar de resolver el problema de la legitimación, lo evita, imponiendo requisitos difíciles de justificar. Véase Green, Leslie, “Law and obligations”, en Coleman, Jules, *et al*, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford Handbooks Online, septiembre de 2012, pp. 533-535. Véase también Green, Leslie, “Associative Obligations and the State”, en Hutchinson, Allen y Green, Leslie, eds., *Law and the Community: The End of Individualism?*, Canada, Carswell, 1989, pp. 93-118.

En efecto, la *Carta de las Naciones Unidas* se firmó en 1945 por los representantes de 51 países, pero sin cerrar la puerta a otros Estados que quisieran adoptar el modelo expuesto en el artículo 4: «podrán ser Miembros todos los Estados amantes de la paz que acepten las obligaciones consignadas en esta Carta, y que, a juicio de la Organización, estén capacitados para cumplir dichas obligaciones y se hallen dispuestos a hacerlo». Así pues, la comunidad internacional está formada por los Estados que han sido aceptados como miembros de la Organización de las Naciones Unidas pues adhieren a los valores de la misma. Ahora bien, no todos los países del mundo forman parte de dicha organización, pues no todos han sido reconocidos como soberanos por dicha organización. Actualmente, hay nueve países que no son reconocidos por la ONU¹⁰⁶. Eso significa, que la comunidad internacional no reconoce ninguna obligación respecto a dichos países, lo cual incluye a sus ciudadanos.

Ahora bien, al otorgar el estatuto de Estado miembro de las Naciones Unidas, la comunidad internacional da la bienvenida a ese Estado como corresponsable en la comunidad de las naciones. Por otra parte, el nuevo Estado acepta las responsabilidades derivadas de su adhesión a la comunidad, por lo que asume una responsabilidad soberana, tanto en términos de funciones internas como de obligaciones externas. De ese modo, cada Estado acepta seguir los principios subyacentes mencionados en la Carta y que están dirigidos a esa comunidad en específico.

(2) Los Estados aceptan que las responsabilidades que asumen al formar parte de la ONU van directamente de cada miembro a otro miembro, no solo al grupo en su conjunto en un sentido colectivo.

Los Estados asumen sus responsabilidades de forma particular, asumiendo que los otros miembros hacen lo mismo, pues todos siguen los mismos objetivos. Por ejemplo, el artículo 2 de la *Carta de las Naciones Unidas* menciona “ [...] Los

¹⁰⁶ Para ser miembro de la organización, el Estado candidato debe presentar una solicitud al Secretario General y una carta en la cual acepta todos los términos de la Carta. Después de eso, su solicitud es examinada por el Consejo de Seguridad, antes de ser sometida a un voto por los 193 miembros. Los países que no forman parte de la ONU son: Kosovo, La República de Osetia del Sur y Abjasia, Nagorno Karabaj, Transnistria, o República Moldava, Pridnestroviana, Nueva Rusia o Unión de Repúblicas Populares, República Turca del Norte de Chipre, República Árabe Saharaui Democrática, Taiwán o República de China.

Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta [...] Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia [...] Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.”

Tradicionalmente, esos principios han sido considerados como la justificación primaria de la soberanía externa de los Estados, pero Dworkin argumenta que en realidad esos principios son parte del sistema coercitivo de cada Estado, lo cual trasciende a obligaciones para sus propios ciudadanos. De ahí que la obligación general de los Estados es la de tratar de mejorar el sistema internacional, pues ello favorece la legitimidad de su propia gobernabilidad. En ese sentido, los Estados en realidad se están comprometiendo a hacer lo que puedan para que el sistema internacional funcione, aunque ello implique restricciones a su poder soberano, y en eso radicaría la base moral del derecho internacional¹⁰⁷.

(3) Las responsabilidades de los Estados no derivan únicamente de la adopción de la Carta de las Naciones Unidas sino de una responsabilidad más general que cada uno tiene para preocuparse por nuestra humanidad común, lo cual se centra en los propios pilares de la creación del derecho internacional público, es decir, la preservación de la humanidad, pues el rol del Estado pasa de ser puramente nacional al de un actor transnacional que se compromete en términos de nuestra humanidad común.

El artículo 1 de la *Carta de las Naciones Unidas* sería suficiente para fundamentar dicha responsabilidad, pues prevé como propósitos de la ONU: (i) mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir

¹⁰⁷ Dworkin, Ronald, “A New Philosophy for International Law”, *cit.*, pp. 16-18.

actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; (ii) fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal; (iii) realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y (iv) servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes.

No obstante, a la carta se han ido sumando los instrumentos siguientes, brevemente analizados en los capítulos segundo, tercero y cuarto, que refuerzan la idea de responsabilidad común basada en el principio de la dignidad humana: la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los principales tratados internacionales de derechos humanos, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, incluido el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata en Personas especialmente mujeres y niños y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, el Acuerdo de París, y las convenciones de la Organización Internacional del Trabajo sobre la promoción del trabajo decente y la movilidad laboral. En todos estos instrumentos se expresan las preocupaciones comunes de la humanidad y la necesidad de trabajar en comunidad para resolverlos.

Además, la propia evolución de las relaciones internacionales, así como la complejidad de los problemas internacionales a los que los Estados tienen que hacer frente, ha llevado a reconocer una preocupación común en ciertos temas a través de diferentes instrumentos: Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (resolución 70/1); Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030 (resolución 69/283); Agenda de Acción de Addis Abeba de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo (resolución

69/313); Informe del Grupo Independiente de Alto Nivel sobre las Operaciones de Paz: aunar nuestras ventajas en pro de la paz – política, alianzas y personas (A/70/95); El reto de mantener la paz: informe del Grupo Consultivo de Expertos sobre el Examen de la Estructura para la Consolidación de la Paz (A/69/968); Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres, Preventing Conflict, Transforming Justice, Securing the Peace: A Global Study on the Implementation of United Nations Security Council resolution 1325; Informe del Secretario General sobre las mujeres y la paz y la seguridad (S/2015/716); Informe del Panel de Alto Nivel sobre Financiación Humanitaria, “Too important to fail: addressing the humanitarian financial gap”, enero de 2016. En ese mismo tenor se elaboraron los Pactos mundiales sobre migración y sobre refugiados que analizamos en los capítulos tercero y cuarto, los que reflejan, una vez más, la necesidad de tratar ciertos asuntos que salen de la competencia puramente estatal por toda la comunidad internacional en nombre de nuestra humanidad común.

(4) Al formar parte de la comunidad internacional, los Estados suponen que las prácticas del grupo muestran una preocupación igual para todos los miembros, lo cual abarca la idea de humanidad. El preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas es claro en ese sentido:

Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional, a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad, y con tales finalidades a practicar la tolerancia y a convivir en paz como buenos vecinos a unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, a asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se

usará la fuerza armada sino en servicio del interés común, y a emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todas los pueblos, hemos decidido aunar nuestros esfuerzos para realizar estos designios. Por lo tanto, nuestros respectivos Gobiernos, por medio de representantes reunidos en la ciudad de San Francisco que han exhibido sus plenos poderes, encontrados en buena y debida forma, han convenido en la presente Carta de las Naciones Unidas, y por este acto establecen una organización internacional que se denominará las Naciones Unidas.

En el mismo sentido abundó el entonces secretario de las naciones unidas, Kofi Annan, en un artículo titulado “Nosotros los pueblos”, en el cual expone:

Cuando finaliza el siglo XX, Naciones Unidas es más esencial para la vida de más personas que nunca. Con nuestro trabajo en las áreas del desarrollo, el mantenimiento de la paz, el medio ambiente y la sanidad, estamos ayudando a las naciones y comunidades a construir un futuro mejor, más libre y más próspero. Por encima de todo, nos hemos comprometido con la idea de que los derechos humanos de los individuos, independientemente de su sexo, etnia o raza, no podrán ser violados ni ignorados. Esta idea está englobada en la Carta de Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Es nuestra principal fuente de inspiración y lo que impulsa nuestros principales esfuerzos. A comienzos del siglo XXI, sabemos que sin el respeto por los derechos del individuo, ninguna nación, ni ninguna comunidad, ni ninguna sociedad, puede ser verdaderamente libre. A lo largo de este último año, el individuo ha sido el centro de todos mis esfuerzos para desarrollar nuestro entendimiento de lo que significa ser una comunidad de naciones. Independientemente de que el motivo fuera propiciar el desarrollo, resaltar la importancia de la acción preventiva, o intervenir -traspasando incluso fronteras estatales- para poner coto a las violaciones crasas y sistemáticas de los derechos humanos, el individuo ha sido el foco de todas nuestras preocupaciones. Entre otras cosas porque la soberanía de los Estados, en su sentido más básico, está siendo redefinida por las fuerzas de la globalización y la cooperación internacional. Hoy en día la creencia general es que los Estados sirven a sus pueblos, y no al contrario. Al mismo tiempo, la soberanía individual -y con esto quiero decir los derechos humanos y las

libertades fundamentales de todos y cada uno de los individuos, como estipula nuestra Carta- se ha visto reforzada por una renovada conciencia del derecho de cada individuo a controlar su destino.¹⁰⁸

5.3.4. La conciencia colectiva

El interés legítimo en términos de “nuestra humanidad” solo puede ser construido a partir de la conciencia universal de la existencia de esa humanidad. Sostenemos que es precisamente esa conciencia la que provoca la tensión para que la crisis sea aceptada como comunicación jurídica. En efecto, es precisamente en periodo de crisis que esa conciencia surge y provoca la tensión, el dilema existencial y la exigencia de que se dé una respuesta jurídica a los reclamos de los millones de personas que se encuentran atrapadas en movimientos masivos de migración. Pareciera que la única forma de asumir la responsabilidad es escuchando el mensaje de los migrantes y la vergüenza colectiva que sus muertes o las condiciones inhumanas en las que viajan y sobreviven nos producen, con la convicción de que debemos actuar de una manera o de otra, incluso aunque implique ir en contra de las reglas establecidas, es decir, seguir nuestra conciencia colectiva¹⁰⁹. Tal vez en el caso de los individuos sea más fácil de entender, sin embargo, cuando se trata de una comunidad, cabe preguntarse si existe o puede existir una conciencia colectiva.

Al respecto, hemos decidido apoyarnos en la teoría sobre el hecho social de Durkheim. Según este autor, existe un nivel descriptivo de lo social, independiente del nivel psicológico individual que constituye la base de la sociabilidad. Una vez que los individuos de la sociedad entran en relaciones recíprocas algo nuevo surge de estas relaciones¹¹⁰. Durkheim presupone que la moral instituida socialmente posee un carácter objetivo, permitiendo que sea considerada una totalidad. En opinión de Durkheim, es la objetividad de la moral instituida socialmente lo que le da su carácter obligatorio frente a los individuos

¹⁰⁸ Kofi Anan, “Nosotros los pueblos”, *El País*, 27 de diciembre de 1999, https://elpais.com/diario/1999/12/27/opinion/946249204_850215.html, consultado el 23 de junio de 2019.

¹⁰⁹ Blais, Martin, *Une morale de la responsabilité*, Quebec, Canadá, Les Éditions Fides, 1984, pp. 42-44.

¹¹⁰ Durkheim, Émile, *Sociologie et philosophie*, Paris, Francia, PUF, 1974, p. 43.

que se someten a ella. La moral se opone al individuo singular como una autoridad que no puede ser cuestionada ni enmendada. Nosotros, los miembros de la sociedad, no somos moralmente forzados porque estamos amenazados con sanciones, sino porque hemos alcanzado una comprensión de la autoridad característica de la moral¹¹¹.

Como la ley moral se encuentra fuera del individuo, es decir, en el hecho social, la responsabilidad por el cumplimiento o incumplimiento de la misma reside en la sociabilidad. Si esto es así, una comunidad sí puede tener conciencia de su responsabilidad. Parafraseando a Durkheim, la conciencia de cada individuo sería la base para la constitución del hecho social, y una vez constituido ese hecho alcanza un carácter *sui generis*, como algo distinto de los individuos, a lo que podría denominársele conciencia colectiva¹¹².

Según Durkheim, el estado real de la sociedad es el asiento de la moralidad. El estado de la sociedad es también el estándar objetivo desde el cual el acto moral puede ser evaluado. Una forma alternativa de moralidad sólo puede ser producida por un cambio en la totalidad de la forma de la sociedad, y en cualquier momento el estado de la sociedad constituye una "razón" más allá del punto de vista del individuo. Debido a su razón inmanente y su elevación sobre los individuos singulares, es la sociedad misma la finalidad de la moralidad¹¹³.

Siguiendo la teoría de Durkheim sobre el hecho social, cuando se habla de conciencia colectiva se estaría refiriendo a una ley moral objetiva, es decir, que ha salido de la conciencia del individuo para centrarse en un ente creado como un hecho social y a la cual todos los individuos adhieren. Así, cuando se habla de conciencia colectiva en materia internacional, se estaría refiriendo a las leyes morales a las que internacionalmente se han ido adhiriendo no solo los Estados, sino todos los seres humanos y lo que implica un llamado a responsabilizarse por ciertos hechos sociales que surgen de las relaciones internacionales¹¹⁴.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² *Cfr, ibid., p. 45.*

¹¹³ *Ibid., p. 54.*

¹¹⁴ Al respecto véase, Nollkaemper, Andre y Jacobs, Dov, "Shared Responsibility in International Law: A Conceptual Framework", *Michigan Journal of International Law*, vol. 34, núm. 2, invierno de 2013, p. 370.

La manifestación de dicha conciencia colectiva es más evidente en casos de crisis humanitarias, en las que la humanidad entera expresa cierta empatía ante el sufrimiento de otros seres humanos, ya sea ante catástrofes naturales o porque se ven imágenes de niños desnutridos o en condiciones de supervivencia, o porque se haga evidente que existen abusos de autoridad, como en el caso de esclavitud o de genocidio. Sin embargo, ello no implica necesariamente que haya un sentimiento de “culpa” generalizado, pareciera más bien que es solo la aceptación de un ideal humanitario. Si la violación en cuestión contraviene ese ideal, entonces estaríamos dispuestos a exigir que se realicen acciones concretas. El primer reflejo que tendríamos es exigir que nuestros Estados hagan algo, luego que la comunidad internacional haga algo¹¹⁵, pero en la mayoría de las crisis humanitarias lo que hemos observado es que miles de personas, actuando de forma individual, como sociedad civil o a través de organismos humanitarios o de asociaciones religiosas o no gubernamentales, ofrecen ayuda, que va desde dar dinero hasta arriesgar sus propias vidas para ayudar.

5.4. La regulación internacional de las crisis

Hasta ahora ha quedado claro que el régimen migratorio actual no funciona en tiempos de crisis. Por ello, nuestra propuesta no es cambiar el régimen migratorio aplicable en tiempo normal, sino construir un régimen jurídico migratorio internacional aplicable en tiempos de crisis, es decir, cuando el propio Estado está manifestando que no tiene la capacidad para hacerle frente a la llegada de flujos masivos de migración mixta. La comunidad internacional debe entonces intervenir con fundamento en su deber de proteger a todos los seres humanos como hemos sostenido en el apartado anterior, pero para ello se debe determinar el régimen de competencias. De ese modo, sostenemos que no se puede seguir gestionando las crisis migratorias con una lógica puramente nacional, pues el objetivo tendría que ser el garantizar que los seres humanos en movimiento podrán realizar un reclamo legítimo.

¹¹⁵ Al respecto véase la crítica realizada por David Rieff, *cit.* p. 91.

Por ello, creemos que lo primero que se tiene que hacer es reconocer que en época de crisis es imposible clasificar a los migrantes. En realidad, ante la afluencia masiva de personas no existe una gran diferencia no solo en términos de su vulnerabilidad, sino también en cuanto a sus perspectivas económicas. Todos desean llegar a un país seguro en el que podrán trabajar y vivir dignamente. Para ello seguimos las ideas de Singh Juss quien propone promover la protección de los refugiados vinculándola con la protección de todos los migrantes pues todos sufren problemas comunes de migración¹¹⁶. Sin embargo, nosotros vamos un paso más, pues consideramos que en época de crisis los Estados son renuentes a aceptar que todos son refugiados¹¹⁷. En lo que sí estamos de acuerdo es en que distinguir entre refugiados y migrantes no es útil en tiempos de crisis.

Singh plantea la reforma del derecho de los refugiados y, para ello propone una aproximación del derecho de los refugiados con el derecho migratorio en general y el derecho internacional de los derechos humanos¹¹⁸. Para nosotros, no se trata simplemente de ampliar la categoría de refugiados, lo que se necesita es dejar de pensar en los movimientos masivos en términos de uno u otro tipo de derechos, sino como seres humanos en movimiento formulando un reclamo universal, basado en la idea de dignidad humana, en busca de una jurisdicción que los reciba. Máxime que los migrantes ya tienen derechos por el simple hecho de ser humanos¹¹⁹, lo que necesitan son garantías y que alguien responda por ellas. De ahí que no sirve de nada proponer reformas a los regímenes existentes, sino que vale la pena intentar la reconstrucción a partir de un nuevo paradigma de las migraciones masivas.

Como lo vimos en el apartado anterior, de nada sirve exigir mayor responsabilidad a Estados que no se sienten responsables de las migraciones o que no tienen compasión por los seres humanos en movimiento. La visibilidad que

¹¹⁶ Singh Juss, *cit.*, p. 237.

¹¹⁷ *Ibidem*, para este autor se tiene que seguir reconociendo la particularidad de los refugiados, pero dentro de un marco más general pues de lo contrario son vistos como migrantes no deseados.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 242.

¹¹⁹ Véase por ejemplo Chetail, Vincent, "The Human Rights of Migrants in General International Law: From Minimum Standards to Fundamental Rights", *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 28, núm., 2013, p. 238.

da una crisis migratoria o humanitaria y el dilema existencial embarazoso son una gran oportunidad para el cambio de conciencia sobre el fenómeno¹²⁰. Este tipo de concientización ha funcionado con las crisis humanitarias cuando se hacen visibles por organismos internacionales.

El segundo punto que nos servirá de base para la reconstrucción del derecho migratorio internacional es el reconocimiento de los actores que sí gestionan las crisis: los organismos internacionales y las comunidades receptoras. Esto parte del principio de que los seres humanos en movimiento son responsabilidad de todos. Sin embargo, como dichos movimientos se realizan en el marco de un régimen construido con base en la idea del Estado soberano, delimitado por fronteras y que debe proteger a sus ciudadanos, es indispensable modificar las reglas del juego, para que los actores que realizan la gobernabilidad de las crisis cuenten con los recursos necesarios para operar.

La depuración realizada a lo largo de nuestra tesis nos permite plantear los elementos para la reconstrucción¹²¹: (i) qué, es decir la situación de gobernabilidad, (ii) dónde, es decir, el territorio de aplicación o escala de gobernabilidad; (iii) quién, es decir, la autoridad competente; (iv) cómo, es decir, las técnicas y la capacidad de regular.

5.4.1. La situación de gobernabilidad

Nuestra propuesta consiste en escudriñar los elementos que el propio fenómeno de movilidad humana exige que se tomen en cuenta jurídicamente, como si se tratara de un diálogo entre las diferentes fuerzas implicadas. Es indispensable entonces cambiar la forma de percibir los movimientos masivos de migración: en lugar de considerarlos en términos de fronteras, territorio y seguridad, serían vistos en términos de una preocupación común de la humanidad, pues detrás de esos movimientos se encuentran problemas subyacentes que no han sido resueltos y porque detrás del movimiento se

¹²⁰ Mármora, Lelio, *cit.*, p. 93.

¹²¹ Basados en la propuesta metodológica de Mariana Valverde, “Jurisdiction and scale: legal ‘technicalities’ as resources for theory”, *Social & Legal Studies*, vol. 18, núm. 2, 2009, pp. 139–157.

encuentran seres humanos vulnerables. De alguna manera estás personas se mueven “sin bandera”, por lo que la responsabilidad no pertenece a un Estado en particular. Como propone Luigi Ferrajoli “[...] desvincularlos de la ciudadanía significa reconocer el carácter supra-estatal —en los dos sentidos de su doble garantía constitucional e internacional— y por tanto tutelarlos no sólo dentro sino también fuera y frente a los Estados, poniendo fin a este gran *apartheid* que excluye de su disfrute a la gran mayoría del género humano contradiciendo su proclamado universalismo. Significa, en concreto, transformar en derechos de la persona los dos únicos derechos que han quedado hasta hoy reservados a los ciudadanos: el derecho de residencia y el derecho de circulación en nuestros privilegiados países”¹²².

Sostenemos entonces que, en época de crisis, una sola categoría existe: la de seres humanos en movimiento. Este término ha sido utilizado frecuentemente por el ahora Secretario General de las Naciones Unidas, Antonio Guterres, para referirse principalmente a los movimientos precipitados e irregulares, en su mayoría forzados, sobre todo para integrar a un mayor número de personas bajo el mandato del ACNUR. Pero se necesita ampliar el concepto más allá de la vulnerabilidad para liberarnos de las limitaciones conceptuales.

5.4.1.1. Crisis como concepto jurídico

Hasta ahora, las crisis son tratadas como algo excepcional, que debe ser gestionada o resuelta. Por ello, pareciera ilógico construir el derecho migratorio bajo la perspectiva de una situación que está destinada a desaparecer, pero creemos que eso es una negación de la realidad. En efecto, si nos fijamos a las más recientes crisis migratorias y humanitarias, así como a los perpetuos conflictos internacionales que parecen no tener solución, nos parece que ese tipo de tensiones que han sido rechazadas como comunicaciones jurídicas, en realidad deben ser admitidas como tales para garantizar una solución duradera.

No se trata de crear un marco jurídico que se vaya creando conforme se vayan presentando las crisis, sino de un verdadero derecho migratorio

¹²² Ferrajoli, Luigi, *cit.*, p. 117-118.

internacional aplicable en situaciones de crisis. No obstante, la reconstrucción basada en las crisis depende en gran medida de la interpretación que se haga de las mismas. Creemos que hay gran esperanza en ese sentido con la adopción de los pactos mundiales para la migración y para los refugiados, pues incluyen a los gobiernos, la sociedad civil, el sector privado, las organizaciones internacionales y la comunidad académica, aunque como vimos, ninguno de los compromisos se refiere a las crisis en particular.

Concretamente, el aceptar la crisis como concepto jurídico implicaría que cuando un Estado declara que no tiene la capacidad para gestionar los flujos masivos de migración, se declare la competencia de la comunidad internacional, la que debe responder de forma inmediata a través de los mecanismos que se hayan pactado previamente con los Estados Miembros.

5.4.1.2. Movimientos masivos de migración

Nos parece que, en periodos de crisis, la más alta consideración debe ser la de hacer frente a una situación que implica a un considerable número de personas (entre las que podemos encontrarnos cualquiera de nosotros), cuyo movimiento significa que algo no está funcionando en alguna parte del mundo, cuyos Estados se han convertido en fuentes de peligro y no de protección, y que se están moviendo para buscar una vida digna. El carácter masivo del fenómeno da ya una idea de que la situación es crítica y de que el reclamo es legítimo. En lugar de buscar una categoría o tratar de determinar si unos son más vulnerables que otros, es indispensable reconocer al movimiento como un mensaje en sí mismo.

5.4.2. Cambio de nivel de gobernabilidad

Nuestra propuesta incluye un cambio de nivel de gobernabilidad, para lo cual es importante considerar dos aspectos: (i) cuando se declara una crisis en realidad se está reconociendo la incapacidad de gobernar el problema; (ii) la gobernabilidad se realiza como reacción y no necesariamente por las autoridades que tienen la competencia en materia migratoria.

Si se acepta que la crisis migratoria es una comunicación jurídica derivada de la tensión creada por el movimiento masivo de personas y la incoherencia del sistema, que normalmente tiene como consecuencia una crisis humanitaria derivada de la falta de capacidad de gestión de ese flujo por las autoridades competentes (según el concepto jurídico), nos parece que es indispensable reflexionar sobre si dichas autoridades son realmente competentes, según sus capacidades reales.

Argumentamos que en realidad no existe una autoridad competente en tiempos de crisis, pues dicho término no tiene hasta ahora un reconocimiento jurídico. En efecto, los tratados aplicables y las autoridades competentes se declaran frecuentemente incompetentes en tiempos de crisis y eso en todos los niveles. Las crisis estudiadas nos demuestran que múltiples actores intervienen en su gestión, con un llamado constante a que se dé una respuesta coherente, pues se considera que exceden el ámbito nacional. Así, nos parece indispensable que exista una autoridad competente para la gestión de los movimientos masivos de personas, desde su prevención hasta el reasentamiento.

Nuestra propuesta es que cada Estado siga teniendo la última palabra respecto a la admisión de migrantes y refugiados, por lo que no se trata de ceder la soberanía o delegar su jurisdicción en materia migratoria. Cada Estado seguiría emitiendo su política migratoria, según su específica perspectiva de regulación de entrada, permanencia y salida de extranjeros de su territorio y según sus necesidades específicas o sus capacidades. El cambio de nivel propuesto es específico a las crisis y tiene como base el reconocimiento explícito de la incapacidad de gestionarlas a nivel nacional. Creemos que la gobernabilidad de las crisis migratorias y humanitarias debe construirse al mismo tiempo de abajo-arriba y de arriba-abajo: otorgando a las administraciones locales la competencia y los recursos que necesitan para recibir a los flujos migratorios, pero también estableciendo una jurisdicción internacional para coordinar los movimientos en las etapas críticas.

Así, desde nuestro punto de vista, el derecho migratorio internacional debe cubrir, además de las políticas migratorias nacionales, otros dos niveles: (i) la gobernabilidad internacional durante las crisis migratorias y (ii) la gobernabilidad local o municipal de las crisis humanitarias.

5.4.2.1. La inter-legalidad

Para determinar quién debe hacer qué, nos basamos en la teoría de la inter-legalidad del sociólogo portugués Boaventura De Sousa Santos¹²³, para quien existen tres espacios legales y sus correspondientes formas jurídicas: local, nacional e internacional (o mundial). “El derecho local implica un derecho de gran escala. El derecho nacional sería un derecho de escala mediana y el derecho internacional sería un derecho de escala menor.”¹²⁴ La escala se refiere básicamente a los niveles de gobierno. De esa forma, el autor asegura que como la escala crea el fenómeno, las diferentes formas de derecho crean diferentes objetos jurídicos, eventualmente sobre los mismos objetos sociales, creando así realidades jurídicas diferentes dependiendo del nivel de gobierno¹²⁵. La dificultad radica en que la vida socio-jurídica está constituida por diferentes espacios legales que operan simultáneamente a diferentes niveles y desde diferentes puntos de vista. Así, lo más importante no es identificar los diferentes órdenes legales sino trazar la complejidad y las relaciones cambiantes entre ellos, lo que denomina “interlegalidad”¹²⁶.

Siguiendo nuestro análisis, la inter-legalidad en materia migratoria se realizaría en tres escalas:

1. La escala mundial estaría encargada de regular las crisis migratorias que no pueden ser reguladas por los Estados pues ellos mismos se declaran sobrepasados o incompetentes.

¹²³ Boaventura De Sousa Santos, “Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law”, *Journal of Law and Society*, vol. 14, num. 3, octubre de 1987.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 287.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 288.

2. La escala nacional estaría encargada de regular la admisibilidad o la inadmisibilidad en un territorio, siguiendo los criterios que cada Estado ha determinado como parte de su política migratoria.
3. La escala local estaría encargada de regular las situaciones de emergencia humanitaria una vez que se ha declarado una crisis migratoria.

5.4.2.2. La creación de espacios

Uno de los grandes temas de la regulación de los movimientos masivos de personas es la creación de espacios. Hasta ahora el debate se ha centrado en la capacidad que tienen o de la que carecen los Estados para recibir una importante cantidad de personas en un breve lapso. A la hora actual, pareciera que no hay lugar en ninguna parte del mundo para recibir a los millones de personas en movimiento que se encuentran todavía varadas en las fronteras. Nuestra propuesta incluye entonces la creación de espacios. Si no hay lugar, entonces hay que crearlo. Evidentemente, esto implica llevar la reflexión más allá de la simple idea de espacio en el sentido cartográfico.

Así pues, entendemos el espacio como una creación o producción. Para ello, nos basamos en el concepto de espacio de Nicholas Blomley: “El espacio, como el derecho, no es una categoría vacía u objetiva, sino que tiene una relación directa con la manera en que se despliega el poder y se estructura la vida social... Las categorías y distinciones jurídicas, se argumenta, no solo se basan en, sino que sirven para formar la conciencia, de modo que el lenguaje cotidiano se imbuje del vocabulario de derechos, propiedad y legalidad”¹²⁷. Siguiendo a este autor, una manera importante en la que el espacio aparece en el derecho, irónicamente, es como una ausencia, pues las categorías jurídicas se utilizan para construir y diferenciar espacios materiales lo que, a su vez, adquiere una potencia legal que tiene un impacto directo en aquellos que usan y atraviesan esos espacios¹²⁸, por lo que tiene sentido decir que no hay espacios en el estado actual del derecho.

¹²⁷ Blomley, Nicholas K., *Law, Space and the Geographies of Power*, The Guilford Press, New York, 1994, p. xii

¹²⁸ *Ibid*, p. 54.

La propuesta es entonces desafiar la lógica sobre la cual se han ido construyendo los espacios, para entrelazarlos con el derecho migratorio internacional. Si se acepta que, por su propia naturaleza, los movimientos masivos de migración están creando nuevas geografías, podemos imaginar nuevas formas de responder. La idea entonces es reconfigurar el espacio, por lo que la regulación debe ser proactiva, es decir construir los espacios. Si, como lo proponemos, en lugar de categorizar a las personas en movimiento, se les trata como seres humanos en movimientos masivos, la consecuencia directa es atribuir a dichos movimientos un nuevo espacio, que no tiene que ver con el territorio de un Estado, sino con la posibilidad de formular una reclamación en cualquier parte del mundo, lo cual incluye el propio país del que quiere huir o el más cercano.

5.4.3. Atribución de competencias

La reconstrucción del derecho migratorio internacional implica la necesidad de garantizar que los reclamos de las personas en movimiento serán escuchados por una autoridad competente. Hasta el momento, solo una pequeña parte de los reclamos son escuchados y atendidos. Muchas personas atrapadas en movimientos masivos deciden simplemente no hacer el reclamo pues no hay garantías suficientes de que serán escuchados, por lo que prefieren pasar desapercibidos. Entonces, es necesario crear un régimen de garantías, para proteger no solo a las personas en movimiento, sino también a las comunidades que los reciben, pues la idea es la identificación de todas esas personas lo más rápidamente posible y así evitar que sean víctimas de tráfico o de trata por falta de garantías precisas de que su reclamo será escuchado.

Si se acepta a las crisis migratorias como comunicaciones jurídicas por el derecho internacional, se debe entonces pensar en otorgar la competencia a una autoridad internacional para utilizar los espacios disponibles para realizar esa gobernabilidad. Por ello, el que una autoridad sea competente de los flujos masivos de migración mixta, implicaría la creación de una jurisdicción que pueda recibirlos y garantizar sus derechos. El desafío entonces es crear una nueva jurisdicción.

5.4.3.1 El rol de los organismos internacionales

Nos parece que las crisis migratorias representan claramente uno de los fenómenos que salen del control estatal para situarse en otro nivel que actualmente no está adecuadamente regulado. Nos sirve como fundamento la evolución de la mayoría de los organismos internacionales que están relacionados con la migración, los cuales se han ido adaptando a los grandes desafíos de los movimientos masivos, como lo analizamos en el capítulo cuarto, aunque siguen actuando bajo mandatos específicos de los Estados.

Si los Estados aceptan que, al no ser competentes en materia de crisis migratorias, la comunidad internacional debe realizar la gobernabilidad de los flujos migratorios mixtos, ello implicaría una decisión de la Asamblea General de la ONU para realizar una ampliación de mandato de una organización internacional. Incluso se puede hacer como una reinterpretación del mandato, como lo han venido haciendo el ACNUR, la OIM y el Comité Internacional de la Cruz Roja desde sus inicios, con el objetivo de incluir a todas las personas vulnerables en movimientos masivos de migración. En todos los casos, implica que el Estado reconozca que la situación no es de su competencia y que la comunidad internacional debe entrar en acción, por lo que las acciones de los organismos internacionales no pueden seguir supeditadas a mandatos específicos de los Estados, sino a un mandato general que sería otorgado por la comunidad internacional.

Desde nuestro punto de vista, ello no implica formar un gobierno global, solo se necesita otorgar competencia a ciertas instancias para poder realizar una gobernabilidad coherente cuando se decreta una crisis migratoria¹²⁹.

Nuestra propuesta concreta es la asignación de competencias en gestión de crisis a dos organismos internacionales ya existentes: OIM y ACNUR. Estas organizaciones cuentan con la experiencia, los conocimientos y el personal

¹²⁹ Como lo explicamos más arriba, el razonamiento de Ronald Dworkin nos parece pertinente pues argumenta que cuando existe evidencia suficiente de que todos los Estados están de acuerdo en algo, entonces eso es suficiente para que sea considerado como vinculante para todas las naciones. Véase Dworkin, Ronald, *A New Philosophy for International Law*, *cit.*, p. 6.

necesario para hacer frente a cualquier crisis que se presente, pero gran parte de su actuación está limitada por la falta de financiamiento. Por ello, consideramos que el cambio de competencia permitiría igualmente la asignación de mayores recursos para la gestión de las crisis internacionales¹³⁰. Nos parece entonces que sus mandatos deben ser modificados para poder diversificar sus fuentes de financiamiento.

Para la gestión de las crisis, esos dos organismos internacionales tendrían que coordinar las acciones de monitoreo de los flujos migratorios, por lo que deberían contar con representaciones u oficinas en todos los países. Nuestra propuesta incluye el que sean estas dos organizaciones las encargadas de recibir las solicitudes de los seres humanos en movimiento, y eso sin importar en qué parte del mundo estén. Creemos que estos dos organismos internacionales tendrían la capacidad para determinar, mejor que nadie, quién tiene necesidad evidente de protección internacional, por un lado, y qué países pueden ofrecerla, por el otro. Por su parte, los seres humanos en movimiento tendrían toda la información necesaria para tomar sus decisiones, mucho antes de emprender un camino peligroso. El rol de esos organismos se podría presentar en tres etapas:

1. Antes de salir del territorio, en una situación de guerra, violencia generalizada, catástrofe natural, que provoca desplazamientos masivos, una persona que piensa que debe salir de su país porque no tiene otra opción para sobrevivir, podría presentarse ante la oficina del ACNUR o de la OIM en su país, o en el país vecino, para obtener la mayor información posible para realizar un reclamo legítimo de derechos humanos. Las agencias internacionales tendrían que determinar inmediatamente si la persona necesita protección internacional y canalizarla.

2. Cuando ya se está en tránsito, las personas que se encuentran en movimientos masivos de migración podrían presentarse ante la oficina del ACNUR

¹³⁰ Evidentemente los problemas de financiamiento de la ONU deben tomarse en consideración, la ONU siempre ha hecho frente a grandes desafíos para asegurar que los Estados Miembros realicen sus aportaciones, pero como lo menciona Kelly-Kate S. Pease, todo depende de la voluntad política, de la capacidad que la organización tenga para convencer a sus miembros de que los desafíos mundiales son importantes. Véase Pease, Kelly-Kate S., *International Organizations*, New York, Routledge, 2011, pp. 23-25.

o de la OIM en el país de tránsito e iniciar un procedimiento para ser reconocido con necesidades particulares.

3. Cuando los seres humanos en movimiento ya están en el país de destino, pero el Estado receptor se declara incompetente, estas personas serían canalizadas a las oficinas del ACNUR o de la OIM en ese país, cuyo personal sería el encargado de determinar las necesidades de protección.

5.4.3.2. El rol de los municipios y de la sociedad civil

Si nos fijamos a las observaciones realizadas en nuestra investigación, muy pocos países están dispuestos a asumir una responsabilidad compartida respecto de todas las personas en movimiento que se encuentran varadas en diferentes partes del mundo. Eso es normal, pues su mandato principal es con respecto a sus nacionales. Tal vez lo que da esperanza en esos escenarios es la respuesta de la sociedad civil, principalmente de los miembros de las comunidades en las cuales esas personas se encuentran atrapadas.

Por ejemplo, durante el verano y el otoño de 2015, muchos europeos mostraron una solidaridad abrumadora con los refugiados y los migrantes. Se recibieron tantas donaciones que la policía tuvo que hacer un llamado para que la gente parara de donar¹³¹. Para algunos, las acciones tuvieron la mágica consecuencia de suspender momentáneamente las distinciones percibidas entre locales e inmigrantes¹³². Lo mismo sucedió en diez países del continente americano ante la crisis humanitaria de haitianos varados en diferentes fronteras¹³³. Es interesante ver cómo esas personas no esperan a saber quién es competente o quién es responsable, ellas asumen la responsabilidad de las personas que llegan a sus territorios, no porque una ley les imponga dicho deber, sino porque toman conciencia de que esas personas son seres humanos que

¹³¹ “German Police Forced to Ask Public to Stop Bringing Donations for Refugees Arriving by Train,” *The Independent*, www.independent.co.uk/news/world/europe/german-police-forced-to-ask-public-to-stop-bringing-donations-for-refugees-arriving-by-train-10481522.html, consultado el 16 de mayo de 2019.

¹³² “Times Insider: Reporting Europe’s Refugee Crisis,” *New York Times*, 12 de noviembre de 2015, www.nytimes.com/interactive/2015/11/11/insider/europe-refugees.html, consultado el 16 de mayo de 2019.

¹³³ Véase Coello Cerino, Luz Maricela, “Gobernabilidad por niveles: el caso del flujo de migración haitiano en América”, *Revista Migraciones Internacionales*, COLEF, vol. 10, art. 11, 2019.

necesitan ayuda. En otras palabras, ante el dilema moral, no esperan a que alguna autoridad se haga cargo de ellos, sino que actúan de forma inmediata¹³⁴.

Así pues, la sociedad civil realiza una cierta forma de gobernabilidad de las migraciones. Organizaciones como la Cruz Roja Internacional, Médicos sin Fronteras, Amnistía Internacional, International Crisis Group, Human Rights Watch, así como las asociaciones civiles y religiosas ubicadas en cada paso fronterizo, realizan una importante labor en materia de gobernabilidad, puesto que no realizan únicamente funciones humanitarias, sino que llevan los problemas a los gobiernos, supervisan las políticas y alientan la participación de la comunidad.

Evidentemente, la labor de las organizaciones no gubernamentales y de las asociaciones civiles es fundamental en materia humanitaria. Sin embargo, la intervención cada vez más frecuente de estas organizaciones nos permite entrever una forma de delegación de la gobernabilidad de los flujos migratorios mixtos. En efecto, los Estados cada vez más contribuyen a la creación de ese tipo de organizaciones, les dan recursos y las dejan operar, pero el objetivo es no asumir la responsabilidad. Pareciera que esta nueva forma de gobernabilidad es la única posible debido a la lógica con la que se ha ido desarrollando el sistema jurídico migratorio¹³⁵.

Ahora bien, las autoridades locales no tienen competencia en materia migratoria y, sin embargo, son los primeros que hacen frente a los fenómenos de llegadas masivas con las consecuencias evidentes para los habitantes de esas comunidades. Por ejemplo, en México, la *Ley de Migración* reconoce que las labores de asistencia y de apoyo humanitario en los siguientes términos: “Artículo 72. La Secretaría celebrará convenios con las dependencias y entidades del Gobierno Federal, de las entidades federativas y de los municipios para implementar acciones tendientes a coadyuvar con los actos humanitarios, de asistencia o de protección a los migrantes que realizan las organizaciones de la

¹³⁴ Véase por ejemplo Albahari, Maurizio, “From Right to Permission: Asylum, Mediterranean Migrations, and Europe’s War on Smuggling”, *Journal on Migration and Human Security*, vol. 6, Núm., 2, 2018, p.7, Véase también, Topham Smallwood, Frances, “La participación de activistas refugiados en el Líbano en actividades de socorro” en *La crisis siria ... cit*, p. 19.

¹³⁵ *Cfr.* David Rieff, *cit.*, p. 302.

sociedad civil legalmente constituidas”. Así, las autoridades locales y las organizaciones de la sociedad civil deben buscar el financiamiento para la gestión, el cual tarda en llegar por el juego de la competencia. En ese sentido, no es suficiente con reconocer su labor, sino que es preciso otorgarles competencia y recursos suficientes para realizar adecuadamente esta labor, por lo que proponemos lo siguiente:

- Otorgar una competencia específica en materia de urgencia migratoria a las comunidades, sobre todo aquellas donde la migración y los desplazamientos masivos son frecuentes, con el fin de otorgarles los recursos necesarios y un mandato específico de coordinar la gestión de esas personas;
- Otorgar una competencia específica a esas comunidades para elaborar programas concretos sobre migración, sobre todo en lo que se refiere a la recepción e integración de los extranjeros que llegan a sus territorios.

5.4.4. Cómo: Técnicas – Régimen de responsabilidades

Consideramos que no es necesario desarrollar nuevas normas mediante acuerdos multilaterales. Las normas en el derecho internacional de los derechos humanos ya existen, más bien se requieren directrices, las cuales como vimos en el capítulo cuarto, son posibles de realizar a través de los mecanismos de *soft law*. Las directrices ayudarían a los Estados a determinar en qué casos se tiene que decretar una crisis migratoria o humanitaria y ofreciendo una interpretación acordada de las crisis, y de los movimientos masivos, en términos de necesidad de protección internacional, e identificando cualquier brecha normativa u operativa.

Por otro lado, es necesario determinar cómo se van a canalizar a los seres humanos en movimiento. Algunos autores proponen que el reparto se haga en función de la capacidad de respuesta de los Estados, es decir, la capacidad de proteger y la capacidad de pago¹³⁶. Ello evidentemente sería lo ideal si se pudiera comprobar ambas capacidades. Sin embargo, no creemos que eso pueda

¹³⁶ Mathew, Penelope, *cit.* pp. 243-246.

realizarse con criterios universales. Por ejemplo, México tiene la capacidad de proteger y la capacidad de pago, y sin embargo es considerado por muchas organizaciones internacionales como incapaz de brindar seguridad a sus nacionales y mucho menos a los migrantes en tránsito.

Para seguir la lógica de nuestro argumento principal, no podemos más que proponer que la responsabilidad sea compartida en términos de “solidaridad”. Para ello, seguimos el análisis realizado por Avery Kolers, para quien la solidaridad consiste en tratar a los demás de forma equitativa, por lo que no es opcional¹³⁷. Para este autor, la solidaridad es un “deber perfecto” porque es la respuesta lógica para aquellos que han sido tratados injustamente: “las vidas de las personas y sus medios de subsistencia están en juego, y escuchamos su llamado, y tienen derecho a esperar nuestra ayuda. Usted y yo esperaríamos lo mismo: si nosotros, en peligro de muerte, gritáramos a otros que estuvieran en posición de ayudarnos, sería una indignación e injusticia si nos ignoraran”¹³⁸.

Así, la base para la responsabilidad compartida no pueden ser las capacidades de los países sino el nivel de conciencia que tengan sobre el valor del ser humano. Por lo que un Estado que no respeta los derechos humanos de sus nacionales, muy difícilmente se sentirá obligado con respecto a otros seres humanos, y sería incluso perverso enviar a personas vulnerables a países en los que se sabe a ciencia cierta que serán maltratados, como está sucediendo en México y en Libia. Nuestra propuesta es entonces cambiar el nivel de gobernabilidad para que el mensaje sea global y los Estados sean llamados a actuar en términos de solidaridad, no de cuotas. Tenemos el ejemplo claro de que eso es posible al ver la respuesta del gobierno de Canadá a la crisis migratoria en Europa. Canadá no es un país fácil de acceso por vías irregulares, sin embargo, respondió a la crisis en términos de solidaridad con los países europeos y admitió al menos unos 40 000 refugiados sirios en un modelo público-privado para asumir los gastos¹³⁹. Del mismo modo, el Papa Francisco hizo un llamado a todas las

¹³⁷ Kolers, Avery, *A Moral Theory of Solidarity*, Reino Unido, Oxford University Press, 2016, p 119.

¹³⁸ *Ibid.*, p 148.

¹³⁹ Government of Canada, “Syrian Refugee Resettlement Initiative”, <https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/services/refugees/welcome-syrian-refugees/looking-future.html>.

comunidades católicas del mundo para recibir en cada parroquia al menos a una familia de refugiados. Aunque no existen cifras oficiales del número de personas que respondieron al llamado, se sabe que muchos reasentamientos se lograron gracias a esa intervención. El propio Estado Vaticano recibió a varias familias Sirias¹⁴⁰.

5.5. Conclusión

La evolución del derecho internacional y de los movimientos migratorios nos dan las bases para la construcción de un régimen jurídico aplicable en tiempos de crisis. Por ello, aunque coincidimos en que lo ideal sería una gobernabilidad global en todos los aspectos relacionados con la migración, la situación real nos lleva a concluir que las bases no están dadas para llegar a tal gobernabilidad. Lo anterior es así, puesto que los Estados siguen siendo los actores principales del régimen internacional y han defendido en todos los foros internacionales, que la soberanía implica el poder determinar quién puede entrar a sus territorios. También queda claro que su principal responsabilidad, desde una lógica puramente nacional, es con respecto a sus nacionales, y que eso lo harán incluso fuera de sus territorios. No obstante, han manifestado en múltiples tratados, convenios, declaraciones y pactos, la necesidad de tratar ciertos aspectos de forma conjunta, reconociendo que hay fenómenos que son de preocupación común de la humanidad.

Nuestro argumento principal para la reconstrucción se basa precisamente en ese reconocimiento, por lo que nuestra propuesta de reconstrucción se hizo con base en la situación posible. En ese sentido, nuestra tarea se centró en determinar los límites de acción de los Estados, ante la presencia de flujos masivos de migración, que están provocando severas crisis humanitarias. Como nuestra propuesta es la reconstrucción de un orden jurídico, nos interesamos en reconocer las tensiones existentes para determinar si es posible o no integrarlas

¹⁴⁰ Hurtado, Luis Miguel, “El Papa arropa a los refugiados en Lesbos y acoge a tres familias sirias”, *El Mundo*, 16 de abril de 2016, <https://www.elmundo.es/internacional/2016/04/16/57112c9ee5fdeadf5f8b4657.html>; EFE, “El Vaticano acoge a 13 nuevos refugiados sirios, miembros de tres familias”, *La Vanguardia*, 30 de abril de 2017, <https://www.lavanguardia.com/vida/20170403/421421476404/el-vaticano-acoge-a-13-nuevos-refugiados-sirios-miembros-de-tres-familias.html>, consultado el 18 de mayo de 2019.

en un marco jurídico. Las tensiones vienen de las expectativas normativas, a las cuales el sistema responde según la lógica con el que fue concebido. Así, el derecho nacional no puede responder a la expectativa normativa de los flujos migratorios mixtos. Por ello, concluimos, que existen en realidad dos expectativas normativas: por un lado, la expectativa del Estado de que su poder soberano de controlar la migración sea respetado y, por otro lado, la expectativa de los seres humanos en movimiento de poder realizar un reclamo legítimo, con fundamento en la dignidad humana, ante una autoridad competente.

Sostenemos que la única forma de responder a dichas expectativas es con un cambio en la forma de regular el fenómeno, lo que, proponemos, debe hacerse de forma vertical, con una lógica transnacional, lo que implica otorgar competencias específicas al ACNUR y a la OIM para la gestión de crisis migratorias y humanitarias, e incluyendo una competencia particular para los municipios y las organizaciones de la sociedad civil. El objetivo es que los que realizan efectivamente la gestión de las crisis cuenten con los recursos necesarios para garantizar las condiciones mínimas a los seres humanos en movimiento. El propósito es construir un orden jurídico que responda a la realidad, posible y aceptable desde el punto de vista político, por lo que nuestra propuesta no es sino el inicio de una amplia reflexión que sugerimos realizar a partir de esa nueva lógica.

CONCLUSIONES

Es difícil concluir una tesis cuando el problema se sigue presentando, pero al menos ello tiene la ventaja de darle pertinencia y presentarla no como algo terminado sino por comenzar. En efecto, las crisis son una gran oportunidad no solo para revisar la forma de regular las migraciones sino también para plantear alternativas. A través de los ejemplos de la crisis migratoria y humanitaria en Europa y la que se ha venido presentando en México y en la frontera con Estados Unidos, hemos podido realizar un diagnóstico de lo que está fallando y de lo que es necesario hacer para garantizar que todos los seres humanos en movimiento puedan hacer valer sus derechos humanos en cualquier parte del mundo. Al respecto, lo primero que pudimos observar es que las crisis migratorias son provocadas por movimientos masivos, no organizados, que se presentan de forma repentina a una frontera con el objetivo de presentar un reclamo, lo que implica la necesidad de identificar y categorizar a un número importante de personas para determinar la jurisdicción competente y así poder realizar la gobernabilidad. Ante la imposibilidad, real o aparente, de realizar dicha gobernabilidad, los Estados se declaran en crisis y, por lo tanto, incompetentes, para realizarla. Todo ello provoca igualmente crisis humanitarias que hacen intervenir a otros actores, los cuales no son necesariamente estatales. Lo anterior, es principalmente una consecuencia de la lógica del derecho migratorio, el cual es pensado en términos de soberanía y de seguridad nacional.

A lo largo de nuestra tesis pudimos demostrar que las crisis salen de la esfera puramente estatal para situarse en otro nivel, sea local o internacional, porque su lógica tiene que ver más bien con un deber de humanidad, basado en la idea de la dignidad humana. Si bien no se puede descartar el rol del Estado, nos parece que el propio concepto de crisis nos indica que se debe replantear el papel que juega el Estado, pero a través de una lógica transnacional. De ese modo, sostenemos que no se puede seguir gestionando las crisis migratorias con una lógica puramente nacional. Por ello, nuestra propuesta no es cambiar el

régimen migratorio aplicable en tiempo normal, sino construir un régimen jurídico migratorio internacional aplicable en tiempos de crisis. En efecto, consideramos que la reconstrucción debe tomar en consideración la competencia exclusiva del Estado en materia migratoria. Entonces, lo que se tiene que hacer es aceptar que las crisis migratorias salen de esa esfera de competencia. Para ello, proponemos que se reconozca que los movimientos masivos, por su propia naturaleza, no pueden ser gestionados a partir de la lógica del derecho migratorio nacional. Lo anterior implicaría reconocer que en realidad no hay una autoridad competente cuando se trata de movimientos migratorios masivos y de naturaleza mixta y, por consiguiente, hay que crearla.

Basándonos en la teoría de Luhman sobre el derecho como sistema social, de Kant sobre la dignidad humana y de Dworkin sobre las obligaciones por vínculos de asociación, argumentamos que existe una alternativa a la gestión de los flujos masivos de migración mixta consistente en el replanteamiento del derecho migratorio internacional a través del reconocimiento de las crisis y de los movimientos masivos como comunicaciones jurídicas, por lo que la forma de pasar de lo moral a lo jurídico es a través de la estabilización de las expectativas normativas. Por un lado, los Estados tienen la expectativa de que cualquier regulación en materia migratoria respete su soberanía, pues es la base para su existencia, tanto a nivel nacional como a nivel internacional. Por otro lado, los seres humanos en movimiento arriesgan sus vidas con la expectativa de que alguien responderá a su reclamo por un deber de humanidad. El fundamento de ese deber no puede encontrarse más que en la idea de dignidad humana. El respeto de la dignidad del ser humano en movimiento se identifica con el objetivo final de todo orden jurídico, y consiste en asegurar que toda persona cuenta con las condiciones mínimas para ejercer sus derechos por el simple hecho de pertenecer a la humanidad, independientemente de la jurisdicción en la que se encuentre. Por ello planteamos que la responsabilidad, cuando no es del Estado, es de la comunidad internacional, considerada como una comunidad de principios, pues existen obligaciones asociativas por la reciprocidad que se deriva de ese

esquema. Así, en tiempos de crisis cada uno de los miembros puede hacer un reclamo de solidaridad en nombre de la humanidad.

En ese tenor, consideramos que es posible responder a las expectativas, tanto de los Estados como de las personas que se encuentran en flujos masivos de migración, con una percepción vertical del fenómeno a través de una lógica transnacional. Ello implica aceptar que las personas que se encuentran en dichos flujos están realizando un reclamo basado en la idea que tienen de sus derechos y que, ante la incapacidad de un Estado de responder a dicho reclamo, el nivel de gobernabilidad cambia, por lo que lo más lógico es que la competencia sea atribuida a la comunidad internacional. Esa atribución se basa pues (i) en las fallas reconocidas por los Estados, (ii) en el análisis realizado sobre el tipo de régimen existente y el que se necesita, (iii) así como el análisis de los diferentes escenarios, para plantear el escenario de gobernabilidad que es posible realizar considerando lo que los Estados han ido aceptando en términos de sus obligaciones internacionales.

I. ¿Qué es lo que está fallando?

Para determinar la falla, analizamos dos situaciones concretas de gobernabilidad derivadas de las crisis migratorias y humanitarias decretadas en Europa y en la frontera norte de México y sur de los Estados Unidos. Las fallas que pudimos detectar se resumen como sigue:

1. ineficacia en periodo de crisis de las políticas de migración basadas en la idea de soberanía, territorio, control fronterizo y seguridad nacional;
2. falta de preparación para las crisis, pues no es claro el rol que cada uno de los actores debe jugar;
3. falta de personal, falta de espacios, incapacidad financiera;
4. incompetencia para recibir y tramitar las solicitudes de asilo y para determinar la calidad de refugiado en breves periodos de tiempos, e incapacidad para otorgar otras vías para la migración legal y ordenada.

5. aumento de tensiones basadas en un sentimiento anti-migrante, así como del repudio ante crímenes internacionales como la trata humana y el tráfico de migrantes.

El diagnóstico es que las crisis se presentan por la incapacidad de los Estados para recibir a un gran número de personas, por la falta de voluntad para acoger a los flujos migratorios mixtos, y por la falta de una estrategia coherente para compartir la responsabilidad. Todo ello se debe a la aplicación de una lógica basada en la noción tradicional de soberanía, según la cual los Estados tienen el derecho de determinar quiénes pueden entrar y permanecer en sus territorios. Sin embargo, las crisis migratorias que analizamos muestran que las medidas impuestas en nombre de la soberanía nacional no están dando resultado.

Por otro lado, pudimos evidenciar que las personas que tienen la percepción de que no pueden quedarse en sus países y deciden seguir los flujos de migración y viajar en grupos por vías irregulares, están dispuestas a hacer todo lo posible por encontrar un lugar seguro para establecerse y trabajar. Pero lo que les da mayor visibilidad son precisamente las estrategias de control migratorio. Lo que sucede en Europa y en la frontera norte de México, no es más que un ejemplo de la visibilidad de cuestiones de fondo que siguen sin tener una respuesta compartida, sobre todo por el tipo de responsabilidad que se puede realmente ejercer ante un Estado fallido y a la necesidad de reconocer que existen personas con evidente necesidad de protección internacional que no están siendo reconocidas por los marcos jurídicos nacionales.

De lo anterior, se infiere que la crisis humanitaria es el punto neurálgico de la crisis migratoria, que sirve para tomar conciencia de las condiciones “inhumanas” que pueden llegar a vivir los seres humanos en movimiento. Como la dignidad humana es una aspiración universal, coexisten un sentimiento de frustración y la impresión que se ha llegado demasiado tarde en la resolución de la crisis migratoria. La crisis entonces es una crisis de inadaptación: las leyes no están adaptadas, los funcionarios de migración no son suficientes, las comunidades que reciben no cuentan con los recursos, las políticas de disuasión no funcionan, los migrantes no cuentan con información o están mal informados.

Los únicos que parecieran beneficiarse de las situaciones de crisis son los grupos que cometen crímenes contra la humanidad, como la trata y el tráfico de migrantes, y por ese simple hecho las crisis migratorias incumben a toda la humanidad.

Por último, se ha venido aceptando que existen ciertos fenómenos que no pueden ser tratados por un solo Estado, sobre todo en periodo de crisis. Existe pues, un llamado a la regulación jurídica internacional de problemas generadores de la migración, así como de los problemas migratorios generadores de crisis. Lo anterior pareciera lógico, pero es extremadamente complejo. En general, el derecho internacional se ha ido construyendo para menguar las tensiones, y ha dado lugar a un complejo orden jurídico cuya base es el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho humanitario y el derecho de los refugiados. Los pequeños pasos que se han ido dando conforme la conciencia jurídica universal ha generado la firma de múltiples convenios, entendimientos, documentos de trabajo y la creación de organismos para asegurar el orden. En el estado actual de las cosas, todo pareciera muy enredado puesto que muchos son los documentos y muchos los organismos implicados.

II. ¿Cuál es la estructura jurídica coherente que justificaría mejor la regulación de los flujos masivos de migración?

La incongruencia del derecho migratorio, nacional e internacional, proviene del hecho de que las crisis son gestionadas desde diferentes perspectivas. Así, por ejemplo, hasta ahora los Estados han hecho un énfasis particular en los desplazamientos con motivo de las crisis subyacentes en los países de origen. En ese sentido, pareciera existir un consenso en la necesidad de proteger a las personas vulnerables que están huyendo de ciertos conflictos, pero se reprueba fuertemente la inmigración irregular, y ello sin importar el motivo. Desde el punto de vista del Estado, no se trata entonces de una situación que pone en riesgo a los migrantes, sino de una situación que se está saliendo del control estatal, tratándola incluso como una amenaza. En ese sentido, la crisis humanitaria no resulta únicamente de la gestión deficiente de flujos de migración de los Estados

de origen, tránsito y destino, sino de la tensión entre el marco jurídico vigente, nacional o internacional, la necesidad natural de movimiento, así como de la aspiración de poner en práctica o de gozar los derechos humanos universalmente reconocidos.

Los Estados han reconocido su incapacidad para controlar los flujos masivos de migración e incluso la falla sistemática de sus políticas migratorias. Ante la crisis, los Estados hacen un llamado a la responsabilidad de otros Estados, con base en la obligación internacional de cooperación en la solución de conflictos. Sin embargo, hasta la fecha, no se ha podido lograr un consenso sobre la forma en que se debe realizar la responsabilidad compartida, por lo que miles de migrantes siguen varados en las fronteras, sin que se haya podido realizar un análisis de cada caso para canalizarlos. Es extremadamente difícil, por no decir imposible, gestionar los flujos migratorios de forma unilateral, e incluso bilateral. Una cierta forma de gobierno global es necesaria, pero aún se está lejos de lograr sentar las bases para que se realice ese tipo de gobernabilidad, pues ningún Estado está dispuesto a ceder su soberanía en materia migratoria. A lo más que se ha llegado es a aceptar que se debe trabajar multilateralmente el tema. Ello no implica necesariamente que la puerta esté cerrada, se tiene que ir abriendo poco a poco y lo mejor es comenzar con lo que resulta más evidente: las crisis.

Así pues, las crisis migratorias han puesto en evidencia que:

- Existen personas con necesidad de migrar que no pueden ser consideradas como refugiados y que tampoco tienen posibilidad de ser admitidos como migrantes regulares. Las personas que no cubren con los perfiles requeridos no tienen opción, no tienen derechos y su única opción pareciera ser que regresen a sus países.
- Los Estados están dispuestos a ayudar a las personas que realmente necesitan la ayuda humanitaria, pero no tienen la más mínima intención de admitir a aquellos que no cumplen con los perfiles establecidos en sus políticas migratorias. Algunos, obligados por las circunstancias, aceptan otorgar visas temporales, llamadas humanitarias, pero no ofrecen soluciones duraderas.

- La cantidad de solicitudes de asilo no fundadas debe ser tema de reflexión desde un punto de vista positivo. Hasta el momento se les considera como defraudadores y abusadores del sistema, pero eso no cambia en nada el hecho de que esas personas se quedan varadas durante muchos años en las fronteras.

Resultan especialmente reveladoras las medidas jurídicas que se están tomando para evitar que los migrantes lleguen a Europa y a Estados Unidos, las cuales engloban la idea de que todos los países deben compartir la responsabilidad. Además, cada vez más se está haciendo un llamado a la solidaridad internacional, noción que hace un llamado a la compasión y al deber moral no solo de los Estados, sino de la humanidad en general, como se resume en los dos Pactos mundiales para la migración y para los refugiados. Con la convicción de que el derecho es una forma de reorganizar el desorden en tiempos de crisis, pero asumiendo que la crisis resulta de la incongruencia del propio derecho, proponemos cambiar la lógica con la que dicho derecho se ha venido formulando. Ello no implica acabar con la idea del Estado, sino tomar los temas que los Estados han declarado explícitamente que no pueden gobernar solos.

Por otro lado, es indispensable tomar en consideración la lógica predominante en materia migratoria, la cual se basa en la idea del Estado soberano, quien tiene la responsabilidad de proteger su territorio y a sus nacionales. Desde esta perspectiva, resulta lógico que cuando un migrante constituye una amenaza para la seguridad nacional el enfoque sea mantenerlo fuera del territorio. La protección de la seguridad nacional y la prevención de actos de terrorismo constituyen sin lugar a duda objetivos legítimos del Estado. Sin embargo, nuestra investigación nos ha permitido confirmar que ese vínculo crea una tensión permanente puesto que, por un lado, la migración se convierte en una amenaza para la seguridad ante el incremento de flujos migratorios irregulares o desordenados y, por otro lado, uno de los motivos del aumento de dichos flujos es la existencia de mayores controles migratorios. Esa forma de gestionar las crisis en realidad provoca situaciones de urgencia humanitaria. Aunado a lo anterior, descubrimos que lo que en realidad preocupa a los Estados es la pérdida de

control sobre las personas que entran a su territorio. Como la migración irregular desafía la lógica estatal y como las verdaderas amenazas son difíciles de detectar, la tendencia es a considerar toda migración irregular como una amenaza.

Con nuestra investigación, pudimos evidenciar que ningún control migratorio ha sido suficiente para resolver el problema de fondo, ni para encontrar una alternativa al reclamo legítimo de los migrantes. La crisis migratoria en Europa y en México y Estados Unidos está lejos de ser resuelta y las preguntas sobre quién es responsable de qué siguen en el aire. Todo eso nos hizo plantearnos la cuestión sobre el tipo de responsabilidad que se está reclamando y la que realmente se está asumiendo. Evidentemente, el régimen internacional de responsabilidades de los Estados no fue construido con la intención de salvar a los migrantes de paso, sino con una visión mucho más amplia que, argumentamos, comprende a toda la humanidad. Si, hasta el momento, las intervenciones internacionales se han hecho con la finalidad de preservar la paz internacional y proteger a ciertas personas cuyo Estado es fallido, lo que resalta de nuestro análisis, es que la respuesta de la comunidad internacional ha tenido que evolucionar para garantizar la protección y asistencia de las personas más vulnerables.

Así pues, notamos que la jurisdicción internacional está en gran parte construida para resolver los asuntos de violaciones graves al derecho internacional, por lo que, cuando se trata de movimientos masivos de personas, no es tan fácil determinar si la violación del derecho internacional es grave, pues ningún Estado asume jurisdicción, a menos de que se trate de casos de coacción, persecución e indefensión, violación de derechos humanos o del derecho internacional humanitario. Además, el tema de la responsabilidad internacional se basa en el reclamo de compartir la carga en materia de protección, pero los Estados siguen negando toda responsabilidad de recibir a flujos masivos de migración mixta, aunque ello implique una evidente violación de los derechos humanos de las personas que se encuentran dentro de esos flujos. Ante la incoherencia del régimen de responsabilidades, se ha insistido más en la responsabilidad de proteger y en la responsabilidad compartida, con lo cual se

hace un llamado a que toda la comunidad internacional responda por las fallas de los otros Estados, y ello con base en una “responsabilidad moral” que sería innata a la idea de “comunidad”.

El desafío consiste entonces en desarrollar respuestas coherentes. En ese sentido, estamos convencidos que los principios internacionales, aceptados y ratificados por la mayoría de los Estados, podrían llevarnos a la creación de un marco en el que se pueda exigir jurídicamente el cumplimiento de ciertos compromisos internacionales en materia migratoria. En efecto, los principios de soberanía, de no intervención, el régimen de responsabilidad internacional en materia penal y civil, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados pueden integrarse para la creación de dicho derecho. El desarrollo por parte de la propia comunidad internacional, de nociones como la solidaridad y cooperación internacional, la responsabilidad compartida y la responsabilidad de proteger, nos conduce a concluir que el camino está dado para la elaboración de una verdadera jurisdicción internacional en materia de flujos masivos de migración. Parece evidente pues que, para llegar al ideal de una migración segura, ordenada y humana, al menos en el caso de desplazamientos masivos, la creación de una competencia internacional es indispensable.

Así pues, el diagnóstico es el siguiente:

1. la lógica y las técnicas del derecho migratorio no funcionan en tiempos de movimientos masivos de migración mixta;
2. existe un reclamo legítimo de derechos humanos pero no existe una autoridad competente;
3. ante las grandes lagunas jurídicas la gestión se ha hecho como reacción, lo que hasta ahora no solo ha venido complicando la regulación, sino que se usa al propio derecho para evadir responsabilidades;

Así pues, es indispensable cambiar de nivel de gobernabilidad y la forma de estudiar las migraciones masivas, con el fin de garantizar la representación de dichos movimientos.

III. ¿En qué nivel sería más lógico que se realizara la gobernabilidad?

A partir de nuestro análisis, podemos concluir que existen tres niveles de gobernabilidad de las migraciones: internacional, nacional y local. Esos niveles de gobernabilidad tienen una lógica distinta por lo que pueden coexistir sin problema aparente. El problema surge cuando el flujo migratorio mixto se presenta ante una autoridad que no tiene competencia, dejando en el limbo jurídico a miles de seres humanos varados en las fronteras o confinados en campos de refugiados o centros de detención, provocando entonces crisis humanitarias. Esa forma de gobernar sitúa inmediatamente la situación en otro ámbito, en el que un cuarto nivel de gobernabilidad surge, sin que tenga competencia legal en materia migratoria: el de los municipios, organismos no gubernamentales, asociaciones civiles y la propia población quienes proporcionan ayuda humanitaria. Sin embargo, la ayuda humanitaria no es suficiente para resolver las crisis pues no proporciona soluciones duraderas. La complejidad pone en duda la eficacia del derecho migratorio internacional, su reconstrucción es indispensable pues el sufrimiento humano sigue estando presente en los movimientos masivos de migración.

A lo largo de nuestra tesis vimos cómo los regímenes no solo coexisten, sino que se entrelazan para realizar la gobernabilidad por niveles de los flujos migratorios mixtos. En periodo de crisis migratorias, esos regímenes se funden para crear un solo régimen, el cual se basa en las necesidades de protección. En ese sentido, una de las pistas que exploramos en la presente investigación para la reconstrucción del derecho migratorio internacional es la consolidación de dichos regímenes, pero de forma evolutiva, es decir, con una visión del conjunto y no de cada uno por separado, considerando que el derecho internacional de los derechos humanos no asigna la responsabilidad del Estado de las vidas de los migrantes que mueren en su paso por países que han cerrado sus fronteras, y que el derecho a un paso seguro ni siquiera está incluido en el régimen internacional. El desafío es entonces el reconstruir el régimen migratorio internacional, sin que eso implique la derogación de los grandes logros que se

han dado en materia de refugiados, de derechos humanos y de derecho humanitario.

Por ello, nuestra propuesta de reconstrucción parte de la idea de que en los casos de crisis migratorias es posible contar con un régimen que responda a las expectativas normativas de protección del ser humano en movimiento y de la soberanía de los Estados, simplemente al aceptar que las migraciones masivas no son de competencia estatal por lo que un cambio de nivel de gobernabilidad es indispensable. Nuestra propuesta es que los Estados deben seguir conservando el derecho de controlar quién entra en sus territorios. Sin embargo, dada la complejidad de los movimientos masivos de migración mixta, esos aspectos deberían ser tratados por la comunidad internacional, saliendo de una lógica puramente nacional para pensar las crisis a partir de una lógica transnacional, lo cual implica salir de la perpetua gestión de crisis y pasar a una lógica de prevención y de acción rápida. La única forma es cambiando la forma de analizar el problema, como una cuestión de humanidad y no de Estado.

De esa forma, nuestra propuesta de reconstrucción consiste básicamente en el ajuste de la concepción de las crisis migratorias para estabilizar las expectativas normativas, a través de la idea de obligación asociativa de la comunidad internacional. Ello es posible, considerando el reconocimiento explícito de los Estados de la incapacidad de gestionarlas a nivel nacional. Así, el derecho migratorio internacional debe cubrir, además de las políticas migratorias nacionales, la escala mundial, la cual estaría encargada de regular las crisis migratorias que no pueden ser regulados por los Estados pues ellos mismos se declaran sobrepasados o incompetentes; y la escala local, la cual estaría encargada de regular las situaciones de emergencia humanitaria una vez que se ha declarado una crisis migratoria.

Así, es necesario crear una competencia específica para la gestión de la crisis, la cual sería asumida conjuntamente por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Las bases están ya dadas para que esos dos organismos puedan operar con representaciones en todos los países, lo

que falta es una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas para extender su mandato, otorgándoles la competencia para recibir las solicitudes de los seres humanos en movimiento, y eso sin importar en qué parte del mundo estén. El rol de esos organismos se podría presentar en tres etapas:

1. Antes de salir del territorio, en una situación de guerra, violencia generalizada, catástrofe natural, que provoca desplazamientos masivos, una persona que piensa que debe salir de su país porque no tiene otra opción para sobrevivir, podría presentarse ante la oficina del ACNUR o de la OIM en su país, o en el país vecino, para obtener la mayor información posible para realizar un reclamo legítimo de derechos humanos. Las agencias internacionales tendrían que determinar inmediatamente si la persona necesita protección internacional y canalizarla.
2. Cuando ya se está en tránsito, las personas que se encuentran en movimientos masivos de migración podrían presentarse ante la oficina del ACNUR o de la OIM en el país de tránsito e iniciar un procedimiento para ser reconocido con necesidades particulares.
3. Cuando los seres humanos en movimiento ya están en el país de destino, pero ante la incapacidad el Estado receptor se declara incompetente, estas personas serían canalizadas a las oficinas del ACNUR o de la OIM en ese país, cuyo personal sería el encargado de determinar las necesidades de protección.

Además, se debe otorgar una competencia específica en materia de urgencia humanitaria a las autoridades locales, sobre todo aquellas donde la migración y los desplazamientos masivos son frecuentes, con el fin de otorgarles los recursos necesarios y un mandato específico de coordinar la gestión de esas personas; así como una competencia específica para elaborar programas concretos de migración, sobre todo en lo que se refiere a la recepción e integración de los extranjeros que llegan a sus territorios.

Creemos que, para que el régimen aplicable en periodos de crisis sea coherente, es indispensable que en el núcleo se encuentre la protección de las

personas en movimiento. Nuestra reconstrucción está basada en el único valor que nos une: nuestra humanidad común. En ese sentido, aunque con el régimen propuesto también se estarían protegiendo los intereses de los Estados, y aunque estos continúen dominando el orden mundial, la regulación tiene que afirmar la importancia del derecho internacional de los derechos humanos. Solo a partir de esa afirmación se podrían otorgar garantías de que los reclamos de las personas que se encuentran inmersas en movimientos masivos serán escuchados y atendidos.

Nos parece que el reconocimiento jurídico de las crisis para la reconstrucción del derecho migratorio internacional no es más que un paso más en la búsqueda de una solución integral a los grandes desafíos que representa la movilidad internacional, sobre todo en materia de protección de los refugiados, la guerra contra el crimen organizado y la seguridad nacional. En el caso concreto de los movimientos masivos, nos parece que el siguiente paso implica un compromiso concreto en todas las etapas de la crisis, desde su prevención hasta el reasentamiento e integración de las personas en movimiento. La clave, nos parece, está en la visibilidad, la cual sirve para establecer canales de comunicación efectivos pues, hasta el día de hoy, el Estado continúa siendo el principal actor político y, como juristas, tenemos la obligación de no ignorar esa realidad y usar toda nuestra creatividad para insistir en cambiar la forma de ver las migraciones masivas y de gobernarlas.

Estamos convencidos de que lo que se necesita es una nueva forma de concebir los desplazamientos transnacionales y esta tesis no es más que el principio de una reflexión más profunda de lo que se debería hacer en términos de humanidad. Además, con base en esas pistas, descritas a partir de ejemplos recientes de crisis migratorias y humanitarias, sugerimos una nueva forma de estudiar las migraciones en general. Por ello, nuestra tesis es también una invitación para seguir estudiando el tema, desde todos sus aspectos en la búsqueda de alternativas.

Desgraciadamente, concluimos con un sentimiento de frustración pues el sufrimiento humano que sigue generando el orden jurídico vigente es

indescriptible. Al momento de escribir estas líneas, unas quinientas personas provenientes de África y de Medio Oriente se encontraban varadas a bordo de embarcaciones de organizaciones humanitarias que las rescataron en el mediterráneo, sin poder entrar a algún puerto seguro. Además, la Organización Mundial para las Migraciones reportaba que 514 personas habían muerto en 2018 en América intentando migrar a otros países, casi la mitad en la frontera de Estados Unidos con México. Ante las tragedias humanas que se siguen presentando en el Mediterráneo y en el tránsito de los migrantes por México en su intento por entrar a Estados Unidos, tal vez la mejor forma de concluir sea imaginándonos ¿qué sería de todos esos migrantes si la gobernabilidad que proponemos existiera ya? ¿Cambiaría en algo la gobernabilidad si se cambiara el nivel de gobernabilidad? Definitivamente creemos que sí.

Si se aceptara que la responsabilidad de esas personas recaerá en la comunidad internacional, en lugar de lanzar el balón entre los diferentes países de tránsito y destino, el ACNUR y la OIM tomarían inmediatamente el control de las embarcaciones en el Mediterráneo para llevarlas a puerto seguro y canalizar inmediatamente a las personas en evidente necesidad de protección. Asimismo, recibirían las solicitudes a partir de los países de origen en Centroamérica, o intervendrían inmediatamente cada vez que se encuentre un camión en tránsito con cientos de migrantes en situación irregular para determinar sus necesidades de protección. Los seres humanos varados en las embarcaciones o hacinados en camiones que los transportan, serían inmediatamente canalizados a estas agencias para tramitar su solicitud y recibirían la ayuda humanitaria necesaria de forma inmediata. Simplemente al saber quién es competente en caso de crisis, se cambia la forma de gobernarlas y se puede garantizar un mínimo de respeto a la dignidad humana de las personas que se lanzan en trayectos peligrosos.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

MONOGRAFÍAS

- AGGARWAL, Vinod K., *Institutional Designs for a Complex World: Bargaining, Linkages and Nesting*, Ithaca, Cornell University Press, 1998.
- ARENDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Versión española de Guillermo Solana, España, Taurus, 1973.
- BADIE, Bertrand, *et al*, *Pour un autre regard sur les migrations : construire une gouvernance mondiale*, Paris, La Découverte, 2008.
- BLAIS, Martin, *Une morale de la responsabilité*, Quebec, Canadá, Les Éditions Fides, 1984.
- BLOMLEY, Nicholas K., *Law, Space and the Geographies of Power*, Nueva York, The Guilford Press, 1994.
- BOLLECKER-STERN, Brigitte, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, A. Pedone, 1973.
- BREMER, Juan José, *De Westfalia a post-Westfalia: Hacia un nuevo orden internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.
- BUZAN, Barry, Weaver, Ole y Jaap de Wilde, *Security: A New Framework for Analysis*, Colorado, Lynne Rienner, 1998.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, La Haya, Países Bajos, The Hague Academy of International Law, Leiden Brill, 2010.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, *et. al.*, *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana: derechos humanos, derecho humanitario, derecho de los refugiados*, México, Porrúa, Universidad Iberoamericana, 2003.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1995.
- CASSESE, Antonio, *International Law*, 2a. ed., Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2005.
- CASTLES, Stephen y Miller, Mark, *The age of migration: International population movements in the modern world*, Basingstoke, Macmillan, 1993.
- CRAWFORD, James, *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado: Introducción, texto y comentarios*, Madrid, Dykinson, 2004.
- DEL VECCHIO, Giorgio, *L'état et le droit*, Paris, Dalloz, 1964.
- DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel*, vol. 1, Paris, The Making of Modern Law: Foreign, Comparative and International Law, 1921.

- DURKHEIM, Émile, *Sociologie et philosophie*, Paris, PUF, 1974.
- DWORKIN, Ronald, *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, Princeton University Press, online edition, 2008.
- DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Estados Unidos, Harvard University Press, 1986.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, España, Editorial Trotta, 4ª edición 2004.
- FRATZKE, Susan, *Not Adding Up: The fading promise of Europe's Dublin system*, Migration Policy Institute, Washington, D.C., 2015.
- HABERMAS, Jürgen, *La constelacion posnacional*, tr. Pere Fabra Abat, Daniel Gamper Sacse y Luis Diez, España, Paidós, 2000.
- HURWITZ, Agnès, *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees*, Nueva York, Oxford University Press, 2009.
- KANT, Emmanuel, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, texto íntegro de la traducción de Manuel García Morente, Puerto Rico, Edición de Pedro M. Rodario Barbosa, 2007.
- KAPLAN, Marcos, *Estado y Sociedad*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1978.
- LEBEN, Charles, *La juridiction internationale*, Presses universitaires de France, 2010.
- LUHMAN, Niklas, *Law as a social system*. Trad. par Klaus A. Ziegert, Estados Unidos, Oxford-University Press, 2004.
- MANN, Itamar, *Humanity at Sea, Maritime Migration and the Foundations of International Law*, Nueva York, Cambridge University Press, 2016.
- MÁRMORA, Lelio, *Las políticas de migraciones internacionales*, Organización Internacional para las migraciones, Buenos Aires, Paidós, 2002.
- MARTIN, Susan y Rola Abimourched, *Migrant Rights: International Law and National Action*, Georgetown University, School of Foreign Service, Institute for the Study of International Migration, 2009.
- MASSEY, Douglas, et. al. *Detrás de la trama. Políticas migratorias entre México y Estados Unidos*, México, Universidad Autónoma de Zacatecas, 2009.
- MATHEW, Penelope y Tristan Harley, *Refugees, regionalism and responsibility*, Edward Elgar Publishing, Inc., Reino Unido y Estados Unidos, 2016.
- MCADAM, Jane, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2007.
- MCSWEENEY, Bill, *Security, Identity and Interests. A Sociology of International Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- MEILANDER, Peter, *Toward a Theory of Immigration*, Nueva York, Palgrave, 2001.

- MOSES, Jonathon W. *International Migration, Globalization's Last Frontier*, Londres y Nueva York, Zed Books, 2006.
- KOLERS, Avery, *A Moral Theory of Solidarity*, Reino Unido, Oxford University Press, 2016.
- KOSER, Khalid y Pinkerton, Charles, *The social networks of asylum seekers and the dissemination of information about the countries of asylum*, Londres, Research Development and Statistics Directorate, 2013.
- ORFORD, Anne, *International authority and the responsibility to protect*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2011.
- ORTEGA VELÁZQUEZ, Elisa, *Estándares para niñas, niños y adolescentes migrantes y obligaciones del Estado frente a ellos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2017.
- PEASE, Kelly-Kate S., *International Organizations*, New York, Routledge, 2011.
- PRATT, Anna, *Securing borders: detentions and deportation in Canada*, Vancouver, UBC Press, 2005.
- RIEFF, David, *L'humanitaire en crise*, Sylviane Lamoine (tr) [A bed for the night, humanitarianism in Crises 2002], Paris, Le Serpent à plumes, 2004.
- RYFMAN, Philippe, *Une histoire de l'humanitaire*, Paris, La Découverte, 2014.
- SALAZAR, Ana María, *Seguridad nacional hoy: el reto de las democracias*, México, Nuevo Siglo, 2002.
- SASSEN, Saskia, *Losing control? Sovereignty in an age of globalization*, Nueva York, Columbia University Press, 1995.
- SASSEN, Saskia, *Territory, Authority, Rights: From Medieval to Global Assemblages*, Princeton University Press, 2008.
- SCHAEFER, Agnes Gereben, et al, *Security in Mexico. Implications for U. S. Policy Options*, Santa Mónica, Rand Corporation, 2009.
- SERNA DE LA GARZA, José María, *Globalización y gobernanza: las transformaciones del Estado y sus implicaciones para el derecho público*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- SERRANO FIGUEROA, Rafael, *El derecho humanitario frente a la realidad bélica de la globalización*, México, Porrúa y Facultad de Derecho, UNAM, 2002.
- SINGH JUSS, Satvinder, *International Migration and Global Justice*, Reino Unido, Ashgate Publishing Limited, 2006.
- THAKUR, Ramesh, *Law, Ethics and Governance: Responsibility to Protect and Sovereignty*, Farnham, Reino Unido, Routledge, 2016, ProQuest ebrary, 2016.
- THIERRY, Charles, *Les nouvelles perspectives de la souveraineté*, Paris, l'Harmattan, 2015.

VALVERDE, Mariana, *Chronotopes of Law. Jurisdiction, Scale and Governance*, Nueva York, Routledge, 2015.

WACKERMANN, Gabriel, *Les frontières dans un monde en mouvement*, Paris, 2a ed, Ellipses, 2003.

CONTRIBUCIONES EN OBRAS COLECTIVAS

ALVAREZ, Jose E., "State Sovereignty is Not Withering Away: A Few Lessons for the Future", en Cassese, Antonio, *Realizing Utopia*, Oxford University Press, 2012.

AMAYA-CASTRO, Juan M., "International Refugees and Irregular Migrants: Caught in the Mundane Shadow of Crisis", en Bulterman M.K. y Van Genugten, W.J.M. (eds.), *Netherlands Yearbook of International Law*, Países Bajos, Asser Press, 2013.

APPAVE, Gervais, "Emerging legal issues in international migration", en Opeskin, Brian, *et.al.*, *Conceptualising international migration law*, Estados Unidos, Cambridge University Press, 2012.

BEDFORD, Richard, "Contemporary patterns of international migration", en Opeskin, Brian, *et.al.*, *Conceptualising international migration law*, Estados Unidos, Cambridge University Press, 2012.

BELLEFACE, Alain y Delbecque, Éric « Les logiques de sécurité nationale ou les différents moyens de la puissance », en Arpagian, Nicolas y Delbecque, Éric (dir.), *Pour une stratégie globale de sécurité nationale*, Paris, Dalloz, 2008.

BENITEZ MANAUD, Raúl, "México, Centroamérica y Estados Unidos: migración y seguridad" en Armijo Canto, Natalia, *Migración y seguridad: nuevo desafío en México*, México, CASEDE, 2011.

BETTS, Alexander, "Introduction: Global Migration Governance", en Betts, Alexander, (ed), *Global Migration Governance*, Nueva York, Oxford University Press, 2011.

BETTS, Alexander, "Regime Complexity and International Organizations: UNHCR as a Challenged Institution", en Betts, Alexander, (ed), *Global Migration Governance*, Nueva York, Oxford University Press, 2011.

BETTS, Alexander, « The global governance of crisis migration », en Martin, Susan F., Sanjula Weerasinghe y Abbie Taylor (ed), *Humanitarian Crises and Migration: causes, consequences and responses*, Londres y Nueva York, Routledge, 2014.

BHUTA, Nehal, "The Role International Actors Other Than States can Play in the New World Order", en Cassese, Antonio, *Realizing Utopia*, Oxford University Press, 2012.

- BUSTAMANTE, Jorge A., “La paradoja de la autolimitación de la soberanía: derechos humanos y migraciones internacionales”, en Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Prevención de la violencia, atención de grupos vulnerables y los derechos fundamentales*, fascículo 5, *Los derechos de los migrantes*, México, CNDH, 2003.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: Aproximaciones y Convergencias”, en ACNUR, *Diez Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados – Memoria del Coloquio Internacional*, San José de Costa Rica, UNHCR/IIDH, 1995.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, “Derecho internacional humanitario y derecho internacional de los derechos humanos” y “Derecho internacional de los refugiados y derecho internacional de los derechos humanos”, en Buergethal, Thomas y Cançado Trindade, Antonio Augusto (comp) *Estudios especializados de derechos humanos I*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, 1996.
- CASSESE, Antonio, “Gathering Up the Main Threads”, en Cassese, Antonio, *Realizing Utopia*, Oxford University Press, 2012.
- CASILLAS, Rodolfo, “Los migrantes indocumentados: su vulnerabilidad y la nuestra”, en Armijo Canto, Natalia, *Migración y seguridad: nuevo desafío en México*, México, CASEDE, 2011.
- CRUZ ANGULO, Javier, “Ley de Migración y derechos fundamentales” en Schiavon, Jorge y Díaz Prieto, Gabriela (ed), *Los derechos humanos de las personas migrantes en México: estudios de caso para promover su respeto y defensa*, México, CIDE, 2011.
- DE GENOVA, Nicholas, “The Deportation Regime Sovereignty, Space, and the Freedom of Movement. Part One, theoretical overview”, en De Genova, Nicholas, Peutz Nathalie (ed), *The Deportation Regime: Sovereignty, Space, and the Freedom of Movement*, Durham, Duke University Press, 2010.
- DE PRADA, Miguel Ángel, *et. al.*, “Cómo abordar el estudio de las migraciones? propuesta teórico-metodológica”, en Checa, Francisco (ed), *Las migraciones a debate: de las teorías a las prácticas sociales*, Barcelona, Icaria, Insitut Català d'Antropologia, 2002.
- DEL TORO HUERTA, Mario Iván, “La Responsabilidad del Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Mendez Silva, Ricardo (coord), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2002.

- DÜVELL, Franck, “Irregular Migration”, en Betts, Alexander, *Global Migration Governance*, Oxford Scholarship Online, 2011.
- FINNEMORE, Martha, “Rules of War and War of Rules: the International Red Cross and the Restrain of States Violence” en Boli, John & Thomas George M., *Constructing World Culture*, Estados Unidos, Stanford University Press, 1999.
- GRIMMEL, Andreas “Solidarity in the European Union: Fundamental Value or “Empty Signifier”, en Grimmel, Andreas y Susanne My Giang, (ed), *Solidarity in the European Union A Fundamental Value in Crisis*, Suiza, Springer, 2017.
- GROS ESPIELL, Héctor, “Intervención humanitaria y Derecho a la Asistencia Humanitaria”, en Gros Espiell, Hector, *Derechos Humanos*, México, UNAM-Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1995.
- HATHAWAY, James C., “Refugees and asylum”, en Opeskin, Brian, *et.al.*, *Conceptualising international migration law*, Estados Unidos, Cambridge University Press, 2012.
- HERNÁNDEZ LÓPEZ, Alonso y Morante Aguirre, Mariana, “Personas Migrantes en Tránsito Desaparecidas en México”, en Pérez Verónica, César Octavio y Cabral Pacheco, Ana Elizabeth, (dir), *Frente a la Desaparición Forzada y la Desaparición por Particulares en Jalisco: la Lucha por la Verdad y la Justicia*, Centro de Justicia para la Paz y el Desarrollo, A.C., septiembre, 2017.
- HERRERA LASSO, Luis y Artola, Juan B, «Migración y seguridad: dilemas e interrogantes» en Armijo Canto, Natalia, *Migración y seguridad: nuevo desafío en México*, México, CASEDE, 2011.
- KOSKENNIEMI, Martti, “Projects of World Community”, en Cassese, Antonio, *Realizing Utopia*, Oxford University Press, 2012.
- KOSLOWSKI, Rey, “Economic Globalization, Human Smuggling, and Global Governance” en Rosenblum, Marc R. y Daniel J. Tichenor, *The Oxford Handbook of the politics of international migration*, Nueva York, Oxford University Press, 2012.
- LIZUREY, Richard y Régis Bourçois, «La sécurité des territoires », en Nicolas Arpagian y Eric Delbecque (dir), *Pour une stratégie globale de sécurité nationale*, Francia, Dalloz, 2008.
- MCADAM, Jane, « Conceptualizing ‘crisis migration’: a theoretical perspective », en Susan F. Martin, Sanjula Weerasinghe and Abbie Taylor (ed), *Humanitarian Crises and Migration: causes, consequences and responses*, Londres y Nueva York, Routledge, 2014.
- MCAULIFFE, Marie, “Seeking the Views of Irregular Migrants: Decision Making, Drivers and Migration Journeys” en McAuliffe, Marie y Koser, Khalid, *A Long*

- Way to Go: Irregular Migration Patterns, Processes, Drivers and Decision-making*, Australia, Annus Press, 2017.
- MITSOLEGAS, Valsamis, "Extraterritorial Immigration Control in the 21st Century: The Individual and the State Transformed", en Ryan Bernard et Valsamis Mitsilegas (ed), *Extraterritorial Immigration Control: Legal challenges*, Boston, Martinus Publishers, 2010.
- PELLET, Alain "International Organizations are Definitely Not States", en Ragazz Maurizio, *Responsibility of International Organizations: essays in memory of Sir Ian Brownlie*, Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands y Boston, 2013.
- PEROUSSE DE MONTCLOS, Marc-Antoine, « Crises et migrations : effets de rhétorique autour d'un enjeu politique », en Perousse de Montclos, Marc-Antoine, *et. al. dir, Crises et migrations dans les pays du sud*, Paris, L'Harmattan, 2014.
- PERRUCHOUD, Richard, "State sovereignty and freedom of movement", en Opeskin, Brian, *et.al., Conceptualising international migration law*, Cambridge University Press, Estados Unidos, 2012.
- PONS, Noël, « Criminalité, économie et corruptions » en Arpagian, Nicolas et Éric Delbecque (dir), *Pour une stratégie globale de sécurité nationale*, France, Dalloz, 2008.
- RAMOS, José María, "Gestión de la seguridad en la frontera norte e Iniciativa Mérida: antecedentes y desafíos", en Armijo Canto, Natalia, *Migración y seguridad: nuevo desafío en México*, México, CASEDE, 2011.
- RODRIGO, Angel J., "Entre *Westfalia* y *Worldfalia*: la comunidad internacional como comunidad social, política y jurídica", en García, Caterina, *et al, La tensión cosmopolita: avances y límites en la institucionalización del cosmopolitismo*, Universidad de la Rioja, España, 2016.
- ROSEMBLUM, Marc R. y Cornelius, Wayne A. "Dimensions of Immigration Policy" en Rosembaum, Marc y Tichenor, Daniel J., *The Oxford Handbook of the politics of international migration*, Nueva York, Oxford University Press, 2012.
- RYAN, Bernard, "Extraterritorial Immigration Control: What Role for Legal Guarantees?" en Ryan Bernard et Valsamis Mitsilegas (ed), *Extraterritorial Immigration Control: Legal challenges*, Boston, Martinus Publishers, 2010.
- SANDOVAL PALACIOS, Juan Manuel "TLCAN y ASPAN: proyectos geoestratégicos de la seguridad nacional estadounidense", en Sandoval Palacios, Juan Manuel (comp.), *La Alianza para la prosperidad y seguridad de América del Norte: nuevo desafío a la nación mexicana*, México, Universidad Autónoma Chapingo y Red Mexicana de Acción Frente al Libre Comercio, 2008.

- SAROOSHI, Dan, "International Organizations and State Responsibility", en Ragazz Maurizio, *Responsibility of International Organizations: essays in memory of Sir Ian Brownlie*, Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands y Boston, 2013.
- SINGH JUSS, Satvinder, "Free movement and the world order", en Lambert, Helene, (coord), *International Refugee Law*, Londres, Routledge, 2017.
- ŠTURMA, Pavel, "The Responsibility of International Organizations and their Member States" en Ragazz Maurizio, *Responsibility of International Organizations: essays in memory of Sir Ian Brownlie*, Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands y Boston, 2013.
- VARELA HUERTA, Amarela, "Caravana de Madres Centroamericanas, un ejemplo de las nuevas luchas migrantes", en Vázquez, Luis Daniel y Estévez, Ariadna, (coord), *Derechos humanos y transformación política en contextos de violencia*, México, UNAM, 2015.
- WEISSBRODT, David y Divine, Michel, "International human rights of migrants", en Opeskin, Brian, *et.al.*, *Conceptualising international migration law*, Cambridge University Press, Estados Unidos, 2012.
- WIHTOL DE WENDEN, Catherine, "Actual Patterns of Migration Flows: The Challenge of Migration and Asylum in Contemporary Europe", en Grimmel, Andreas y Susanne My Giang, (ed), *Solidarity in the European Union A Fundamental Value in Crisis*, Suiza, Springer, 2017.
- YAMADA, Chusei, "Viability of the ILC's Articles Formulated on the Basis of the Articles on State Responsibility", en Ragazz Maurizio, *Responsibility of International Organizations: essays in memory of Sir Ian Brownlie*, Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands y Boston, 2013.
- ZETTER, Roger y Morrissey, James, « Environmental stress, displacement and the challenge of rights protection », en Susan F. Martin, Sanjula Weerasinghe and Abbie Taylor (ed) *Humanitarian Crises and Migration: causes, consequences and responses*, Londres y Nueva York, Routledge, 2014.

ARTÍCULOS EN REVISTAS Y EN INSTITUCIONES ESPECIALIZADAS

- ADAM, Heribert, "Xenophobia, Asylum Seekers, and Immigration Policies in Germany », *Nationalism and Ethnic Politics*, vol. 21, núm. 4, 2015, pp. 446-464.
- AIZENSTATD, Leistenschneider y Najman, Alexander, "La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol.

- XII, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 3-23.
- ALBAHARI, Maurizio, "From Right to Permission: Asylum, Mediterranean Migrations, and Europe's War on Smuggling", *Journal on Migration and Human Security*, vol. 6, núm 2, junio de 2018, pp. 121-130.
- ALLAIN, Jean «The jus cogens Nature of non-refoulement», *International Journal of Refugee Law*, vol. 13, núm. 4, octubre de 2001, pp. 533-558.
- ALTER, Karen J. y Meunier, Sophie, "The Politics of International Regime Complexity", *Perspectives on politics*, vol. 7, núm. 1, marzo de 2009, pp.13-24.
- AÑAÑOS MEZA, Cecilia, "La responsabilidad de proteger en Naciones Unidas y la doctrina de la responsabilidad de proteger", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. X, 2010, pp.199-244.
- ARRENONDO, Ricardo, "La responsabilidad de proteger: la perspectiva latinoamericana", *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, vol. 16, núm, 32. Segundo semestre de 2014, pp. 269-290.
- ASTRID, "Broken systems: the 2014 humanitarian crisis in the US and policy insights for Europe", *European View*, vol. 14, núm. 2, 2015, pp.191-200
- BACIC SELANEC, Nika, "A Critique of EU Refugee Crisis Management: On Law, Policy and Decentralisation" *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, vol. 11, núm. 11, 2015, pp. 73-114.
- BALZACQ, Thierry, « Qu'est-ce que la sécurité nationale? », *Revue internationale et stratégique*, vol. 52, núm 4, 2003, pp. 33-50.
- BARNES, Annmarie, « Displacing Danger: Managing crime Through Deportation », *International Migration & Integration*, vol. 10, núm. 4, 2009, pp.431-445.
- BARNETT, Michael, "Humanitarianism with a Sovereign Face: UNHCR in the Global Undertow", *International Migration Review*, vol. 35, núm. 1, 2001, pp.244-277.
- BARROSO, Luís Roberto, "Here, there, and everywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse", *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 35, núm. 2, 2012, p.331-393.
- BARTENSTEIN, Kristin, « De Stockholm à Copenhague : Genèse et évolution des responsabilités communes mais différenciées dans le droit international de l'environnement », *McGill Law Journal*, vol. 56, núm. 1, 2010, pp.177-228.
- BASILIEN-GAINCHE, Marie-Laure, « Sécurité des frontières et/ou protection des droits », *Cités*, vol. 2, núm 46, 2011, pp.47-68.
- BAST, Jürgen, "Deepening Supranational Integration: Interstate Solidarity in EU Migration Law", *European Public Law*, vol. 22, núm. 2, 2016, pp.289-304.

- BETTS, Alexander, "El gobierno global de la migración a causa de las crisis", *Crisis, Revista migraciones forzadas*, marzo 2014, pp. 76-79.
- BETTS, Alexander, "Soft law and the protection of vulnerable migrants", *Georgetown Immigration Law Journal*, Primavera-Verano, vol. 24, núm. 3-4, 2010, p. 533-552.
- BETTS, Alexander, "The Refugee Regime Complex", *Refugee Survey Quarterly*, vol. 29, núm. 1, 2010, pp.12-37.
- BIBLER COUTIN, Susan, « Deportation Studies: Origins, Themes, and Directions », *Journal of Ethics and Migration Studies*, 2014, pp.1-11.
- BIGO, Didier « Frontières, territoire, sécurité, souveraineté », *Ceriscope frontières*, 2011, pp.1-13.
- BIGO, Didier « Sécurité et immigration : vers une gouvernementalité par l'inquiétude? », *Cultures & conflits*, 31-32, primavera-verano 1998, pp.13-38.
- BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, "Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law", *Journal of Law and Society*, vol. 14, num. 3, Octubre de 1987, pp. 279-302.
- BORELLI, Silvia y Stanford, Ben, "Troubled Waters in the *Mare Nostrum*: Interception and Push-backs of Migrants in the Mediterranean and the European Convention on Human Rights", *Review International Law & Pol.* vol. 10, núm. 37, 2014, pp. 29-69.
- BOURBEAU, Philippe, « Politisation et sécuritisation des migrations internationales : une relation à définir », *Critique internationale*, vol. 61, núm. 4, 2013, pp. pp.127-145.
- BOURBEAU, Philippe, « Processus et acteurs d'une vision sécuritaire des migrations : le cas du Canada », *Revista europea de migraciones internacionales*, vol. 29, núm. 4, 2013, pp.21-41.
- BRIGHENTI, Andrea, "Visibility. A Category for the Social Sciences", *Current Sociology*, vol. 55, núm. 3, 2007, pp. 323-348.
- BRYAN, Ian y Langford, Peter, "The Lawful Detention of Unauthorised Aliens under the European System for the Protection of Human Rights", *Nordic Journal of International Law*, vol. 80, núm. 2, 2011, pp.193-218.
- BULLEY, Dan, "Inside the tent: Community and government in refugee camps", *Security Dialogue*, vol. 45, núm. 1, 2014, pp.63-80.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, "Responsabilidad, perdón y justicia como manifestaciones de la conciencia jurídica universal", *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá (Colombia), vol. 8, núm. 1, enero-junio de 200, pp. 15-36.
- CHARLESWORTH, Hilary, "International Law: A Discipline of Crisis" *The Modern Law Review*, vol. 65, núm. 3, 2002, pp.377-392.

- CHETAIL, Vincent, "The Human Rights of Migrants in General International Law: From Minimum Standards to Fundamental Rights", *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 28, núm., 2013, pp. 225-255.
- COELLO CERINO, Luz Maricela, "Gobernabilidad por niveles: el caso del flujo de migración haitiano en América", *Revista Migraciones Internacionales*, COLEF, vol. 10, art. 11, 2019, pp. 1-22.
- COMBACAU, J. y Alland D., "Primary and "secondary rules in the law of State responsibility categorizing international obligations", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 16, 1985, pp.81-109.
- CORNELISSE, Galina, "Territory, Procedures and Rights: Border Procedures in European Asylum Law", *Refugee Survey Quarterly*, vol. 35 núm. 1, 2016, pp.74-90.
- COSTELLO, Cathryn, "No tiene por qué ser así", *Destino: Europa, Revista Migraciones Forzadas*, núm. 51, enero de 2016, pp. 12-14.
- COSTELLO, Cathryn y Mouzourakis, Minos, "EU Law and the Detainability of Asylum-Seekers", *Refugee Survey Quarterly*, vol. 35, núm. 1, marzo de 2016, pp.47-73.
- CZAIKA, Mathias y Hobolth, Mogens, "¿Do restrictive asylum and visa policies increase irregular migration into Europe?", *European Union Politics*, vol. 17, núm. 3, 2016, pp.345-365.
- CRÉPEAU, François y Anna Purkey, "Facilitating Mobility and Fostering Diversity Getting EU Migration Governance to Respect the Human Rights of Migrants", *CEPS Paper in Liberty and security in Europe*, núm. 92, Mayo de 2016, pp. 1-34.
- CREPIN, Mathilde, "Extended Definitions of a Refugee and Complementary Forms of Protection: An Obsolete Polarisation between Two Different Approaches to International Protection", *King's Student Law Review*, vol. 7, núm. 2, 2016.
- DE LOS SANTOS, Miguel Ángel, "Derechos Humanos: compromisos internacionales, obligaciones nacionales", en *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 12, julio-diciembre de 2008, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/refjud/cont/12/cle/cle13.htm>.
- DEL SARTO, Raffaella A. y Steindler, Chiara, "Uncertainties at the European Union's southern borders: actors, policies, and legal frameworks", *European Security*, vol. 24, núm. 3, 2015, pp. 369-380.
- DEN HEIJER, Maarten, "Coercion, prohibition, and great expectations: the continuing failure of the common european asylum system", *Common Market Law Review*, vol. 53, núm. 3, 2016, pp. 607-636.

- DROTBOHM, Heike y Hasselberg, Ines, "Deportation, Anxiety, Justice: New Ethnographic Perspectives", *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2014, pp.1-12.
- DWORKIN, Ronald, "A New Philosophy for International Law", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 41, núm. 1, 2013, pp. 2-30.
- ELSPETH Guild, *et. al.*, "IOM and the UN: Unfinished Business", *Legal Studies Research Paper*, Queen Mary University of London, School of Law, núm. 255, 2017.
- FLYNN, Michael, "Kidnapped, Trafficked, Detained? The Implications of Non-state Actor Involvement in Immigration Detention", *Journal on Migration and Human Security*, vol. 5, núm. 3, 2017, pp. 593-613.
- FORD, Richard T., « Law's Territory: A History of Jurisdiction », *Michigan Law Review*, vol. 97, núm. 4, 1999, pp. 843-930.
- FOUCHER, Michel, « Frontières : rejet, attachement, obsession », *Le Seuil*, « Pouvoirs », vol. 165, núm. 2, 2018, pp. 5-14
- FRELICK, Bill, "The Impact of Externalization of Migration Controls on the Rights of Asylum Seekers and Other Migrants", *Journal on Migration and Human Security*, vol. 4, núm. 4, 2016, pp.190-220.
- FUNK, Marco, "La trampa detrás de Dublín", *Destino: Europa*, Revista Migraciones Forzadas, núm. 51, enero de 2016, pp. 19-20.
- GABUARDI, Carlos A., "Entre la jurisdicción, la competencia y el *Forum non conveniens*", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLI, núm. 121, enero-abril de 2008, pp. 70-115.
- GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas y Tan, Nikolas F., "The end of the deterrence paradigm? Future directions for global refugee policy", *Journal on Migration and Human Security*, vol.5, núm. 1, 2017, pp. 28-56.
- GHOSH, Bimal, "La gestión de las migraciones en el siglo XXI", *Migraciones*, vol. 12, 2002, pp. 175-204.
- GILBERT, Margaret y Bérélowitch, Irène, « La responsabilité collective et ses implications », *Revue française de science politique*, vol. 58, núm. 6, 2008, pp.899-913.
- GODIN, Christian, « Fin du territoire ou nouveaux territoires? », *Cités*, vol. 60, núm. 4, 2014, pp.149-157.
- GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo, "Reconfiguración de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional sobre la base del principio de subsidiariedad", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVII, 2017, pp. 717-748.
- GUEVARA BERMÚDEZ, José Antonio "La nueva Ley de Migración: una oportunidad perdida para garantizar derechos", en *Dfensor*, CDHDF, núm. 6, junio 2011, pp. 27-33.

- HABERMAS, Jürgen, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Diánoia*, volumen LV, núm. 64, mayo 2010, pp. 3-25.
- HATHAWAY, James, “Reconceiving Refugee Law as Human Rights Protection”, *Journal of Refugee Studies*, vol. 4, núm 2, 1991, pp. 113-131.
- HATHAWAY, James, “Refugee Law Is Not Immigration Law”, *World Refugee Survey*, 2002, pp. 38-45.
- HATHAWAY, James y Neve, Alexander, “Making Refugee Law Relevant Again: A Proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection”, *Harvard Human Rights Journal*, 115, 1997.
- JONES, Will y Alexander Teytelboym, “Matching Systems for Refugees”, *Journal on Migration and Human Security*, vol. 5, núm. 3, 2017, pp.667-681.
- KERWIN, Donald, “How Robust Refugee Protection Policies Can Strengthen Human and National Security”, *Journal on Migration and Human Security*, vol. 4, núm. 3, 2016, pp.83-140.
- KILIBARDA, Pavle, “Obligations of transit countries under refugee law: A Western Balkans case study”, *International Review of the Red Cross*, vol. 99, núm 904, 2017, pp. 211-239.
- KOLB, Robert, «Quelques Reflexions sur la Communauté Internationale», *African Year Book of International Law*, Annuaire Africain de droit international Online, vol. 10, num. 1, 2004, pp.431-451.
- KUMIN, Judith, “El desafío de la migración mixta por vía marítima”, en *Crisis, Revista Migraciones Forzadas*, núm. 45, Marzo de 2014, pp. 49-51.
- KUSCHMINDER, Katherine y Koser, Khalid, “The Role of Migration-Specific and Migration-Relevant Policies in Migrant Decision-Making in Transit”, Working paper N° 17, *UNU-MERIT Working Papers*, Maastricht, 2017, pp. 1-23.
- KYSEL, Ian M., “Promoting the Recognition and Protection of the Rights of All Migrants Using a Soft-Law International Migrants Bill of Rights”, *Journal on Migration and Human Security*, vol. 4 núm. 2, 2016, pp.29-44.
- LE BIHAN, Stéphanie, “Respuesta a las necesidades de los migrantes en materia de protección y asistencia: enfoque del CICR respecto de la migración”, *International Review of the Red Cross*, Migración y desplazamiento núm. 904, 9 de mayo de 2018, pp. 1-23.
- LEE, Patrick y Robert P. George, “The Nature and Basis of Human Dignity”, *Ratio Juris*, vol. 21 núm. 2, Junio de 2008, pp.173-193.
- LEE, Rachel S., “Migrant crisis: international law and constraints for receiving states”, *Georgetown immigration law journal*, vol. 30, núm. 1, 2015, pp. 205-212.
- LENDARO, Annalisa, “A ‘European Migrant Crisis’? Some Thoughts on Mediterranean Borders”, *Studies in Ethnicity and Nationalism*, vol. 16, núm. 1, 2016, pp.148-157.

- LENOBLE, Jacques, « Responsabilité internationale des états et contrôle territorial », *Revue belge de droit international*, 1981-1982, pp. 95-110.
- LEWIS, Corinne, "UNHCR's Contribution to the Development of International Refugee Law: Its Foundations and Evolution", *International Journal of Refugee Law*, vol. 17, núm. 1, 2015, pp. 67-90.
- LOESCHER, Gil, "The UNHCR and World Politics: State Interests vs. Institutional Autonomy", *International Migration Review*, vol.35, núm. 1, Marzo de 2001, pp.33-56.
- LYON, Beth, "The unsigned United Nations Migrant Worker Rights Convention: an overlooked opportunity to change the 'brown collar' migration paradigm", *International Law and Politics*, vol. 42, núm. 2, 2010, pp. 389-500.
- MANN, Itamar, "Dialectic of Transnationalism: Unauthorized Migration and Human Rights, 1993-2013", *Harvard International Law Journal*, vol. 54, núm. 2, 2013, pp. 315-391.
- MARTIN, Susan F., "New Models of International Agreement for Refugee Protection", *Journal on Migration and Human Security*, vol. 4, núm. 3, 2016, pp.60-75.
- MARTIN, Susan, *et. al.*, "¿Qué es la migración a causa de las crisis?", *Crisis, Revista Migraciones Forzadas*, núm. 45, Marzo de 2014, pp. 5-9.
- MÁRQUEZ COVARRUBIAS, Humberto, "No vale nada la vida: éxodo y criminalización de migrantes centroamericanos en México", *Migración y Desarrollo*, vol. 13, núm. 25, segundo semestre, 2015, pp.151-173.
- MCAULIFFE, Marie y Dinuk Jayasuriya, "Do asylum seekers and refugees choose destination countries? Evidence from large-scale surveys in Australia, Afghanistan, Bangladesh, Pakistan and Sri Lanka", *International Migration*, vol. 54, núm. 4, Agosto de 2016, pp.44-59
- MASSEY, Douglas S., *et al*, "Theories of International Migration: A Review and Appraisal", *Population and Development Review*, vol. 19, núm. 3, Septiembre, 1993, pp. 431-466.
- MEMISOGLU, Fulya y Ilgit, Asli, "Syrian refugees in Turkey: multifaceted challenges, diverse players and ambiguous policies", *Mediterranean Politics*, vol. 22, núm. 3, 2016, pp. 317-338.
- MÉTAYER, Michel, « Vers une pragmatique de la responsabilité morale », *Lien social et Politiques*, núm. 46, 2001, pp. 19-30.
- MILTNER, Barbara, « The Mediterannean Migration Crisis: A Clash of the Titans' Obligations? », *Brown Journal of World Affairs*, vol. XXII, núm. 1, verano-invierno 2015, pp.213-237.
- MORALES VEGA, Luisa Gabriela y Roberto Sanromán Aranda, "Derechos humanos y seguridad nacional en México. Programa Frontera Sur a cuatro años de la Ley de Migración", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*,

- vol. XVI, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2016, pp. 1-22.
- MORIN, Edgar, « Pour une crisologie », *Communications*, vol. 91, núm. 1, 2012, pp. 135-152.
- NOLL, Gregor, "Why Human Rights Fail to Protect Undocumented Migrants", *European Journal of Migration and Law*, vol. 12, núm. 2, 2010, pp.241-272.
- NOLLKAEMPER, Andre y Jacobs, Dov, "Shared Responsibility in International Law: A Conceptual Framework", *Michigan Journal of International Law*, vol. 34, núm. 2, invierno de 2013, pp.359-438.
- PHILLIPS, Warren, "The Concept of Crisis in International Politics", *Journal of peace research*, vol. XV, núm. 3, 1978, pp.259-272
- PELE, Antonio, "Kant y la dignidad humana", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, núm. 111, julio-diciembre 2015, pp. 15-46.
- PÉREZ-LEÓN, Juan Pablo, "El individuo como sujeto de derecho internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, 2008, pp. 599-642.
- PETERSON, Glen, "Sovereignty, International Law, and the Uneven Development of the International Refugee Regime", *Modern Asian Studies*, vol. 49, núm. 2, 2015, pp.439-468.
- POCH Y G. DE CAVIEDES, Antonio, "Comunidad internacional y sociedad internacional", *Revista de Estudios Políticos*, vol. II, núm. 12, noviembre-diciembre de 1943, pp. 341-400.
- RAMELLI ARTEAGA, Alejandro, "El Derecho Internacional Humanitario ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IX, 2009, pp.35-68.
- RAMJI-NOGALES, Jaya "The Right to Have Rights: Undocumented Migrants and State Protection", *Kansas Law Review*, vol. 63, núm. 4, 2015, pp.1045-1065.
- RAMJI-NOGALES, Jaya, "Freedom of Movement and Undocumented Migrants", *Texas International Law Journal*, vol. 51, verano de 2016, pp. 173-189.
- RENDTORFF, J. D, "The importance of responsibility in times of crisis", *Nordicum - Mediterraneum*, vol. 9, núm. 3, 2014.
- RUPP, George, "Rethinking the Assumptions of Refugee Policy: Beyond Individualism to the Challenge of Inclusive Communities", *Journal on Migration and Human Security*, vol. 4, núm. 3, 2016, pp.76-82.
- RYGIEL, Kim, "Governing mobility and rights to movement post 9/11: managing irregular and refugee migration through detention", *Review of Constitutional Studies*, vol. 16, núm. 2, 2012, pp.211-231.

- SANCHEZ, Gabriella, "Critical Perspectives on Clandestine Migration Facilitation: An Overview of Migrant Smuggling Research", *Journal on Migration and Human Security*, vol. 5, núm. 1, 2017, pp. 9-27.
- SCHMID, Alex, "Links between Terrorism and Migration: An Exploration" *The International Centre for Counter-Terrorism*, vol. 7, núm. 4, La Haya, mayo de 2016, pp.1-63.
- SCHOENHOLTZ, Andrew I., "The New Refugees and the Old Treaty: Persecutors and Persecuted in the Twenty-First Century", *Chicago Journal of International Law*, vol. 16, núm. 1, 2015, pp.81-126.
- SIGONA, Nando "The contested politics of naming in Europe's "refugee crisis", *Ethnic and Racial Studies*, vol. 41, núm. 3, 2018, p.456-460.
- SENSEN, Oliver, "Human dignity in historical perspective: The contemporary and traditional paradigms", *European journal of political theory*, vol.10 núm. 1, enero 2011, pp. 71-91.
- STERN, Rebecca, "Our refugee policy is generous": reflections on the importance of a state's self-image", *Refugee Survey Quarterly*, vol. 33, núm. 1, 23 de enero de 2014, pp.25-43.
- SUHRKE, Astri, "Burden-sharing during Refugee Emergencies: The Logic of Collective versus National Action", *Journal of Refugee Studies*, vol. 11, núm. 4, 1998, pp.396-415.
- TINKER, Catherine, "Saving lives and building society: the european migration agenda", *ILSA Journal of International Law*, vol. 22, núm. 2, 2016, p.393-414.
- TREVISANUT, Seline, "The Principle of *Non-Refoulement* And the De-Territorialization of Border Control at Sea", *Leiden Journal of International Law*, vol. 27, núm. 3, 2014, pp. 661-675.
- TÜRK, Volker, "Prospects for Responsibility Sharing in the Refugee Context", *Journal on Migration and Human Security*, vol. 4, núm. 3, 2016, pp.45-59.
- VALVERDE, Mariana, "Jurisdiction and scale: legal 'technicalities' as resources for theory", *Social & Legal Studies*, vol. 18, núm. 2, 2009, pp. 139–157.
- VALVERDE, Mariana, "Practices of Citizenship and Scales of Governance", *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, University of California Press, vol. 13, num. 2, 2010, p.216-240.
- VARGAS CARRASCO, Felipe de Jesús, "El vía crucis del migrante: demandas y membresía", *Trace 73*, CEMCA, enero de 2018, pp.117-133.
- VIBERT, Stéphane, « L'érrance et la distance. La déshumanisation comme figure de l'humanité », *Anthropologie et Sociétés*, vol. 27, núm. 3, 2003, pp.125-145.
- WARREN, Robert, "US Undocumented Population Continued to Fall from 2016 to 2017 and Visa Overstays Significantly Exceeded Illegal Crossings for the

- Seventh Consecutive Year”, *Journal on Migration and Human Security*, vol. 7, núm. 1, 2018, pp.19-22.
- WEINER, Myron y Gibney, Mark, “Ethics, National Sovereignty and the Control of Immigration”, *International migration review*, 30, núm. 1, 1996, pp. 171-197.
- YOUNG, Oran, “Institutional linkages in international society: Polar perspectives”, *Global Governance*, vol. 2, núm. 1, 2002, pp.1-23.

INFORMES

- ACNUR, “Tendencias Globales: Desplazamiento Forzado en 2017”, <http://www.acnur.org/5b2956a04.pdf>.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Enfrentando muros: violaciones de los derechos de solicitantes de asilo en Estados Unidos y México”, 15 de junio de 2017, <https://www.amnesty.org/download/Documents/AMR0164262017SPANISH.PDF>.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, “¿Hogar dulce hogar? El papel de Honduras, Guatemala y El Salvador en la creciente crisis de refugiados”, 14 de octubre de 2016, <https://www.amnesty.org/es/documents/amr01/4865/2016/es/>.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Turquía no es país seguro. ni para la población turca ni para las personas refugiadas”, <https://www.es.amnesty.org/actua/acciones/europa-asilo-mar16/>.
- APPLEBY, J. Kevin y Donald Kerwin (eds), *International Migration Policy Report: Perspectives on the Content and Implementation of the Global Compact for Safe, Orderly, and Regular Migration*, New York: Scalabrini Migration Study Centers, 2018.
- ARIAS MUÑOZ, Karina y Carmona Arellano Nancy, “Evolución y retos del marco normativo migratorio en México: Una perspectiva histórica”, *Sin Fronteras IAP*, diciembre de 2012.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución A/54/2000 “Nosotros los pueblos: La función de las Naciones Unidas en el siglo XXI. Informe del Secretario General”, 27 de marzo de 2000, <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/54/2000>
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución A/60/1, “Documento Final de la Cumbre Mundial 2005”, 24 de octubre de 2005, http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/docs/gaA.RES.60.1_Sp.pdf
- BERRY MIKE, *et. al.* “Press Coverage of the Refugee and Migrant Crisis in the EU: A Content Analysis of Five European Countries. Report prepared for the United Nations High Commission for Refugees”. Cardiff School of Journalism, Media and Cultural Studies, diciembre de 2015.

- CASILLAS, Rodolfo, *Niños, niñas y adolescentes migrantes centroamericanos en poblaciones del sur de México*, Organización Internacional para las Migraciones, México, 2010.
- CENTRO DE DERECHOS HUMANOS FRAY MATÍAS DE CÓRDOVA, *Segundo informe sobre derechos humanos y condiciones de vida de las personas migrantes en el centro de detención de la Ciudad de Tapachula*, Chiapas, marzo de 2013.
- CENTER FOR MIGRATION STUDIES OF NEW YORK (CMS) *Responsibility Sharing for Large Movements of Refugees and Migrants in Need of Protection. A report of the Scalabrini migration study centers*, Junio de 2017.
- CIISE, « La responsabilité de protéger », *Rapport de la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États*, 2001.
- COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, "Informe especial sobre secuestro de migrantes en México", 22 de febrero de 2011, http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/2011_secigrantes.pdf
- CONSEJO CIUDADANO DEL INSTITUTO NACIONAL DE MIGRACIÓN, "Personas en detención migratoria en México Misión de Monitoreo de Estaciones Migratorias y Estancias Provisionales del Instituto Nacional de Migración", julio de 2017.
- EL COLEGIO DE LA FRONTERA NORTE, "La caravana de migrantes centroamericanos en Tijuana 2018: diagnóstico y propuestas de acción", Primera etapa, 13 de diciembre de 2018, <https://www.colef.mx/estudiosdecolef/la-caravana-de-migrantes-centroamericanos-en-tijuana-2018-diagnostico-y-propuestas-de-accion/>.
- EL COLEGIO DE LA FRONTERA NORTE, "La caravana de migrantes centroamericanos en Tijuana 2018-2019 (Segunda etapa)", 25 de marzo de 2019, <https://www.colef.mx/wp-content/uploads/2019/03/2o.-Reporte-Caravana-Tijuana.250319.pdf>.
- HERNÁNDEZ PEÑA, Yair Candelario, *et. al.*, "Participación de agencias internacionales, sociedad civil y sector privado en la gestión de la crisis migratoria de haitianos y africanos que buscan refugio en Estados Unidos: caso Tijuana y Mexicali en 2016" Organización Internacional para las Migraciones México, *Ser-Migrante*, mayo-junio 2017.
- INTERNATIONAL CRISIS GROUP, "Easy Prey: Criminal Violence and Central American Migration", Latin America Report Núm. 57, 28 de julio de 2016.
- INTERNATIONAL CRISIS GROUP, "Turkey's Refugee Crisis: The Politics of Permanence", *Europe Report*, núm. 241, 30 de Noviembre de 2016.

- ISACSON, Adam, *et. al.*, “Mexico other’s border: security, migration, and the humanitarian crisis at the line with Central America”, Washington Office on Latin America, Agosto de 2014.
- LOTTAR WEISS, Thomas, “International dialogue on migration”, Organización Internacional para las migraciones, 2002.
- MEISSNER, DORIS, *et. al.*, “Immigration enforcement in The United States: the rise of a formidable machinery”, Migration Policy Institute, 2013.
- MEISSNER DORIS, *et. al.*, “*The U.S. Asylum System in Crisis: Charting a Way Forward*”, Migration Policy Institute, Septiembre de 2018.
- NATIONAL COMMISSION ON TERRORIST ATTACKS UPON THE UNITED STATES, “9-11 Commission Report”, <http://govinfo.library.unt.edu/911/report/911Report.pdf>.
- PARÍS POMBO, María Dolores (coord), « Informe: migrantes haitianos y centroamericanos en Tijuana, Baja California, 2016-2017. Políticas gubernamentales y acciones de la sociedad civil », *Comisión Nacional de Derechos Humanos y El Colegio de la Frontera Norte*, mayo de 2018.
- PAZ CARRASCO, Miguel Ángel, *et. al.*, “Mirar las fronteras desde el sur: salud y migración en la frontera México-Centroamérica”, Universidad Nacional Autónoma Metropolitana y Voces Mesoamericanas, Acción con Pueblos Migrantes, A.C, Guatemala-México, 2016, http://vocesmesoamericanas.org/wp-content/uploads/2016/08/Mirar_Las_Fronteras.pdf.
- PIETRASANTA, Sébastien, « Rapport fait au nom de la commission d’enquête relative aux moyens mis en œuvre par l’État pour lutter contre le terrorisme depuis le 7 janvier 2015 », presentado a la *Présidence de l’Assemblée Nationale*, el 5 de julio de 2016.
- OECD, “How will the refugee surge affect the European economy?”, *Migration Policy Debates*, Núm 8, noviembre 2015
- OECD, “International Migration Outlook 2018”, 20 de junio de 2018, https://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/international-migration-outlook_1999124x.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, «Informe del Director General: Migración equitativa: un programa de la OIT», http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_243544.pdf.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *Informe sobre las migraciones en el mundo 2018*.
- RED DE DOCUMENTACIÓN DE LAS ORGANIZACIONES DEFENSORAS DE MIGRANTES, “Narrativas de la Trasmigración centroamericana en su paso

- por México”, <http://www.flacsi.net/wp-content/uploads/2013/12/Trilog%C3%ADa3.-Resumen-ejecutivo.pdf>.
- ROSENBLUM, Marc, “US Immigration Policy Since 9/11: Understanding the Stalemate over Comprehensive Immigration Reform”, Washington, DC, Migration Policy Institute, 2011.
- SIN FRONTERAS, “Evolución y retos del asilo en México: 20 años de asistencia legal e incidencia por las personas refugiadas”, septiembre de 2016, https://sinfronteras.org.mx/wp-content/uploads/2017/06/InformeAsilo_2016_WEB_02.pdf.
- TREJO GARCÍA, Elma del Carmen, “Alianza para la Seguridad y la Prosperidad de América del Norte (ASPAN)”, Cámara de Diputados, LIX Legislatura, julio de 2006.
- UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, “Human rights violations in the context of the 2017 elections in Honduras”, http://www.ohchr.org/Documents/Countries/HN/2017ReportElectionsHRViolations_Honduras_EN.pdf.
- UNHCR, « Asylum claims in Mexico », abril de 2019, <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/UNHCR%20Factsheet%20Mexico%20-%20April%202019.pdf>
- UNHCR, “Global Strategy - Beyond Detention 2014-2019”, mayo 2014.
- U.S. DEPARTMENT OF HOMELAND SECURITY, “Securing and Managing Our Borders: Implementing 9/11 Commission Recommendations, Progress Report 2011”, 10 de septiembre de 2013, <https://www.dhs.gov/securing-and-managing-our-borders>.