

BOGDANDY, A. von *et al.* (eds.) (2022). *Ius commune en migración y constitucionalismo transformador en Colombia. Un enfoque de derechos para la movilidad humana*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. 2022. 470 pp.

Juan RUIZ RAMOS*

I. INTRODUCCIÓN

El 9 de julio de 2022 tuve la fortuna de asistir como oyente al IX Seminario “Impacto(s) transformadores del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, organizado en el Instituto Max Planck de Heidelberg (Alemania). Entre los muchos temas que allí se discutieron, me llamó la atención el debate sobre la existencia de dos pilares que sostienen el *constitucionalismo transformador* latinoamericano: por un lado, las Constituciones y normas jurídicas; por otro, las instituciones, operadores sociales y jurídicos que aplican y promueven dichas normas. Ambos pilares se fortalecen y retroalimentan. Así, las normas que cristalizan la protección de los derechos humanos garantizan continuidad frente a los vaivenes de los actores implementadores, y al mismo tiempo, una institucionalidad fuerte y un contexto de exigencia de respeto de los derechos humanos por parte de la sociedad civil impiden que las normas queden en meras declaraciones de intenciones. La obra que aquí se comenta es, en sí misma, un ejemplo de este segundo pilar del constitucionalismo transformador: puede entenderse como una movilización de la Academia en defensa de los estándares interamericanos de derechos humanos frente al déficit sis-

* Investigador predoctoral en la Universidad de Granada (España) y la Universidad Libre de Ámsterdam (Países Bajos). ORCID: 0000-0003-0698-6504; juanjoseruizramos@gmail.com.

témico de protección que están sufriendo los migrantes venezolanos en la región.

Antes de adentrarme en su contenido, quisiera resaltar que, desde el punto de vista metodológico, la obra adopta un enfoque integral de la cuestión de los derechos de los migrantes venezolanos en todos los sentidos. En primer lugar, si bien prevalece el enfoque jurídico, el tema se aborda también desde otras áreas del conocimiento, como el análisis de políticas públicas y los estudios en seguridad internacional. En segundo lugar, se analizan los derechos humanos desde una perspectiva multinivel: internacional, constitucional, legislativa, e incluso municipal. Finalmente, los nueve autores utilizan una gran variedad de fuentes y metodologías, desde el análisis doctrinal clásico del derecho hasta la hermenéutica crítica y la realización de entrevistas. Y si a las referencias mutuas entre los capítulos le unimos la brillante introducción y las conclusiones escritas por los editores, se logra una obra con un sentido de conjunto a menudo difícil de lograr en un libro colectivo.

El libro se divide en dos partes: la primera (capítulos 1-5) presenta un diagnóstico general de la situación de derechos humanos de los migrantes en Colombia, y las respuestas legislativas y de política pública; en la segunda (capítulos 6-9) se estudian en profundidad los estándares universales e interamericanos sobre migración y su influencia en la legislación y la jurisdicción constitucional colombiana.

II. PRIMERA PARTE

Si bien en la primera parte de la obra se realiza un análisis esencialmente de la política y el derecho interno colombiano, no por eso faltan elementos de derecho internacional que llaman la atención de los iusinternacionalistas, como es mi caso particular. Así, por ejemplo, es interesante saber que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) colabora directamente con algunos municipios colombianos para atender a la población migrante (capítulo 3). Igualmente, se resalta que Colombia ratificó la Convención sobre Trabajadores Migrantes de 1990, no tanto para proteger a los migrantes en su territorio —cuyo número era escaso en aquel momento—, sino con vistas a presionar a Estados del Norte global para que también la ratificaran y protegieran a los colombianos en el exterior (capítulo 1).

Enlazando con esto último, en distintos capítulos de esta primera parte se hace referencia a un aspecto que no suele destacar en los estudios sobre derecho migratorio, muy centrados en la situación jurídica de los inmigrantes: el tema de la emigración. Desde los años sesenta, el derecho y la política migratoria en Colombia se han centrado en la *emigración colombiana* (capítulo 1), lo cual ha supuesto un desafío para garantizar los derechos humanos de los *inmigrantes* en un sistema de normas que no estaba diseñado para ellos (capítulo 2). A estas normas se añaden aquellas dirigidas a los colombianos retornados (como la Ley 1565 de 2012), que, al haberse desvinculado de su Estado durante un largo tiempo, deben superar un proceso de “reciudadanización” que los sitúa en una posición vulnerable similar a la de los inmigrantes venezolanos (capítulos 2 y 5). El fenómeno de la emigración colombiana es, además, fundamental para entender el vínculo entre derecho migratorio y derechos humanos en el país: la primera ley que hizo referencia al “respeto integral a los Derechos Humanos” fue la Ley 1465 de 2011, sobre protección de colombianos en el exterior (capítulo 1).

Veamos con un poco más de detalle los capítulos de forma individual. En el capítulo 1, Shirley Llain Arenilla ayuda al lector a entender el contexto normativo en el que se encontraba Colombia cuando comenzó a intensificarse la crisis venezolana en 2015. Se trataba de un momento en el que el enfoque de derechos humanos para los *inmigrantes* estaba prácticamente ausente; de ahí la importancia de este libro para dar fe de cómo el constitucionalismo transformador ha cambiado esta situación hacia un enfoque de derechos humanos. En efecto, en 2015 aun predominaba en Colombia una normativa de inmigración dirigida a atraer a extranjeros altamente cualificados; una visión que se había ido forjando desde los años cincuenta.

Otra perspectiva que imbía el derecho migratorio desde los años noventa era la seguridad pública (*securitización*). Así, por ejemplo, en 1992 se aprobó un decreto que ordenaba la expulsión de aquellos extranjeros que presentaran una “conducta antisocial”. Retrotrayéndonos aún más en la historia, desde la independencia de Colombia, en 1819, y hasta la Segunda Guerra Mundial, la orientación del derecho migratorio en el país era realmente estremecedora: su función era “blanquear” a la población, por ejemplo, prohibiendo la entrada de inmigrantes que supusieran un inconveniente para el “mejor desarrollo de la raza” (Ley 114 de 1922). En el capítulo puede observarse también el vínculo de la inmigración no sólo

con la soberanía del Estado, sino con la preeminencia del Poder Ejecutivo: entre 1920 y 2021 el Parlamento no aprobó ninguna ley sobre inmigración, y los distintos decretos del gobierno que han regulado la materia han otorgado una gran discrecionalidad a las autoridades migratorias para admitir y expulsar a migrantes. Con su minucioso análisis histórico-jurídico, la autora muestra cómo el derecho es un reflejo de la mentalidad social y política de cada época.

Los capítulos 2, 3 y 4 son una ventana a la realidad de los venezolanos tanto en Venezuela como en Colombia desde los primeros flujos migratorios masivos en 2015. En el segundo capítulo, Angélica Rodríguez Rodríguez describe las violaciones de derechos humanos que sufren los migrantes venezolanos (desapariciones forzadas, homicidios, trata, delitos sexuales...), y explica por qué se producen. Esto último lo hace apoyándose en encuestas realizadas a los propios migrantes, lo cual es de suma importancia, pues da voz a aquellos con grandes dificultades para hacerse oír. Uno de los motivos que los venezolanos reiteran constantemente al ser preguntados por las causas de su situación de vulnerabilidad es la falta de documentación. Así, el capítulo ofrece ejemplos concretos sobre cómo la irregularidad afecta el acceso a derechos como la salud, el trabajo o la educación. Asimismo, expone la triste situación en Venezuela, en términos económicos, políticos y de derechos, permitiendo al lector comprender la raíz del problema.

Por otro lado, en este capítulo también se explican las primeras respuestas políticas y normativas del Estado colombiano a las migraciones venezolanas. Estas primeras medidas —en especial la tarjeta migratoria fronteriza y el permiso especial de permanencia— se caracterizaban por ser instrumentos de asistencia de emergencia que permitían al Estado mantener un mayor control sobre la inmigración que si hubieran otorgado a los venezolanos el estatuto de refugiado basándose en la definición amplia de la Declaración de Cartagena. Por tanto, hasta la Ley 2136 de 2021 no se adopta un verdadero enfoque integral basado en los derechos humanos para los *inmigrantes*. Y con esta reflexión, el capítulo 2 sirve de antecedente al 5, sobre el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos (ETPMV), aprobado también en 2021.

Podemos afirmar que los capítulos 3 y 4 adoptan un enfoque *espacial* de los derechos humanos, pues en ellos se examina cómo el disfrute de los derechos depende de la zona geográfica en la que el migrante se encuentre, incluso dentro de un mismo Estado. Luis Fernando Trejos Rosero

explica, con gran precisión, el peligroso entorno en el cual se mueven los migrantes al cruzar la frontera con Colombia. Al llegar a ella a través de las “trochas” (pasos ilegales donde se mueve el contrabando), los venezolanos entran a formar parte de un entramado de órdenes sociales violentos preexistentes. Nótese aquí la palabra *orden*: para el autor, la débil presencia institucional en la frontera no es sinónimo de caos, sino que implica la asunción de funciones estatales por parte de redes criminales que crean un “orden” donde la violencia es el medio para resolver las tensiones. Se trata de una suerte de “pluralismo jurídico” conformado por las normas estatales y las creadas por los actores criminales. Muchos migrantes pasan a colaborar con las redes criminales para poder subsistir, ensanchando así estos órdenes violentos y formando un círculo vicioso. Frente a esto, las diversas leyes y políticas que se han adoptado desde Bogotá no han dado su fruto debido al desconocimiento por parte del gobierno central de las realidades fronterizas y su falta de control sobre ellas.

Si en el capítulo 3 se expone la importancia de la presencia física de las instituciones del Estado en su territorio para lograr el respeto de los derechos humanos, el capítulo 4 se concentra en la importancia de las administraciones locales para tal cometido. Y es que las administraciones locales son el principal instrumento para concretar la política de atención a la población migrante. Para ello, los municipios requieren de “poder infraestructural”; es decir, la capacidad para formular e implementar políticas públicas. Mediante indicadores, Ángel Tuirán Sarmiento analiza el poder infraestructural de los municipios en el área metropolitana de Barranquilla, en sectores como la salud y los servicios públicos.

Con base en datos objetivos, identifica qué municipios deben fortalecer determinados elementos de su capacidad institucional para mejorar la atención a migrantes venezolanos. Así, por ejemplo, un eficiente desempeño fiscal de un municipio es fundamental para que existan recursos disponibles para los migrantes. Por otro lado, el autor señala los problemas de los distintos municipios relativos a las políticas públicas para migrantes, siendo el principal de ellos la falta de claridad en la formulación de programas específicos para atender a la población venezolana; a excepción del municipio de Barranquilla, cuyo mayor éxito en sus políticas públicas se debe a su mayor poder infraestructural. El autor termina haciendo un llamamiento a los distintos municipios a trabajar en conjunto para atender las necesidades de la población migrante. En suma, los capítulos 3 y 4 son una expresión de cómo el primer pilar del constitucionalismo transfor-

mador (la producción normativa) no puede funcionar sin el segundo (la institucionalidad y los actores implementadores).

El ETPMV se sitúa en el centro del capítulo 5, escrito por Gabriela Píñolos Quintero. El capítulo resulta especialmente interesante tanto desde el derecho internacional como desde el derecho comparado. Por un lado, el gobierno colombiano plantea el ETPMV como una implementación exitosa del Pacto Mundial sobre Migración. Frente a esta afirmación, la autora señala con agudeza que, en efecto, el Estatuto comparte las virtudes del Pacto, pero también sus defectos, pues otorga a las autoridades migratorias gran discrecionalidad para otorgar, negar o cancelar el permiso de protección temporal. Por otro lado, el ETPMV está inspirado en los estatutos de protección temporal existentes en Estados Unidos (Temporary Protected Status o TPS) y Turquía, y en 2022 el Estatuto colombiano puede servir de punto de comparación con la directiva de protección temporal aprobada en la Unión Europea para dar respuesta al flujo de desplazados ucranianos. Entonces, todos estos instrumentos se caracterizan por designar a uno o varios países cuyos nacionales reciben protección de carácter temporal.

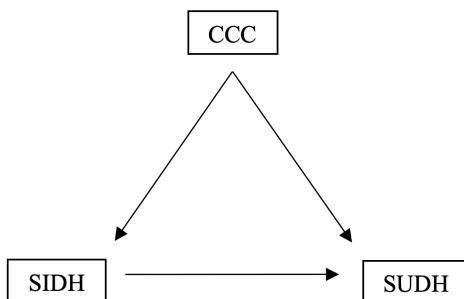
Asimismo, la autora compara el ETPMV con el TPS. El mayor problema que presenta éste último es la incertidumbre que crea en los migrantes, ya que la protección puede terminar en cualquier momento. Para evitar que se replique esta situación en Colombia, la autora propone que se creen mecanismos para que los venezolanos puedan regularizar de forma permanente su estatus migratorio antes de la finalización del periodo de vigencia del ETPMV (10 años). También señala que, en caso de que los venezolanos queden en situación de irregularidad —ya sea por la denegación del ETPMV o por su terminación—, Colombia debe aplicar los estándares universales e interamericanos que protegen de la deportación y que prohíben el castigo por ingreso irregular. Y con ello, el capítulo 5 se enlaza con la segunda parte del libro, sobre el impacto en Colombia del *ius commune* latinoamericano en migración.

III. SEGUNDA PARTE

Los estándares internacionales de derechos humanos son normas jurídicas que imponen obligaciones a los Estados y son útiles para evaluar la actuación de los Estados frente a una situación concreta, en este caso, la migración (capítulo 8). Sin embargo, los autores de la segunda parte de

esta obra van más allá de evaluar el cumplimiento por parte de Colombia de estos estándares: analizan en profundidad cómo los estándares internacionales permean el derecho colombiano (capítulos 6 y 7) y cómo pueden utilizarse como herramienta para impulsar transformaciones sociales estructurales (capítulo 9).

A lo largo de esta segunda parte llama la atención el constante diálogo que se observa entre la Corte Constitucional Colombiana (CCC), el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) (Corte IDH y Comisión IDH) y el Sistema Universal (Comité de DDHH, Comité DESC). Este diálogo configura un triángulo judicial¹ o quasi-judicial que refuerza la protección de los derechos de los migrantes en Colombia, y colma lagunas creadas por las deficiencias legislativas que se analizaron en la primera parte.



El impacto transformador de la interacción también puede observarse en sentido negativo: en diversas ocasiones en las que la CCC no hace referencia a los estándares internacionales, esto se traduce en una menor protección de los derechos humanos. Así, por ejemplo, la falta de referencias a los estándares internacionales sobre personas migrantes LGTB conllevó a que la CCC no encontrara violación alguna al derecho a la unidad familiar de dos mujeres transexuales (capítulo 6), y el hecho de que la CCC no citara la jurisprudencia de la Corte IDH tuvo como consecuencia que la CCC no incorporara la perspectiva de género en un caso sobre una mujer venezolana embarazada a quien un hospital le negó los servicios prenatales gratuitos (capítulo 7).

¹ Tomo el concepto de González Herrera, D. (2021). *El diálogo judicial en el espacio jurídico europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch. El autor lo utiliza para referirse al diálogo entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales.

Manuel Góngora Mera, coeditor de la obra, profundiza en esta interacción en el capítulo 6, al analizar las sentencias de la CCC sobre derecho a la nacionalidad, derechos sociales (vivienda y salud), asilo y refugio y unidad familiar. Utilizando los estándares de la Corte IDH, la CCC ha protegido el derecho a la nacionalidad de los hijos de colombianos retornados de Venezuela, eliminando requisitos burocráticos desproporcionados. Esto resulta de vital importancia, pues el derecho a la nacionalidad es el “fundamento de la capacidad política y civil de la persona” (*Yean y Bosico vs. República Dominicana*). Es interesante, además, que la CCC haya creado una categoría jurídica novedosa en el derecho comparado —la de “retornado humanitario *de facto*”— para, de manera analógica con el derecho de refugiados, obligar al Estado a otorgar un subsidio de vivienda a los retornados colombianos. Por tanto, no es de extrañar que, a nivel global, la CCC se haya destacado por la elaboración de sofisticadas líneas jurisprudenciales en derechos sociales.

En cuanto a las otras dos materias, para la CCC negar el derecho al asilo implica “negar la solidaridad internacional”, y entiende el derecho de los niños a tener una familia como una condición para la materialización de otros derechos fundamentales. Es así como la Corte ha buscado distintas formas de garantizar estos derechos, especialmente poniéndolos en conexión con el derecho al debido proceso. Entonces, la Corte ha invocado los estándares sobre debido proceso de la sentencia *Nadege Dorzema vs. República Dominicana* para establecer que los inmigrantes que no hablan español deben ser asistidos por un intérprete durante su solicitud de refugio; lo mismo que para invalidar la deportación de los padres extranjeros de una niña nacida en Colombia. En este sentido, me ha llamado la atención la afirmación de la Corte IDH (OC-18/03), según la cual el derecho al debido proceso comprende todas las materias, puesto que para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Maaouia vs. Francia*) no es obligatorio respetar el derecho al debido proceso en procedimientos migratorios. Finalmente, cabe destacar la expansión del principio de no devolución más allá del derecho de refugiados por parte de la CCC y la Corte IDH (*Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*), así como que, para la CCC, los venezolanos se encuentran en una situación más vulnerable que otros migrantes, por lo que considera justificado que éstos se beneficien de un procedimiento más favorable para adquirir la nacionalidad colombiana.

La CIDH define *interseccionalidad* como la “superposición de varias capas de discriminación” que lleva a una discriminación agravada. En el

capítulo 7, Laetitia Ruiz expone las vulnerabilidades específicas que sufren las mujeres migrantes venezolanas en los distintos momentos de la migración debido a esta interseccionalidad (ser mujer + ser migrante). La autora analiza los factores que explican la deficiente atención en Colombia a las mujeres migrantes venezolanas víctimas de violencia de género. Algunos de estos factores se superponen con los factores causantes de los bajos resultados de salud sexual entre las migrantes: la insuficiencia de recursos en los servicios públicos y de salud, el desconocimiento por parte de las mujeres venezolanas de sus derechos y la xenofobia en la búsqueda de atención.

Desafortunadamente, las medidas que ha aprobado el Estado colombiano en respuesta a la migración venezolana (ETPMV y COMPES 3950) no adoptan una perspectiva de género. Por tanto, en este punto cobra especial relevancia el impacto transformador del SIDH, y es que la CIDH aprobó, en 2019, unos “Principios interamericanos sobre los derechos de las personas migrantes”, que sistematizan las obligaciones específicas de los Estados en materia de protección de mujeres migrantes. Por su parte, la Corte IDH, de momento, sólo ha utilizado un enfoque interseccional en *I. V. v. Bolivia*, del año 2016. Sin embargo, ha enfatizado la obligación de los Estados de combatir los estereotipos de género y de garantizar el acceso a servicios de salud sexual, entre otras. Por último, la CCC ha expandido el concepto de “urgencia” en el derecho colombiano, garantizando con ello el acceso gratuito a las migrantes en situación irregular a la atención médica en salud sexual y reproductiva.

Del capítulo 8 quisiera resaltar la forma tan clara y sistemática con la que Silvana Insignares Cera desgrana los estándares internacionales de un complejo entramado de normas sobre derechos de los trabajadores migrantes y refugiados. Entre estos estándares incluye las Decisiones de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), que, debido a su carácter de organización de integración, a menudo impone obligaciones más detalladas que otros órdenes normativos. Así, por ejemplo, la CAN establece la obligación de los Estados miembros de garantizar que los migrantes puedan acumular cotizaciones obtenidas en los distintos países donde han trabajado. Claro que los migrantes venezolanos no pueden beneficiarse de este estándar, pues Venezuela se retiró de la CAN en 2006, y la imposibilidad de acumular los tiempos cotizados en Venezuela y en Colombia es, precisamente, una de las barreras jurídicas que la autora identifica para los migrantes trabajadores venezolanos.

Otra barrera es la ausencia en el ETPMV de un derecho a la defensa en caso de cancelación del permiso de protección temporal, lo cual contrasta con la importancia que la CCC otorga al derecho al debido proceso, como se vio en el capítulo 6. Por otra parte, la autora llama la atención sobre la dificultad que tienen los venezolanos para homologar sus títulos profesionales, así como para acceder al sistema financiero colombiano, barreras que han de superarse para integrarlos de manera plena al mundo laboral. Considero que el detallado análisis técnico-jurídico que realiza la autora sobre todas estas barreras resultaría muy útil para el legislador colombiano. Finalmente, estas limitaciones en el derecho nacional no impiden que Colombia se haya destacado por la adopción de estándares internacionales sobre el acceso al trabajo de migrantes y refugiados, en especial gracias a las medidas de regularización adoptadas en los últimos años.

En el último capítulo, Laura Vanessa Cera Rodríguez presenta los estándares internacionales sobre migraciones “en acción” mediante el análisis de casos llevados ante los tribunales nacionales por el Consultorio Jurídico de la Universidad del Norte. El objetivo del litigio estratégico es combatir patrones generalizados de vulneración de derechos, identificando casos con potencialidad de impactar a un amplio número de personas. El instrumento elegido por esta clínica jurídica son las acciones de tutela colectiva, reflejo de la centralidad de la dimensión colectiva de la protección de derechos que caracteriza a los derechos humanos en América Latina. Así, sorprende que en uno de los casos analizados, la clínica elaboró una acción de tutela conjunta que agrupó a nada menos que 39 solicitantes de asilo venezolanos para tratar de que, por vía judicial, se les reconociera su derecho al trabajo.

El objeto de los otros casos eran el derecho de los niños venezolanos a que se les expida el título de bachiller, el derecho de los hijos de retornados colombianos a obtener la nacionalidad colombiana y el derecho de los solicitantes de asilo a recibir atención médica. Este último caso llama especialmente la atención porque se produjo al comienzo de la pandemia; y la autora cita la declaración de la Corte IDH sobre “COVID-19 y derechos humanos”, donde la Corte estableció que en el contexto del COVID-19 debían respetarse los derechos a la vida y a la salud de todas las personas, incluidos los migrantes.

En las demandas presentadas, la clínica se ha apoyado en numerosos estándares internacionales, argumentación que, sin embargo, no fue acogida por los jueces de primera y segunda instancias. Además, en sus sentencias

estos jueces no tuvieron el mismo impacto transformador observado a lo largo de la obra en las sentencias de la Corte IDH y la CCC, puesto que se limitaban a garantizar derechos a los accionantes, sin otorgar efectos *inter communis* a sus decisiones.

IV. EPÍLOGO

Quisiera terminar esta recensión por donde empezó, recordando el IX Seminario sobre el SIDH al que asistí en el Max Planck. Ante la discusión sobre si hay motivos para ser optimistas respecto a la situación de los derechos humanos en América Latina, el presidente del Instituto Nacional Electoral de México, Lorenzo Córdova, defendió que había que mantener una “esperanza preocupada”. A lo largo de la obra, cada uno de los autores me ha transmitido precisamente esta idea: en el ámbito más concreto de los derechos humanos de los migrantes venezolanos (y nacionales retornados) en Colombia, es necesario subrayar los avances logrados por los distintos actores involucrados —desde el legislador colombiano hasta el municipio de Barranquilla—; pero también se debe continuar luchando para conseguir que la situación de los migrantes venezolanos en el país se adecue plenamente a los estándares establecidos por el SIDH y la CCC.

Los editores de esta elaborada obra, Armin von Bogdandy, Manuel Góngora Mera y Mariela Morales Antoniazzi, expresan su “esperanza preocupada” particular en las conclusiones, con las siguientes palabras: “Si bien no es un modelo ideal, el Estado colombiano constituye un referente —siempre perfectible— de respuesta al fenómeno migratorio desde Venezuela... Sin embargo, persisten déficits y desafíos”.

Y es que, en la difícil tarea de gestionar un flujo migratorio tan masivo como el venezolano, el Estado colombiano no puede descuidar el estándar fundamental establecido por la Corte IDH en *Vélez Loor vs. Panamá*, según el cual, del principio soberano se deriva que los Estados poseen la potestad de fijar sus políticas migratorias; sin embargo, estas políticas “deben armonizarse con los derechos humanos de los migrantes en un marco de respeto y garantía, dando cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos”.

