

La discrecionalidad del Estado frente al refugio: escogiendo los deseables

Luís Augusto Bittencourt Minchola (coautor)

Tiago Baptistela (coautor)

El Estado de Excepción tiende cada vez más a presentarse como paradigma de gobierno dominante en la política contemporánea, porque las repetidas medidas provisionales y excepcionales como técnicas de gobierno amenaza convertir la estructura y el sentido de las diversas formas de Constitución o, más allá, de legislaciones estatales. De acuerdo a Agamben, la figura de la necesidad se presenta junto al ordenamiento constitucional que se realiza en la creación de nuevas normas. En este sentido, el uso provisional del poder ejecutivo de plenos poderes compatibles con las constituciones democráticas justificado por el estado de necesidad puede ser definido como el totalitarismo moderno, con la instauración de un estado de emergencia permanente. El Derecho Internacional de los Refugiados es una rama sencillamente sujeta a este contexto discrecional del Estado; su propia estructura mantiene las decisiones relacionadas al refugio sujetas a la apreciación por el poder ejecutivo, siguiendo el paradigma de soberanía nacional. De este modo, la legislación sobre el refugio es gestionada como una concesión del Estado si es compatible con su interés, en lugar de ser orientada desde una concepción de reconocimiento de la condición de refugiado desde criterios especificados en la ley, como ya es mismo debatido en espacios institucionales. Es bajo este panorama que políticas restrictivas al refugio tienen tomado la escena en varias regiones del globo. En Brasil por ejemplo, la concesión de visados humanitarios a los haitianos representa una acción del Estado tratando el asunto como una excepción al interpretar de manera restricta la aplicación del instituto del refugio, y la decisión del poder ejecutivo fue orientada por la discrecionalidad del Estado, con la finalidad de no reconocer el *status* de refugiado aún que de manera a no respetar los instrumentos nacionales e internacionales relacionados al tema. La decisión, en realidad, fue fundamentada en un derecho que no está legislado, pero si creado para el caso concreto, porque condicionó la interpretación de masiva violación de derechos humanos al fundado temor de persecución. De acuerdo con Redin, en el tema de la inmigración forzada, o del refugio, el Estado esta enlazado con un núcleo de protección de derechos humanos y, una vez reconociendo esta condición, no puede rechazar la acogida y permanencia de ese extranjero, mientras las condiciones de refugio estén presentes. De ahí se entiende la importancia del instituto, porque garantiza la permanencia

del extranjero en el territorio donde es no-nacional, intentando asegurar su protección. Así, el tratamiento escogido por el Estado brasileiro al flujo fue de adoptar un estado de excepción y discrecionalidad en materia de protección humanitaria con la forma de regulación del ingreso de inmigrantes haitianos, dejando ellos en una situación de inseguridad jurídica, vulnerabilidad y violación de derechos humanos. En este caso, su permanencia pasados 5 años fue condicionada a la comprobación de situación laboral, o sea, el extranjero es recibido una vez que ofrezca mano de obra para el mercado nacional. Otro caso que muestra la discrecionalidad del Estado frente a los refugiados es en Ecuador: con un decreto del ejecutivo, el país dejó de reconocer el concepto ampliado de refugiado definido por la Declaración de Cartagena. Así, el Estado limita las posibilidades de acogida de los desplazados forzadamente, permitiendo su vulnerabilización, especialmente frente al gran flujo de colombianos y colombianas que ingresan en el Estado huyendo de conflictos armados. Siendo así, el objetivo de este trabajo es investigar las relaciones entre la cuestión de la inmigración, especialmente la forzada, y la discrecionalidad del Estado, bien como identificar quien se procura controlar desde los procesos fundamentados en un paradigma de soberanía y que está institucionalizado en el Derecho Internacional de los Refugiados. Los dos casos mencionados arriba están entre los muchos que se puede recordar en varias regiones mundiales, reflejando el control del Estado en contra el extranjero y la dificultad de reconocer él como sujeto de derechos. Es de esta manera que las personas en movilidad se someten a un poder soberano que puede decidir sobre la pertinencia de dar su protección. Los inmigrantes del Sur, mayor fuente hoy de refugiados (o también de inmigrante en situación de vulnerabilidad) son las principales víctimas de este proceso. La desigualdad global entre Estados permea los flujos de personas y determina la forma de acogida, porque como dijo Sayad, el inmigrante no es solamente ello, pero también la manera como ello es insertado en el mundo por el *status* de su nacionalidad. Por lo tanto, la conclusión es de que este contexto de discrecionalidad del Estado, permitido en el Derecho Internacional de los Refugiados (y, aún más, en la inmigración en general), refleja la posibilidad del Estado de decidir acerca de quién es o no deseable en el territorio y impacta especialmente en los flujos del Sur global que llaman por un tratamiento diferenciado (mismo que en el marco del Estado-Nación moderno) por su contexto fatigado permeado por violencias de toda orden.