

Control migratorio en aeropuertos

TEDH, *Case of Z.A. and others v. Russia*, 21 de noviembre de 2019

Por Pablo Asa¹

Introducción

En el presente comentario espero poder contribuir a enriquecer la mirada sobre el tema y plantear los puntos que, a mi entender, resultan de relevancia para la cuestión de la migración y el asilo desde un enfoque de derechos humanos, tomando como base mi experiencia como docente.

Como aproximación al tema, el caso “Z.A. y otros” trata sobre las condiciones, prácticas y procedimientos que deberían ser garantizados a las personas que solicitan asilo en zonas de frontera. Resulta de interés particular tanto por ser una cuestión recurrente en los ámbitos de los aeropuertos internacionales de todo el mundo como por su vinculación con las políticas establecidas como contrapartida a la llegada –muchas veces masiva– de personas que solicitan asilo en los puntos de ingreso a un Estado. Me enfocaré principalmente en el análisis del tema de la vigencia de los derechos humanos en un espacio específico de los Estados que, con fines didácticos, he decidido llamar “prefrontera”.

¹ Abogado (UBA). Docente del Práctico Profesional (CAREF/CELS/UBA), de Derechos Humanos (UNDAV) y de la Especialización en Migración y Asilo desde una Perspectiva de Derechos Humanos (UNLa/ACNUR/CELS).

Hechos del caso y decisión del TEDH

Cuatro personas que han sufrido diferentes violaciones a sus derechos humanos presentaron entre abril y septiembre de 2015 sus solicitudes de asilo en el aeropuerto internacional Sheremétievo, en la ciudad de Moscú. Allí tuvieron que permanecer durante meses hasta que la “autoridad competente”² tomó intervención y realizó la primera entrevista para darle curso a su solicitud de asilo.

Luego tuvieron que esperar otros tres meses para que dicha solicitud fuera rechazada, a lo que se suman otros tantos meses de espera para que las apelaciones fueran también rechazadas. Mientras tanto, sus pasaportes fueron retenidos por la policía aeroportuaria;³ no les fueron expedidos certificados de “solicitud en trámite”;⁴ no tuvieron siquiera una cama donde dormir, sino que lo hacían en el suelo, en sectores donde no había circulación de gente; y no tenían duchas, ni salidas al aire libre, entre otras cuestiones graves. Asimismo, sufrieron varias violaciones al derecho de defensa y a contar con representación legal, y carecieron de intérprete, entre muchas otras serias vulneraciones a sus derechos elementales.⁵

En los hechos, el Estado estableció una zona dentro de su territorio donde prácticamente no existen derechos humanos. Esta zona estaría comprendida entre el lugar donde aterriza un avión y el punto de control de ingreso al territorio. Según el Estado ruso, mientras las personas intentan ingresar al territorio o mientras se resuelve dar curso o no a su petición de asilo, las personas carecen de protección legal.

La posible justificación de tal noción radica en que una persona bajo la jurisdicción de un Estado no está necesariamente “en manos de las autoridades”,⁶ por cuanto supuestamente se encuentran en libertad, ya que no han sido detenidas, y tienen la “libertad” de retirarse del Estado, por ejemplo, y comprar un boleto hacia otro país—luego veremos que la situación era distinta, más allá de la falacia argumental que discutiré más abajo—. Es decir, según el Estado existe la posibilidad de tomarse el tiempo necesario para determinar si una persona ingresa o no al territorio, aunque estemos hablando de años.

Para el ACNUR, que también intervino en el caso, “la tramitación y el posterior examen judicial de los casos respectivos de las demandantes fue *cualquier cosa menos rápido*” y, por ello, la situación de los peticionarios “se vio muy gravemente influenciada por retrasos e inacciones de las autoridades rusas que eran claramente atribuibles a ellas y no fueron justificadas por razones legítimas”.⁷

2 Destaco “autoridad competente” porque, como se verá más abajo, es a causa de la organización interna del Estado en torno a la recepción de las solicitudes de asilo que se produce la principal vulneración a los derechos. Por supuesto que no es posible alegar normas de derecho interno para justificar una violación a un derecho humano.

3 Guardia Fronteriza o Servicio de Control de Fronteras (Border Guard Service-BGS).

4 Lo que en Argentina se conoce como “certificado de Residencia Precaria”.

5 Según la presentación de la Agencia de la ONU para los Refugiados, ACNUR, “Los solicitantes de asilo varados en zonas de tránsito se vieron privados del acceso al aire fresco, la privacidad, los alimentos y el acceso a la atención médica y social. El período durante el cual un solicitante de asilo tuvo que someterse a una vulneración tan grave en las normas básicas podría prolongarse, ya que, en promedio, el procedimiento completo de asilo, incluidas las apelaciones, podría durar entre uno y dos años” (TEDH, *Case of Z.A. and others v. Russia*, 21 de noviembre de 2019, párr. 80). En igual sentido TEDH, *Case of A.Z. and others v. Russia*, Application n° 61411/15, 61420/15, 61427/15 y 3028/16, 28 de marzo de 2017, párr. 122.

6 TEDH, *Case of Z.A. and others v. Russia*, 21 de noviembre de 2019, nota 5, párr. 115

7 Ídem, nota 5, párr. 148. “el Sr. Z.A. pasó siete meses y diecinueve días en la zona de tránsito a la espera del resultado de su procedimiento de asilo (véanse los párrs. 46 a 55); Sr. M.B. cinco meses y un día (véanse los párrs. 57 a 64); Sr. A.M. un año, nueve meses y al menos veintiocho días (véanse los párrs. 66 a 82); y el Sr. Yasién siete meses y veintidós días (véanse los párrs. 83 a 95)”, traducción propia.

En este punto quiero que reflexionemos acerca de la creación de esta “prefrontera”, concepto que sirve de base para ejercer el poder estatal. En el ordenamiento ruso, el Servicio de Control de Fronteras –en adelante SCF–⁸ es un organismo policial distinto de la oficina que recibe las solicitudes de refugio.⁹ Según se comprobó a lo largo del caso, la legislación rusa no prevé ningún tipo de protección específica para las personas que se encuentran en esa situación de “limbo” jurídico. Este limbo no es casual, sino claramente político. En especial, porque se desprende del hecho de sostener este tipo de prácticas en la llamada “zona de tránsito del aeropuerto”, ya sea por tolerar, por omitir el dictado de normas acordes a los compromisos internacionales, o bien por aceptar espacios dentro de los Estados donde no existen canales de denuncia ni posibilidad material de ejercer derechos.

El peligro de este tipo de argumentos y prácticas tiene que ver con aceptar –o incluso validar– que dentro de los Estados existan espacios donde prácticamente *no hay ninguna regla*. Desde ya que el factor psicológico en las condiciones de detención juega un papel fundamental para quebrar la voluntad de las personas. Otro rasgo distintivo de este concepto es la invisibilidad para el resto de la población, que casi nunca tiene conocimiento de lo que sucede en estos puntos de acceso al territorio.

En este sentido, viene a nuestra mente el recuerdo de la película *La Terminal*, donde Tom Hanks encarna la historia real de Mehran Karimi Nasseri, un refugiado iraní que vivió en el Aeropuerto de París-Charles de Gaulle entre 1988 y 2006, luego de que había resultado apátrida a partir de un proceso de división y secesión de Estados por el cual quedó sin nacionalidad. Si bien esta situación particular resulta poco frecuente, lo cierto es que muchas veces en gran cantidad de aeropuertos internacionales del mundo –incluso en Argentina– existen personas que tienen que permanecer detenidas durante meses, careciendo de los más mínimos derechos.

Volviendo al caso bajo análisis, otro punto debatido es que las solicitudes de asilo de las personas finalmente fueron rechazadas. De este dato se toma el Gobierno para afirmar que había una intención original de engañar o defraudar a las normas locales; es decir, para el Estado estamos en presencia de lo que podríamos llamar “sospecha de migración”, ya que los peticionarios no “eran verdaderos refugiados”.

En este sentido, la defensa estatal afirmó que “los solicitantes deberían haber tenido plenamente conocimiento de que no habían tenido los documentos necesarios y no habían tenido motivos válidos para entrar en Rusia. Al intentar deliberadamente entrar en Rusia sin visados válidos y motivos para ser considerados refugiados, habían infringido la legislación rusa y habían consentido válidamente ser privados de la libertad. El hecho de que las autoridades rusas hubieran examinado las solicitudes de asilo de los solicitantes no significaba que hubieran tenido que permanecer en la zona de tránsito del aeropuerto, ya que las perspectivas de éxito de esas solicitudes habían sido escasas”.¹⁰

Llama la atención este argumento, que encuentro análogo al del consentimiento de la víctima en los casos de abuso sexual. Desde ya que nadie puede válidamente consentir que sus derechos sean violados

8 En Argentina sería la Policía de Seguridad Aeroportuaria.

9 Nuestra CONARE o Comisión Nacional para los Refugiados.

10 Ídem, nota 5, párr. 115.

y, por supuesto, que el grado de éxito de la solicitud de asilo/refugio depende de una multiplicidad de variables, dentro de las cuales se encuentra la posibilidad de ofrecer y producir pruebas y contar con asistencia letrada durante todo el proceso, entre otros derechos que fueron sistemáticamente negados o —cuanto menos— seriamente limitados. Por supuesto que estas condiciones llevaron a que las personas finalmente abandonaran el territorio, ante la desesperación y la incertidumbre generadas por el encierro.

Entre otras justificaciones, el Estado señaló que existe un “derecho soberano inherente de un Estado a controlar la entrada y la residencia de extranjeros en su territorio”, al tiempo que sostuvo que “los solicitantes no habían sido objeto de procedimientos de expulsión, deportación o extradición. Por lo tanto, no ha habido privación de la libertad, ya que habían sido libres de abandonar Rusia en cualquier momento, lo que finalmente ocurrió”.¹¹ El Estado pone en cuestión que la situación de los peticionarios sea una privación de la libertad, aunque se haya probado en el caso que las personas no habían tenido la opción de entrar en un Estado distinto al que habían huido y que durante su larga estancia en el aeropuerto no pudieron pasar el puesto de control, ni recibir visitas de médicos y abogados —más bien, el acceso de los letrados había sido condicional y ocasionalmente negado—. Además, el SCF había incautado sus pasaportes. Por consiguiente, no habían “optado” por permanecer en la “zona de tránsito” y, por lo tanto, no podía decirse que hubieran consentido válidamente ser privadas de libertad.¹²

También surge la siguiente cuestión. Si aceptamos que la situación de los peticionarios no está comprendida en el Estatuto para los Refugiados de 1951, ¿qué sucede con el resto de las personas para las que sí aplicaría? ¿También tendrían que pasar por esta penuria? Del caso y las pruebas aportadas por el Estado no surge que exista un mejor trato para quienes sí están amparados por la Convención. En efecto, la autoridad de aplicación en materia de asilo dio curso a la solicitud, pero nunca les fueron entregados los certificados, de modo tal que tampoco pudieron ingresar al territorio y tener un trato igualitario y acceso a derechos. Aplica aquí la regla del derecho procesal “a confesión de parte, relevo de pruebas”.

En efecto, el Gobierno afirmó que era “vital establecer una distinción entre los verdaderos refugiados y los migrantes”, quienes se trasladan a un tercer país principalmente por razones económicas. En opinión del Gobierno, los solicitantes no habían cumplido los criterios de refugiado establecidos en la Convención, ya que no habían llegado a Rusia directamente desde los países de donde provenía el riesgo para sus vidas, no lo habían elegido como primer país seguro a los efectos de solicitar asilo, no habían solicitado asilo en Rusia inmediatamente a su llegada a ese país, y no habían solicitado asilo en otros países de antemano.

En el curso de las entrevistas de las autoridades migratorias rusas, los solicitantes no justificaron que sus vidas estaban en peligro en los países de origen, sino que se refirieron a una situación económica deficiente. Por su parte, las denuncias sobre posibles riesgos para su integridad solo se habían planteado después de que los solicitantes hubieran tomado contacto con abogados especializados en casos de asilo.

¹¹ *Ibidem*, párr. 116.

¹² *Ídem*, nota 5, párr. 109.

En consecuencia, los solicitantes no eran “auténticos solicitantes de asilo”, sino “migrantes ordinarios” cuyas solicitudes de asilo habían sido “creadas artificialmente y tenían pocas perspectivas de éxito”.¹³

Desanudar todas las cuestiones que plantea el Estado en torno a este punto sería demasiado extenso y excedería los límites de este comentario. Solo voy a referirme al tema de la distinción entre migrantes y refugiados, argumento repetidamente sostenido por los Estados para establecer prácticas violatorias de los derechos humanos a lo largo del globo.¹⁴ Como primera aclaración, cabe señalar que aun aceptando la validez de tal distinción, tanto en un caso como en el otro, las personas migran como consecuencia de violaciones a sus derechos humanos. En el asilo la cuestión principal radica en el peligro para la vida y libertad, para “migrantes económicos” se trata del problema general de la falta de empleo digno. Para ambas situaciones existen normas internacionales que brindan mecanismos de protección. Sin embargo, llama la atención que la Federación Rusa se escude en la falta de responsabilidad sobre tal tema, cuando es parte e incluso antaño impulsora del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asimismo, en situaciones de asilo en sentido estricto, también existen motivos económicos o laborales concomitantes, siendo que las causas que fuerzan a las personas a salir de sus hogares son múltiples y variadas.

Según mi modo de ver, la cuestión de fondo radica en trazar un límite a la potestad de los Estados de generar políticas de control migratorio, quienes normalmente se limitan a poner trabas y generar daños psicofísicos a personas que intentan ingresar a su territorio, bajo la excusa de permitir que las personas abandonen el lugar y se dirijan a un tercer Estado. Lo que se encuentra en juego es el tipo de política migratoria y cómo esta influye en la posibilidad o no de pedir asilo en los términos de la Convención para el Estatuto de los Refugiados de 1951.

En este y otros casos observamos con frecuencia una práctica tendiente a degradar la dignidad humana, estableciendo una pauta de sometimiento a la voluntad de los agentes de turno. Resulta claro que la “prefrontera” se utiliza como un mecanismo de escarmiento a fin de “ablandar” a las personas que llegan al territorio y forzar su partida.

Pensemos cuál sería el riesgo de permitir que esas personas ingresen al territorio. Ninguna de las personas que llevaron el caso ante el TEDH tenían un pedido de captura internacional, ni “alertas rojas”, etc. O sea que no tenían ningún conflicto con la ley penal, pero sí con la “seguridad”. Digo esto porque, para la vertiente más “securitista” de las políticas migratorias, si dejamos que esas personas ingresen al territorio de un Estado “no las encontramos más”. Esta afirmación resulta una falacia e incluso significa que el Estado evidencia su propia torpeza. Primero, porque si no se puede hallar a una persona dentro del territorio es –principalmente– por la falta de documentación. Es bastante sencillo observar que si la persona posee documentación local comienza a realizar diferentes tipos de actos de los cuales van quedando registros, como contratar bienes y servicios o alquilar una habitación,

¹³ Ídem, nota 5, párr. 113.

¹⁴ Por ejemplo, se plantea el mismo argumento en el caso de las “pateras” que llegan a la costa de España, Italia, Francia y Grecia, como asimismo en la frontera sur de Estados Unidos de América o en la del sur de México, por nombrar solo unos pocos ejemplos.

una vivienda, etc. Además, habría que contextualizar el caso en el marco de un Estado –Rusia– que desarrolla y comercializa variadas tecnologías de reconocimiento facial y entrecruzamiento de datos. Digamos que se trata de un gigante informático en términos de “seguridad”, con lo cual me pregunto cuál es el gran temor a que ingresen personas al territorio para tramitar su solicitud de asilo. El poder se ejerce en este caso como supuesto ejemplo para el resto de la comunidad, como si ello fuera efectivo para evitar la migración humana en la actualidad.

En este punto, como en el pasado, vuelven a repetirse escenas como las que señalaba Arendt al referirse a la situación de las personas apátridas en la posguerra. Según ella,

el mejor criterio por el que decidir si alguien se ha visto expulsado del recinto de la ley es preguntarle si se beneficiará de la realización de un delito. Si un pequeño robo puede mejorar, al menos temporalmente, su posición legal, se puede tener la seguridad de que ese individuo ha sido privado de sus derechos humanos. Porque entonces un delito ofrece la mejor oportunidad de recobrar algún tipo de igualdad humana, aunque sea como reconocida excepción a la norma. El único factor importante es que esta excepción es proporcionada por la ley. Como delincuente, incluso un apátrida no será peor tratado que otro delincuente, es decir, será tratado como cualquier otro. Sólo como violador de la ley puede obtener la protección de ésta. Mientras que dure su proceso y su sentencia estará a salvo de la norma policial arbitraria, contra la que no existen abogados ni recursos.¹⁵

En el caso en cuestión, las personas se veían también en la misma disyuntiva, ya que si cometían un delito leve podrían acceder a un estatus diferente y gozar de más derechos, lo cual pone en evidencia la incoherencia de la política pública.

Ahora, me pregunto ¿por qué sucede esto con tanta frecuencia? Porque estamos frente a una crisis global de migración, donde las brechas sociales cada vez son más grandes y las diferencias de goce de derechos humanos entre los diferentes Estados son realmente abismales. Esto lleva, por un lado, a la desesperación de quienes necesitan migrar y también –a causa de las trabas establecidas por los gobiernos– a fomentar el tráfico y la trata de personas, ya que la respuesta inevitable ante estos mecanismos es que las personas “confíen” en organizaciones criminales, que se dedican a promover y facilitar la migración irregular.

En efecto, una serie de derechos humanos y garantías básicas, entre ellas, el derecho a la libertad, está en juego cuando analizamos la problemática de la detención por razones migratorias. La detención de migrantes y solicitantes de asilo como “medida cautelar” en el marco de un procedimiento relativo al ingreso consiste en una auténtica criminalización de la migración irregular.¹⁶

15 Arendt, H. (1974). *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Santillana, p. 239.

16 Como señala Ceriani Cernadas, “otra cuestión medular en materia de control migratorio es la privación de libertad de migrantes, ya no como pena, sino como medida cautelar en el marco de procedimientos de expulsión del país. En este sentido, son numerosos los países que prevén la detención de migrantes durante la tramitación de dichos procesos. Al respecto, se evidencian diversos problemas que pueden conducir a detenciones arbitrarias. Así, en la mayoría de los casos no se estipula ninguna causa adicional a la falta de residencia para justificar una privación de libertad (lo cual sí es exigido en el ámbito de la justicia penal),

Según la opinión de expertos/as de los sistemas universales y regionales de derechos humanos

el respeto del derecho a la libertad y a la seguridad personal implica que la libertad es la regla y la detención la excepción [...] los Estados tienen la obligación de establecer una presunción a favor de la libertad en su derecho interno. El uso automático, obligatorio o punitivo de la detención de migrantes no sólo viola el derecho de los migrantes a la libertad personal, sino que también afecta otros de sus derechos humanos.¹⁷

De la misma manera, el principio *pro persona o pro homine* cobra especial importancia al analizar la detención por motivos migratorios. El principio *favor libertatis* sería una suerte de corolario del mismo principio, pero aplicado específicamente a la protección de uno de los derechos más antiguamente reconocidos, no solo por el derecho internacional, sino también por el derecho interno de los Estados: el derecho a la libertad ambulatoria.

Así lo ha enfatizado también el Relator de Trabajadores Migrantes al decir que “los gobiernos están obligados a establecer en su legislación nacional una presunción en favor de la libertad, considerar primero medidas alternativas no privativas de la libertad, evaluar cada caso y elegir la medida menos rigurosa o restrictiva”.¹⁸ Por su parte, a nivel regional, la Corte IDH ha determinado que los Estados deben establecer de manera precisa las razones por las cuales se apartan del principio en determinados supuestos excepcionales.¹⁹

En este punto cabe recordar que tiene particular relevancia el principio de proporcionalidad, a través de una medida basada en un análisis individual, y luego de considerar todos los medios menos lesivos que permitan alcanzar el mismo objetivo, en especial si estamos en presencia de una situación de asilo o de personas con necesidades especiales de protección, quienes se encuentran en una situación de vulnerabilidad social.

Al final de cuentas, el TEDH tuvo una resolución ajustada al contenido de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos. Por un lado, aclaró que: “el derecho a restringir la libertad únicamente puede suceder de conformidad con la ley y el derecho a que sea respetada la dignidad humana” y “si se encuentran bajo control estatal, son garantías mínimas que deberían estar a disposi-

no se prevé un plazo máximo ni se regulan las condiciones y el lugar de detención. Consecuentemente, en ocasiones se producen detenciones prolongadas y en establecimientos penitenciarios pese a que se trata de privaciones de libertad por infracciones de índole administrativa”. Ceriani Cernadas, P. (mayo-junio de 2011). Luces y sobras en la legislación migratoria latinoamericana. *Revista Nueva Sociedad*, 233, 68-86. Recuperado de <https://nuso.org/articulo/luces-y-sobras-en-la-legislacion-migratoria-latinoamericana/>

17 Declaración conjunta No. 148/12, *Los migrantes merecen pleno reconocimiento como sujetos de derecho*, de Expertos de las Naciones Unidas, el Relator sobre los Derechos de los Migrantes de la CIDH, y la Relatora Especial sobre los Refugiados, los Solicitantes de Asilo, los Desplazados Internos y los Migrantes de la CADHP (Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos) de 18 de diciembre de 2012.

18 CIDH *Informe del Relator Especial para los Derechos de los Migrantes*, A/HRC/20/24, del 2 de abril de 2012, p. 68.

19 Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 118.

ción de los que están bajo la jurisdicción de todos los Estados miembros, a pesar de la creciente ‘crisis migratoria’ en Europa”.²⁰ A su vez, remarcó que

para determinar si alguien ha sido “privado de su libertad” [...] el punto de partida debe ser su situación específica en realidad y debe tenerse en cuenta una amplia gama de factores como el tipo, duración, efectos y forma de aplicación de la medida en cuestión [...] La diferencia entre la privación y la restricción de la libertad es de grado o intensidad y no de naturaleza o sustancia.²¹

Por su parte, argumentó que

al establecer la distinción entre una restricción a la libertad de circulación y la privación de libertad en el contexto del confinamiento de solicitantes de asilo, su enfoque debe ser práctico y realista, habida cuenta de las condiciones y desafíos actuales. Es importante, en particular, reconocer el derecho de los Estados, con sujeción a sus obligaciones internacionales, a controlar sus fronteras y a tomar medidas contra los extranjeros que eluden las restricciones a la inmigración.²²

En este sentido, también brindó una pauta para los Estados a la hora de ejercer su potestad de control sobre las fronteras. En principio, el hecho de

mantener a los extranjeros en la zona internacional implica efectivamente una restricción a la libertad, pero que no es en todos los aspectos comparable a la que se obtiene en centros para la detención de extranjeros en espera de deportación. Este confinamiento, acompañado de salvaguardias adecuadas para las personas afectadas, sólo es aceptable para permitir a los Estados prevenir la inmigración ilegal, cumpliendo al mismo tiempo sus obligaciones internacionales, en particular en virtud de la Convención de Ginebra de 1951 relativa al Estatuto de los Refugiados y a la Convención Europea de Derechos Humanos. La legítima preocupación de los Estados por frustrar los intentos cada vez más frecuentes de eludir las restricciones migratorias no debe privar a los solicitantes de asilo de la protección que ofrecen estos convenios.²³

20 Ídem, nota 5, párr. 127

21 Ibídem, párr. 134.

22 Ídem, nota 5, párr. 135.

23 Ídem, nota 5, párr. 143.

Con todo, el Tribunal consideró que,

habida cuenta, en particular, de la falta de disposiciones jurídicas nacionales que fijen la duración máxima de la estancia de las demandantes, el carácter en gran medida irregular de la estancia de las demandantes en la zona de tránsito del aeropuerto de Sheremétievo, la duración excesiva de dicha estancia, y los considerables retrasos en el examen interno de las solicitudes de asilo de los solicitantes, las características de la zona en la que se encontraban y el control al que fueron sometidas durante el período pertinente de tiempo; y el hecho de que no tenían posibilidad práctica de abandonar la zona, las demandantes se vieron privadas de libertad.²⁴

Como vemos, se exige que la autoridad pública, cuyas decisiones puedan afectar los derechos de las personas, adopten tales decisiones con pleno respeto de las garantías del debido proceso legal. Este derecho debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio. Esto implica que el Estado debe garantizar que toda persona extranjera, aun cuando fuere un migrante en situación irregular, tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad.

En el ámbito internacional, la gran mayoría de los Estados colocan a la persona que se acerca a sus fronteras como eje de posibles conflictos con sus intereses, lo cual argumentan para sostener diversos mecanismos de control de ingresos y egresos. La frontera es un espacio donde el Poder Ejecutivo controla y previene hechos tales como narcotráfico, tráfico de personas, de bienes, etc. Sin embargo, existen también los casos grises, donde la conducta desplegada por funcionarios y agentes del Estado está destinada a fiscalizar conductas que pueden ser consideradas graves o no según la mirada que de ellas se tenga.

Palabras finales

A modo de cierre, quería traer a colación un importante antecedente relacionado con el “rechazo en frontera” a nivel nacional, que se da en el caso “Ch. R. L.”. Se trata de una persona de nacionalidad china que se hallaba retenida en el Aeropuerto Internacional de Ezeiza, Buenos Aires. Las condiciones de privación de libertad resultaban también preocupantes: en una sala pequeña dentro del aeropuerto, aislada del exterior, con escasa ventilación y careciendo de lecho. La privación de libertad no ha sido resultado de una “orden escrita emanada de autoridad judicial competente”, sino que era resultado de un procedimiento administrativo irregular llevado a cabo por la Dirección Nacional de Migraciones (DNM), que ordenó que fuera conducida de inmediato a su país, luego de haber intentado ingresar para visitar a sus familiares radicados en Argentina.

²⁴ Ídem, nota 5, párr. 144.

El representante de la DNM también alegó

que en ningún momento estuvo alojado incomunicado, y que desde que se encuentra en la DUIA²⁵ tuvo la visita de sus familiares. [...] aclara que el accionante no se encuentra ingresado al país, que si bien físicamente se encuentra aquí, en realidad estaría en una zona de “frontera virtual”, por la especial situación en la que se halla, debiendo realizarse operaciones de check in o check out de sus familiares para poder acceder a él.

Ante semejantes manifestaciones, la Cámara consideró que el acto emanado de la DNM carecía de motivación y resolvió acceder al pedido de la persona de ingresar por siete días para reencontrarse con sus familiares. En lo sustancial, afirmó que

es decisión política el establecimiento de determinada política migratoria, pero no es una decisión política discrecional permitir el ingreso de determinado ciudadano extranjero. En consecuencia, la decisión de política migratoria, en tanto su aplicación no se traduzca en afectación de derechos, no está sometida a decisión de los jueces ni puede, en principio, ser sometida a discusión en un proceso, mientras que la decisión puntual de permitir o rechazar el ingreso de determinado ciudadano extranjero, en la medida que es una actividad reglada por el legislador y por la decisión política general, puede y debe ser sometida a revisión, no sólo en función de la posibilidad de afectación concreta de derechos recién referida, sino también a efectos de controlar que se hayan seguido los procedimientos y demás requisitos sustanciales establecidos en las normas generales. Es indiscutible la potestad de los Estados de determinar qué personas extranjeras pueden ser admitidas en su territorio, expulsar algunas bajo ciertas circunstancias, controlar sus fronteras y adoptar las medidas necesarias para proteger su seguridad cuando se considera amenazado. Al mismo tiempo, nadie duda que este poder que administra y regula la migración internacional tiene que ejercerse en el pleno respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, conferidos en el marco de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de las normas consuetudinarias de derecho internacional.²⁶

²⁵ Departamento Unidad de Investigación Antiterrorista.

²⁶ Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, “Ch. R. L. s/ Habeas Corpus”, Sala II. Expte. N° 6691, 23 de febrero de 2012. Luego, la Cámara Federal de Casación Penal falló en agosto de 2016 y resolvió a favor de la liberación de otros cuatro ciudadanos chinos. En el marco de un habeas corpus presentado por la Defensoría General de la Nación, el tribunal declaró que la protección de los derechos de los migrantes detenidos por cuestiones administrativas debe estar asegurada a través de vías judiciales adecuadas, oportunas y efectivas. Por eso, las condiciones que establece la ley de migraciones para que la autoridad migratoria pueda retener migrantes son ineludibles para que la decisión sea considerada legítima: “La Dirección Nacional de Migraciones al momento de solicitar la retención [...] al magistrado federal, no fundó debidamente las razones por las cuales se consideró necesaria, razonable, idónea y proporcional la privación de la libertad de L., Z. C., T. L. y Q. S. para cumplir con la orden de expulsión que, ya desde entonces, no se encontraba ni firme ni consentida”. En tal oportunidad, la autoridad de aplicación solo invocó un supuesto peligro de fuga sin fundamento alguno (Sala 4 Foro 27459/2016/Cfc1 Registro N° 1065/16.4).

Como vimos a lo largo de este comentario, la idea de la “prefrontera” es un espacio verdaderamente siniestro, donde las personas son libradas a su suerte y sometidas a un poder excesivo y violatorio de los derechos humanos. Cabe remarcar que los problemas sociales solo pueden ser resueltos con políticas inclusivas y en especial a partir de la cooperación internacional. Este caso, como tanto otros, da cuenta de la inercia de los Estados en brindar soluciones a las causas de las migraciones y, por supuesto, terminan agravando las condiciones y generando oportunidades para que las redes delictuales actúen con mayor facilidad y frecuencia. La manera de mejorar los sistemas de seguridad y control es siempre garantizando más derechos. Cuanto menor sea su reconocimiento, más compleja será la situación y más lejos estaremos de encontrar cómo resolver a los que nos enfrentamos como humanidad, siendo la migración y el asilo la consecuencia y no la causa de un problema estructural.