



HAL
open science

La desconstrucción de las categorías jurídicas de la migración: propuestas metodológicas y desafíos contemporáneos (Capítulo 4)

Noémie Boivin, Mohamed Elsayeh

► To cite this version:

Noémie Boivin, Mohamed Elsayeh. La desconstrucción de las categorías jurídicas de la migración: propuestas metodológicas y desafíos contemporáneos (Capítulo 4). Elena Bindi; Valentina Carlino. Migracion y derechos: una mirada global desde la frontera, Giappichelli, pp.59-81, 2023, 9791221151701. hal-04245818

HAL Id: hal-04245818

<https://sciencespo.hal.science/hal-04245818>

Submitted on 17 Oct 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

CAPÍTULO 4

La desconstrucción de las categorías jurídicas de la migración: propuestas metodológicas y desafíos contemporáneos

Noémie Boivin y Mohamed Elsayeh¹

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El valor de un análisis jurídico decolonial de la migración “irregular”. – 2.1. Decolonialidad y migración. – 2.2. Perspectiva jurídica decolonial sobre la migración “irregular”. – 2.2.1. Límites de las soluciones del derecho moderno. – 2.2.2. Jerarquías de migrantes. – 3. La pertinencia de un estudio cultural del derecho para estudiar el tratamiento de los cuerpos de los migrantes que mueren en las fronteras de la UE. – 3.1. Vincular fronteras y límites a categorías de migrantes. – 3.2. ¿Qué entendemos por responsabilidad moral y política, y cómo se relaciona esto con un estudio cultural del derecho? – 3.3. La importancia de una identificación y gestión adecuadas de los migrantes permanece. – 4. Conclusión.

1. *Introducción*

Se puede argumentar que las dicotomías ejercen una forma de control y poder sobre las vidas. En su intento de gestionar la irregularidad, los enfoques categóricos reflejan cada vez menos las realidades y complejidades de la migración, así como las intenciones migratorias, lo que a menudo resulta en una forma de otredad, pero también de victimización colectiva. La categorización de personas ha perpetuado una forma de desigualdad que no otorga a todos el mismo derecho a la movilidad.² ¿Qué hace “ilegal” una persona? ¿Dónde está la línea entre legalidad e ilegalidad? ¿Justiciabilidad y no justiciabilidad? ¿Quiénes están sujetos a duelo y quiénes no?

¹La autora y el autor le agradecemos sinceramente a Ángela Guardado por su tiempo y generosidad en revisar este trabajo. Noémie Boivin es candidata a Doctora en Derecho por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP). Mohamed Elsayeh es candidato a doctor en la Facultad de Derecho de Sciences Po.

²Véase CUTTITTA, P., and LAST, T. (eds.), *Border Deaths: Causes, Dynamics and Consequences of Migration-related Mortality*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2019.

Estudiar la situación de las y los migrantes “irregulares” en la comunidad en general, nos ayuda a comprender los diferentes procesos de subyugación que enfatizan su otredad y les privan de sus derechos. La ilegalidad puede manifestarse de formas tanto directas como indirectas. Los derechos básicos de una persona dependen, a menudo, de la condición legal o ilegal que le otorga el derecho: ¿se convierte en un migrante “ilegal” o en un “solicitante de asilo fallido”, una persona cuya solicitud de asilo fue rechazada? ¿Es una persona que no puede cumplir con los requisitos de visa, pero que elige migrar de todos modos, culpable de su falta de acceso a las vías regulares de migración?

Si bien la globalización ha mejorado la libre circulación de capitales y mercancías, los académicos argumentan que los procesos de globalización no han favorecido al capital humano.³ Una evidencia de esto ha sido la muerte de tantos que se embarcan en viajes migratorios “irregulares” para llegar a los mercados laborales de los estados de la Unión Europea o a los Estados Unidos de América. ¿Qué relación existe entre los procesos históricos y los patrones de migración? Se puede argumentar que la violencia contra los sujetos coloniales empujó a muchos de estos últimos a emigrar. En un contexto poscolonial, los académicos han argumentado que los ex estados colonizadores se volvieron incapaces de lidiar con el aumento de la desigualdad global y la movilidad resultante. Sin embargo, como argumentamos en este capítulo, la colonialidad no es una “cosa del pasado”: está inherentemente presente y se encuentra, también, en el proceso de migración.

Se ha argumentado que la “crisis de refugiados” en Europa ha sido, más bien, “una profunda crisis política europea que se desató en 2015/2016, paralizando la toma de decisiones, y creando profundas, probablemente irreparables, divisiones entre los Estados miembros de la UE”.⁴ Desde un punto de vista *decolonial*, sostenemos que existe, en efecto una crisis, pero de modernidad, en la que nos enfrentamos a la incapacidad del derecho contemporáneo de abordar la movilidad adecuadamente. Del otro lado del Atlántico, la construcción de un muro en la frontera entre México y Estados Unidos puede considerarse como una señal de tal incapacidad, ya que

³ Véase KOVRAS, I. and ROBINS, S., “Missing migrants: deaths at sea and unidentified bodies in Lesbos”, en DONNAN, H., HURD, M., and LEUTLOFF-GRANDITS, C. (eds.), *Migrating Borders and Moving Times: Temporality and the crossing of borders in Europe*, Manchester, Manchester University Press, 2017.

⁴ WOOLLARD, C., “Has the Mediterranean refugee crisis undermined European values?”, en *IEMed Mediterranean Yearbook*, 2018, 150 in GOŹDZIAK, E.M., and MAIN, I., “European norms and values and the refugee crisis: Issues and challenges”, in GOŹDZIAK, E.M., MAIN, I., and SUTER, B. (eds.), *Europe and the refugee response: A crisis of values?*, London, Routledge, 2020, 1 [Traducción libre].

la contención y la militarización son medidas comunes en la “gestión” de fronteras, a pesar de que su eficacia no haya sido demostrada.

Convertir en “ilegales” a las personas ha sido resultado directo de la construcción perpetua de la migración “irregular” a través de los territorios. Ilustración de ello son los acuerdos bilaterales con terceros países. Por ejemplo, el Memorando de Entendimiento entre Italia y Libia (*Memorando de entendimiento entre el Gobierno italiano y el Consejo Nacional Libio de Transición sobre la “gestión de la inmigración”*); el cual propone la financiación de programas de desarrollo por parte de Italia, y su prestación de apoyo técnico y tecnológico a las instituciones libias, con el objetivo de combatir la migración “ilegal”. El MdE ha sido ampliamente criticado por querer frenar la migración “irregular” a toda costa. Una cuestión importante, como destaca Anja Palm, es que “en todo el Memorando de Entendimiento, además de no mencionar nunca los términos ‘refugiado’, ‘migración legal’ o ‘canales de acceso’, las partes parecen ignorar voluntariamente toda disimilitud en el estatus legal de las personas en movimiento, asimilándolas a todas en la categoría indiferenciada de migrantes ilegales (como se narra en el MdE)”.⁵ Otro ejemplo de “ilegalización” de los migrantes es el *Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular*,⁶ que les prescribe a las personas que tienen la intención de migrar, que lo hagan de manera “segura”, “ordenada” y “regular”; mandato que, como discutimos más adelante en este capítulo, contribuye a crear una categoría subordinada de migración – y, por lo tanto, de migrantes – que es “insegura”, “desordenada” e “irregular”.

Este capítulo está organizado en dos secciones principales. La primera tiene como objetivo contribuir a la discusión sobre la dicotomía “regular *versus* irregular” en el contexto de la migración, proponiendo en particular un análisis jurídico decolonial de la migración “irregular”, que permita un mejor entendimiento de su construcción legal. La segunda sección argumenta que un análisis cultural del derecho también permite entender mejor esta construcción. Destaca la relevancia de tal análisis suscitado a partir del trato que reciben los migrantes después de su fallecimiento, y más particularmente, de la falta de identificación y gestión de cadáveres de aquellos que intentaron llegar a la Unión Europea a través de rutas marítimas “irregulares”.

⁵ Traducción libre.

⁶ La versión final del *Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular* solo se encuentra disponible en idioma inglés, pero el proyecto de documento final está disponible en español: Asamblea General de las Naciones Unidas, Conferencia Intergubernamental encargada de Aprobar el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, “Proyecto de documental final de la Conferencia”, Documento oficial A/CONF.231/3 [“Pacto Mundial” o “PMM”].

2. *El valor de un análisis jurídico decolonial de la migración “irregular”*

Por lo general, a las personas que desean migrar, se les recomienda que emprendan su viaje a través de “métodos legales”,⁷ es decir, con un pasaporte y visa válidos, y a través de puntos oficiales de control fronterizo. En ese sentido, se ha desarrollado la doctrina global de la “migración segura, ordenada y regular”.⁸

Los elementos de dicha doctrina pueden conceptualizarse de la siguiente manera:⁹ la *migración segura* consiste en el uso de rutas y métodos de movilidad transfronteriza donde no se ponga en riesgo la seguridad, la integridad y la vida de los migrantes; la *migración ordenada* se refiere al cruce de fronteras en lugares donde se encuentran agentes de control fronterizo y, por lo tanto, en los que se cumplen las formalidades administrativas de entrada y/o tránsito; y la *migración regular* significa el cumplimiento, por parte de un extranjero, de los requisitos de las leyes y reglamentos nacionales de inmigración de un Estado determinado.

Sin embargo, como se detallará más adelante, al mismo tiempo que promueve la migración “regular”, la doctrina en cuestión también sanciona la migración “irregular”, lo cual promueve indirecta pero automáticamente, la migración *insegura y desordenada*.

A pesar de los repetidos consejos oficiales de no migrar “irregularmente” o a través de “métodos ilegales”, la gente todavía lo hace. Muchas razones, únicas o combinadas, justifican emprender un viaje internacional: guerra (civil, internacional, ‘contra el narcotráfico’, etc.), violencia (social, económica, de género, de Estado) persecución (LGBTQIA+, líderes indígenas, periodistas, entre otros), desastres naturales, cambio climático, contaminación del agua, de la tierra y del aire como resultado de la indus-

⁷ Discurso de Kamala Harris en Guatemala Ciudad el 7 de junio de 2019: “I want to be clear. [...] Do not come. Do not come. The United States will continue to enforce our laws and secure our borders. There are legal methods by which migration can and should occur.” [underlined added] US Today, “Do not come: VP Harris warns migrants against illegally entering US in Guatemala speech” *US Today*, 8 June 2021. Disponible en: <https://www.usatoday.com/videos/news/politics/2021/06/07/harris-warns-migrants-not-enter-us-illegally-guatemala-speech/7594046002/>.

⁸ Véase Pacto Mundial, *supra* nota 6.

⁹ Tomando como punto de partida la contribución de Elspeth Guild’s, donde se propone conceptualizar los elementos antagónicos de la doctrina: migración insegura, migración desordenada y migración irregular. GUILD, E., “The UN’s Search for a Global Compact on Safe, Orderly and Regular Migration”, en *German Law Journal*, 18(7), 2018, 1779-1796 [GUILD, ‘The UN’s Search’].

tria extractiva (entre otras industrias), falta de oportunidades económicas, reunificación familiar, etc.

Las perspectivas dominantes sobre la migración por lo general no reconocen, o no tratan en específico el hecho de que una parte importante de la población mundial no tiene la posibilidad de ajustarse a formas de movimiento “seguras, ordenadas y regulares”. Migrar “regularmente” tiende a ser más lento, más costoso, incluso administrativamente imposible, para gran parte de la población mundial. A pesar de que la “migración segura, ordenada y regular” pudiera considerarse como un deseo virtuoso, no es una posibilidad universal. En lugar de promover programas de regularización, menores restricciones de visas y la desmilitarización de las fronteras, tal doctrina más bien plantea una lógica de seguridad y contribuye a consolidar una categoría legal de no justiciabilidad.

Efectivamente, al analizar las condiciones legales de la migración, se puede observar que existen distinciones importantes entre los derechos de los migrantes “regulares” y los de los migrantes “irregulares.” Por ejemplo, en 2014, en su informe sobre la expulsión de extranjeros, la Comisión de Derecho Internacional propuso un proyecto de artículos, en el que las garantías judiciales de los migrantes se encuentran protegidas, pero tal protección está también potencialmente limitada a los migrantes “regulares”, en función de lo que prevean las leyes y regulaciones estatales específicas.¹⁰ Del mismo modo, el artículo 13 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP) limita las garantías judiciales en materia de expulsión de extranjeros, a aquellos migrantes “regulares”.¹¹

Esta observación nos lleva a sugerir que, aunque migrar “regularmente” esté lejos de quedar exento de obstáculos y violaciones de los derechos humanos, existe al menos una razón estructural crucial que encadena violaciones adicionales de los derechos humanos de los migrantes “irregulares”: la categoría legal de la migración “irregular” en sí misma. Argumen-

¹⁰ CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 66° período de sesiones (A/69/10), 2014, Capítulo IV, Expulsión de Extranjeros [no en vigor]. Texto del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, art. 26(4): “*Los derechos procesales previstos en este artículo se entienden sin perjuicio de la aplicación de la legislación del Estado expulsor relativa a la expulsión de los extranjeros que se encuentren ilegalmente en su territorio desde hace poco tiempo*”.

¹¹ *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 December 1966, General Assembly resolution 2200A (XXI), art. 13: “*El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas*”.

tamos que se necesita un empeño importante de desnaturalización de la dicotomía “regular/irregular”, recalcando los procesos e implicaciones de su construcción epistemológica y legal.

Lo que hace “regular” o “irregular” a una persona es, antes que nada, las leyes y regulaciones que determinan las fronteras de la legalidad y de la ilegalidad. Más importante aún, la *posibilidad* misma de migrar a través de “métodos legales”, generalmente está condicionada por la nacionalidad y las condiciones socioeconómicas.¹² En ese sentido, no sólo hay una distinción entre migrantes “regulares” e “irregulares,” sino también una “línea abisal”¹³ entre ambos, una que el “migrante irregular” sólo en raras ocasiones puede cruzar, una línea que corresponde a un patrón colonial.

El objetivo principal de esta primera parte del capítulo es proporcionar herramientas jurídicas decoloniales para una emprender deconstrucción de la migración “irregular.”

2.1. Decolonialidad y migración

La decolonialidad es un movimiento intelectual que ha tenido un eco particular en América Latina y África, pero también que se ha producido en el Norte Global.¹⁴

¹² En efecto, la nacionalidad de uno determina las restricciones de visado para sus movimientos internacionales. Véase el concepto de “restricción originaria de la movilidad”, PRIETO DÍAZ, S., “Subalternidad migratoria. Aproximación decolonial a la violencia epistémica en la migración forzada/indocumentada”, 32(90), 2019, Argumentos (UAM-Xochimilco), 28. Además, el acceso a una visa puede estar condicionado por el acceso a una invitación de trabajo previa en el extranjero, a la aceptación por parte de una institución educativa en el extranjero y/o a recursos financieros suficientes (que se demuestran generalmente mediante estados de cuentas), entre otros. El acceso a estas condiciones puede resultar más restringido para personas originarias de determinados países, debido a lo que Ayelet Shachar conceptualiza como el “sistema de asignación de derecho de nacimiento” [Traducción libre] (en inglés: “*birthright allocation system*”), que “defin[e] el acceso a determinados recursos, beneficios, protecciones, procesos de toma de decisiones e instituciones que mejoran las oportunidades que están reservadas principalmente a aquellos definidos como titulares de derechos” [Traducción libre], SHACHAR, A., *The Birthright Lottery: Citizenship and Global Inequality*, Harvard, Harvard University Press, 2009, 7.

¹³ En referencia al concepto de Boaventura de Sousa Santos véase en general: DE SOUSA SANTOS, B., *Epistemologies of the South: Justice against Epistemicide*, London, Routledge, 2016.

¹⁴ Véase en particular, QUIJANO, A., PALERMO, Z. y QUINTERO, P. (eds.), *Antibal Quijano. Textos de fundación*, Buenos Aires, Ediciones del Signo, 2014; MIGNOLO, W.D., *Modernity and Decoloniality*, Oxford University Press, 2011; K, W.D. y WALSH, C.E., *On Decoloniality: Concepts, Analytics, Praxis*, Duke University Press, 2018; LUGONES, M., “Colonialidad y Género”, 2008, 9, *Tabula Rasa*, 73-101; SEGATO, R.L., *La nación y sus otros: raza, etnicidad y diversidad religiosa en tiempos de políticas de identidad*, Prometeo Libros, 2010; BIDASECA,

Una perspectiva decolonial, por lo general, rechaza el hecho de que hubo una descolonización completa.¹⁵ Antes que nada, es menester enfatizar que la *colonialidad* es distinta del *colonialismo*, como recalcan muchos investigadores decoloniales. Mientras que el colonialismo se refiere a las estructuras administrativas de colonización entre los siglos XV-XIX, la colonialidad apunta hacia la dominación colonial permanente, incluso después del fin formal de la colonización, a través de otras formas, como el poder y el conocimiento. La racialización, el capitalismo, el patriarcado

K. (ed.), *Genealogías críticas de la colonialidad en América Latina, África, Oriente*, CLACSO, 2016; GROSGOUEL, R., “Decolonizing Post-Colonial Studies and Paradigms of Political-Economy: Transmodernity, Decolonial Thinking, and Global Coloniality”, en *TransModernity: Journal of Peripheral Cultural Production of the Luso-Hispanic World*, 1(1), 2011; GROSGOUEL, R., “The epistemic decolonial turn”, en *Cultural Studies*, 21(2-3), 211-223; MALDONADO-TORRES, N., “Thinking through the Decolonial Turn: Post-Continental Interventions in Theory, Philosophy, and Critique – An Introduction”, en *TransModernity: Journal of Peripheral Cultural Production of the Luso-Hispanic World*, 1(2), 2011. Véase, para más referencias sobre teoría decolonial: Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, “Bibliography of Decolonial Theory”, online: Max Planck, https://www.mpipriv.de/1204313/website_bibliography_decolonial_theory.pdf. Para una perspectiva decolonial jurídica, véase en particular, FITZPATRICK, P., “The Revolutionary Past: Decolonizing Law and Human Rights”, en *Metodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy*, 2(1), 2014., 117-133; ZITZKE, E., “A decolonial critique of private law and human rights”, en *South African Journal on Human Rights*, 2018, 34(3), 492-516; BARRETO, J.M., *Human Rights from a Third World Perspective: Critique, History and International Law*, Cambridge Scholars Publishing, 2013; ESMEIR, S., “On the Coloniality of Modern Law”, en *Critical Analysis of Law*, 2(1), 2015, 19-41; SALAYMEH, L., and MICHAELS, R., “Decolonial Comparative Law: A Conceptual Beginning”, en *Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 86(1), 2022, 166-188. Véase, para más referencia sobre teoría jurídica decolonial, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, “Bibliography of Decolonial Legal Studies”, online: Max Planck https://www.mpipriv.de/1204322/website_bibliography_decolonial_legal_studies.pdf. En el Norte Global, herramientas decoloniales han sido empleadas en materia de investigación sobre migración en el Norte Global (véase, por ejemplo, GROSGOUEL, R. & MALDONADO-TORRES, N., “Los latinos, los migrantes y la descolonización del imperio estadounidense en el siglo XXI”, en *Tabula Rasa*, 9, 2008, 117-130; GROSGOUEL, R., OSO, L. y CHRISTOU, A., “Racism, intersectionality and migration studies: framing some theoretical reflections”, en *Identities: Global Studies in Culture and Power*, 22(6), 2015, 635-652; HERRERA ROSALES, E., “El espacio, el tiempo y el racismo en las perspectivas decoloniales: apuntes para descolonizar los estudios sobre migración internacional”, en *Interdisciplina*, 6(16), 2018, 167-186; CONTRERAS HERNÁNDEZ, P. y TRUJILLO CRISTOFFANINI, M., “Desde las epistemologías feministas a los feminismos decoloniales: Aportes a los estudios sobre migraciones”, en *Athenea Digital*, 17(1), 2017, 145-162, pero también en relación con los pueblos indígenas (véase, por ejemplo, MONETTE-TREMBLAY, J., “La Commission de vérité et reconciliation du Canada: Une étude de la sublimation de la violence coloniale canadienne”, en *Quebec Journal of International Law*, 31(2), 2018, 103-142.

¹⁵RUFER, M., “La temporalidad como política: nación, formas de pasado y perspectivas poscoloniales”, en *Memoria y Sociedad*, 14(28), 201, 21: “el establecimiento de la continuidad histórica procesual y progresiva como destino sobre el quiebre radical con el pasado tradicional, es una estrategia política en la imaginación histórica que oculta mediante un orden discursivo de ruptura, un orden histórico de continuidad”.

y la modernidad han perdurado en la construcción de esquemas de pensamiento, estructuras de poder y asignación de recursos (económicos, naturales, sociales, etc.).

La decolonialidad propone herramientas relevantes para un análisis de la migración. La colonialidad configura la experiencia de las personas *en movimiento*: el propio proyecto migratorio, las condiciones del viaje, las relaciones con las comunidades de acogida, etc. Ramón Grosfoguel propone un modelo decolonial sistemático para la migración internacional. Se basa en la teoría decolonial de Aníbal Quijano y Walter Dignolo para analizar la migración internacional de latinoamericanos hacia el mundo occidental.¹⁶ Junto con Laura Oso y Anastasia Christou, establecen un diálogo entre la línea abisal de Boaventura de Sousa Santos y la línea de lo humano de Frantz Fanon (zona de ser y zona de no ser).¹⁷ En consecuencia, identifican tres tipos de migrantes transnacionales: “sujetos coloniales/raciales del imperio”, “inmigrantes coloniales” e “inmigrantes”.¹⁸ Tal discusión es relevante en el contexto de la migración porque “los migrantes llegan a un espacio de relaciones de poder que ya está informado y constituido por la colonialidad”.¹⁹

Es también, la colonialidad la que determina los contornos y el alcance de la “irregularidad” en contexto de migración. En efecto, la imposición de documentos a cierta parte de la población mundial, afirma Sergio Prieto Díaz, sigue líneas coloniales. Prieto Díaz critica la doctrina de la migración segura, ordenada y regular; establece que, al poner la migración segura, ordenada y regular como una “solución” a la migración “irregular”, se elude el hecho de que migrar sin documentos no es el resultado de “una mala o errónea decisión que pueda corregirse con algo de voluntad”.²⁰

Propone el concepto de *subalternidad migratoria* en referencia a los migrantes “irregulares” específicamente, subalternos en comparación con los migrantes “regulares”. Presenta el concepto de la siguiente manera:

La ‘subalternidad migratoria’ refiere a una condición histórica permanente, producto de la dialéctica entre modernidad-colonialidad, en la que se condensan complejas jerarquizaciones estructurales e históricas resignificadas conti-

¹⁶ Véase GROSGOQUEL, R. y MALDONADO-TORRES, N., “Los latinos, los migrantes y la descolonización del imperio estadounidense en el siglo XXI”, en *Tabula Rasa*, 9, 2008, 117-130; GROSGOQUEL, R., OSO, L. y CHRISTOU, A., “Racism, intersectionality and migration studies: framing some theoretical reflections”, en *Identities: Global Studies in Culture and Power*, 22(6), 2015, 635-652.

¹⁷ GROSGOQUEL, OSO y CHRISTOU, *supra* nota 16 a 638.

¹⁸ *Ibidem* a 642.

¹⁹ Para más detalles, véase *Ibidem* a 641 [Traducción libre].

²⁰ PRIETO, *supra* nota 12 a 18.

nuamente. El problema ya no es no tener papeles: se trata de enfatizar que es creado y utilizado para justificar políticas restrictivas y discriminatorias; invisibilizado como actor o potencial intérprete de las mismas o de posibles alternativas; responsable del desarrollo de su país de origen, cuyo abandono es traición nacional; rechazado por todos los países implicados en su movimiento, que justifican la limitación discrecional de sus derechos, aunque al mismo tiempo se benefician ampliamente. A pesar de todo, migrar sin papeles e insistir, es una expresión de rebeldía a la violencia epistemológica que los define, limita, controla e instrumentaliza.²¹

Este concepto es relevante por al menos tres razones. En primer lugar, destaca la historicidad del proceso de alterización de los migrantes “irregulares” y su intersección con la racialización, el capitalismo y el patriarcado. Al migrar, los individuos y grupos que históricamente han sido “alterizados” u “otrficados” por estas dinámicas, tienen más probabilidad de ser también “ilegalizados”, incluso criminalizados, debido a su falta de acceso a “métodos legales” de migración.

En segundo lugar, el concepto de “subalternidad migratoria” pone énfasis en el carácter violento de la migración “irregular”. Al negar sistemáticamente el acceso a la migración “regular” a sujetos históricamente “alterizados”, los Estados obligan a quienes desean migrar, a hacerlo de manera “insegura”, “desordenada” e “irregular.”. En ese sentido, la existencia de la migración “irregular” como categoría reitera el hecho de que *no* existe un derecho a migrar; sin embargo, se podría replicar que existe un derecho a migrar de manera segura, ordenada y regular. Es decir, que existe un derecho a migrar para una cierta parte de la población mundial, una que sí tiene acceso a “métodos legales” de migración. Esto significa que los grupos e individuos que no pueden migrar regularmente, por lo general tampoco pueden migrar de manera segura (ni ordenada), dicho de otro modo, sin poner en riesgo su seguridad, integridad y vida.

En tercer lugar, un análisis a través del lente de la “subalternidad migratoria” coloca a los *migrantes* “irregulares”, en lugar de la *migración* “irregular”, en el centro del análisis. Al evitar una perspectiva en la que se analiza un mero estatus administrativo-burocrático en un lenguaje tecnocrático y “neutral”,²² se permite volver a centrar el análisis en las propias personas, en sus motivaciones y experiencias. En particular, nos posibilita ver en el hecho de migrar “irregularmente” una acción emancipadora *per se*, un acto de transgresión contra un sistema violento.

²¹ PRIETO, *supra* nota 12 a 21.

²² Acerca de la “despolitización de la migración”, véase PÉCOUD, A., “*Narrating an ideal migration world? An analysis of the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*”, en *Third World Quarterly*, 42(1), 2021, 17.

2.2. *Perspectiva jurídica decolonial sobre la migración “irregular”*

Si bien los enfoques decoloniales de la migración (“irregular”) generalmente no se centran en el componente jurídico, podríamos preguntar: ¿qué herramientas nos proporciona una teoría decolonial de la migración para un análisis jurídico de la migración “irregular”?

Las perspectivas jurídicas decoloniales (PJD) son pertinentes en varios aspectos. Peter Fitzpatrick afirma que “el derecho es intrínsecamente capaz de ser decolonial”.²³

Samera Esmeir escribe que el pensamiento jurídico moderno es limitado en el sentido de que considera *el derecho como un concepto límite*, “por el cual algunas zonas son jurídicas y otras no”.²⁴ Declara que en lugar de pensar el derecho moderno como un concepto límite entre el interior y el exterior (el “otro”), “debería repensarse como una *zona de legalidades múltiples*”.²⁵

A partir de la conceptualización decolonial de Esmeir del derecho moderno, se puede argüir que la migración “irregular” – los migrantes “irregulares” – bien se encuentran dentro de una zona de legalidad, aunque no en una de justiciabilidad o de sujeción a duelo.

Las PJD nos permiten señalar al menos dos implicaciones centrales en relación con un análisis jurídico de la migración “irregular”.

2.2.1. *Límites de las soluciones del derecho moderno*

Las PJD nos permiten señalar los límites de las soluciones del derecho moderno. Como argumenta Ndlovu-Gatsheni, en relación con la pandemia de Covid-19, la epistemología moderna se basa en el mito de que el derecho moderno ofrece una solución a todos los “problemas.” Cuando el derecho moderno se enfrenta a situaciones como la migración “masiva” o la pandemia de Covid-19 (o ambas), sus límites destacan aún más. La “fronterización” y la “re-fronterización” aparecen como respuestas anacrónicas a un fenómeno global y transhistórico como lo es la migración.²⁶

²³ FITZPATRICK, P., “*The Revolutionary Past: Decolonizing Law and Human Rights*”, en *Metodo International Studies in Phenomenology and Philosophy*, 2(1), 2014, 125. El autor sugiere dos herramientas específicas para hacerlo: la “desvinculación” y la “pluriversalidad”: “la ‘desvinculación’ del ser y el pensamiento en su finitud de la cuasi-universalidad, la norma positivizada, de un imperio occidental, y darse cuenta de que la desvinculación en una relación receptiva de pluralidad – un ‘pluriverso’ en lugar de un universo” [Traducción libre].

²⁴ ESMEIR, S., “*On the Coloniality of Modern Law*”, en *Critical Analysis of Law*, 2(1), 2015, 27 [Traducción libre].

²⁵ *Ibidem* a 41. [Traducción libre; las cursivas no obran en el original].

²⁶ Expresión empleada por NDLOVU-GATSHENI (en inglés: “borderization” y “re-borderization”).

Las herramientas decoloniales permiten alejarse de un enfoque de resolución de problemas (“*problem-solving*”), donde el “problema” inicial sería la migración “irregular.” La migración “irregular,” tal como sostiene Prieto, es un producto específico del siglo XX, un “resultado de la monopolización estatal de los medios legítimos de movimientos”.²⁷ Tal perspectiva hace eco de la doctrina legal dominante de la migración segura, ordenada y regular, promovida como respuesta a sus elementos antagónicos, la migración “insegura, desordenada e irregular”, que se presenta como un problema que debe ser gestionado o controlado.

Por ejemplo, el *Objetivo 11 del Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular* promueve la cooperación en la gestión fronteriza con el objetivo de prevenir la migración “irregular”. Declara lo siguiente:

“Nos comprometemos a gestionar nuestras fronteras nacionales de manera coordinada, promoviendo la cooperación bilateral y regional, garantizando la seguridad de los Estados, las comunidades y los migrantes, y facilitando la circulación transfronteriza de personas de manera segura y regular, *evitando al mismo tiempo la migración irregular*”.²⁸

Sin embargo, establecemos que tal objetivo es incoherente con la promoción general de la “migración segura, ordenada y regular.” En particular, el abordaje que hace el Pacto Mundial sobre la migración “irregular” revela una incoherencia potencial respecto a los otros dos principios clave de la doctrina: la *migración segura*, por un lado, y la *migración ordenada*, por el otro. Al sancionar la migración “irregular,” se promueve de manera indirecta, pero automática, la migración *insegura* y *desordenada*; ya que lo más probable es que las personas que pretenden migrar y que no tienen la posibilidad de hacerlo “regularmente”, opten por rutas y medios de transporte que implican un mayor riesgo para su seguridad, integridad y vida (*migración insegura*), y crucen las fronteras en lugares donde no se encuentren agentes de control fronterizo (*migración desordenada*).

Por lo tanto, el principal “problema” no consiste en la falta de documentos para migrar, sino en la creación de un sujeto de derecho “irregular” que justifica políticas restrictivas y discriminatorias, así como la instrumentalización de una población “irregularizada.”

Esto apunta a otro problema epistémico de la perspectiva dominante de la “gestión” o “gobernanza” de la migración. Tiende a considerar la “irregularidad” como un adjetivo neutro de la persona migrante. Más im-

NDLOVU-GATSHENI, S.J., “*Geopolitics of Power and Knowledge in the COVID-19 Pandemic: Decolonial Reflections on a Global Crisis*”, en *Journal of Developing Societies*, 36(4), 2020, 366-389.

²⁷ PRIETO, *supra* nota 12 a página 23.

²⁸ *Pacto Mundial*, *supra* nota 8 a párrafo 27 [Las cursivas no obran en el original].

portante aún, corresponde a un enfoque neoliberal e individualista donde la carga del cumplimiento del mandato de la migración “regular” se concentra en el individuo. Efectivamente, Leonie Ansems de Vries y Katharine T. Weatherhead argumentan que la doctrina de la “migración segura, ordenada y regular” tiende a imponer la responsabilidad de la seguridad, del orden y de la “regularidad” de sus movimientos transfronterizos a los migrantes, de tal modo que, cuando migran de manera insegura, desordenada o “irregular”, se declara culpable al migrante. Esto contribuye a desviar la atención de las consecuencias letales, y de la responsabilidad legal correspondiente, de las fronteras militarizadas y de actividades criminales como la trata.²⁹ Según las autoras, la formulación del *Objetivo 3 del Pacto Mundial* también sugiere una presunción de ignorancia o desinformación de los migrantes, de tal modo que cuando las personas migran “irregularmente”, existe un prejuicio de que es la consecuencia de su ignorancia o desinformación.³⁰

Como dice Elspeth Guild, la migración “irregular” es una relación subjetiva entre el Estado y el migrante, antes que nada.³¹ Por lo tanto, los Estados son en gran medida responsables de la naturaleza (in)segura, (des)ordenada e (ir)regular de la migración. Un intento de reducir la afluencia y el volumen de migrantes “irregulares” (asumiendo que sea un objetivo en primer lugar), más bien se encontraría dentro de un cambio de régimen(es) jurídico(s).

En lugar de una “crisis migratoria”, se puede declarar que hay más bien una “crisis de la modernidad” o una “crisis civilizatoria”.³² La necesidad que tienen los Estados de restablecer su monopolio de los medios legítimos de movimiento, es una de sus múltiples manifestaciones.³³

2.2.2. Jerarquías de migrantes

La construcción legal de las categorías de migración está informada por una conjunción de poder racial, jerarquía, patriarcado y capitalismo,

²⁹ Véase, por ejemplo, “Migrant father charged with son’s death on journey to Greece”, *Independent*, 18 March 2021, online: *Independent* <https://www.independent.co.uk/news/migrant-father-charged-with-sons-death-on-journey-to-greece-greece-samos-europe-european-union-turkey-b1818856.html>.

³⁰ ANSEMS DE VRIES, L. and Weatherhead, K.T., “Politics of Knowledge Production in the Global Compact for Migration”, en *Interventions*, 23(2), 2021, 305: “By tying accurate information to state frameworks for regular migration and positioning (irregular) migration as an object for control through information provision, the GCM implicitly portrays migrants as uninformed or wrongly informed – and hence potentially a(t) risk”. [Las cursivas no obran en el original].

³¹ GUILD, “The UN’s Search”, *supra* nota 9.

³² *Ibidem* a página 368.

³³ *Ibidem*.

es decir, *colonialidad*. Así, las herramientas decoloniales permiten enfatizar la creación de jerarquías de migrantes, que tendrán consecuencias tanto materiales como simbólicas.

Continuando con la doctrina de la migración segura, ordenada y regular, argumentamos que, en lugar de promover genuinamente este tipo de migración, se refuerza, más bien, la distinción entre las personas que *pueden* migrar de manera segura y ordenada de las que *no*. En pocas palabras, crea y refuerza una jerarquía entre las personas que pueden migrar sin poner en peligro su seguridad, integridad y vida, y las que no pueden, en función de su (falta de) acceso a un estatus migratorio “regular.”

Prieto demuestra que hay países de “nacionalidad restringida,” en los que la libertad de movimiento proporcionada por sus pasaportes es menor que la proporcionada por otros pasaportes.³⁴ Esto también hace eco al concepto de Ayelet Shachar de “lotería del derecho de nacimiento” (“*birthright lottery*”), que no solo contribuye a reproducir una jerarquía de ciudadanos en el mundo, sino que también determina el poder, la riqueza y las oportunidades a los que uno tiene acceso dependiendo del privilegio heredado del espacio territorial en el que ocurrió “el accidente de su nacimiento”.³⁵

Encarnación Gutiérrez Rodríguez califica este marco analítico de “colonialidad de la migración”.³⁶ Ella sitúa el “nexo asilo-migración” en la intersección del capitalismo racial y de la colonialidad del poder.³⁷ Establece que las políticas de asilo y migración siguen “una lógica de racialización de la fuerza laboral” y producen “categorías jerárquicas de migrantes y refugiados”.³⁸

Al promover la migración “regular” o, más bien, al descalificar a su componente antagónico (la migración “irregular”), la doctrina de la migración segura, ordenada y regular también crea una categoría de migración en la que las personas no gozan de protección jurídica: la “migración insegura, desordenada e irregular.”

Sostenemos que la categorización de los migrantes no es producto de un proceso meramente normativo sólo con fines legales o administrativos.

³⁴ PRIETO, *supra* nota 12 a páginas 28-29. Véase también, “The Henley Passport Index”, online: <https://www.henleyglobal.com/passport-index/compare>.

³⁵ SHACHAR, A., *supra* nota 12. Dicha “lotería del derecho de nacimiento” (“*birthright lottery*”) o, en las palabras de PRIETO, “nacionalidad restringida”, puede traducirse al contexto migratorio como “restricción originaria de movilidad.” Véase PRIETO, *supra* nota 12 a página 28.

³⁶ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, E., “*The Coloniality of Migration and the ‘Refugee Crisis’: On the Asylum-Migration Nexus, the Transatlantic White European Settler Colonialism-Migration and Racial Capitalism*”, en *Canada’s Journal on Refugees*, 34(1), 2018, 16-28.

³⁷ *Ibidem* a página 18.

³⁸ *Ibidem* a página 16.

Se basa en un “imaginario de violencia y conflictividad”³⁹ y lo reifica. Las categorías utilizadas para separar a los migrantes “no deseados” de los “bienvenidos” tienen impactos, no solo en la experiencia migratoria de estas mismas personas, sino también en las ideas y sesgos de la población de acogida (ya sea destino final o lugar de tránsito) sobre el migrante “legal, deseable o aceptable”.⁴⁰ La doctrina de la migración segura, ordenada y regular contribuye a la creación del “otro”: el migrante inseguro, desordenado e irregular,⁴¹ lo que refuerza las estructuras de ilegalización⁴² y las “jerarquías de movimiento”.⁴³

Hacer que las personas sean ilegales, como argumentamos, perpetúa una forma de violencia que ha contribuido a la pérdida de vidas debido a viajes peligrosos y fronteras militarizadas. Sus consecuencias se han reflejado, de igual manera, en el sufrimiento de las familias que desconocen el destino de sus seres queridos. Sin embargo, este tipo de categorización plantea otras cuestiones complejas: las relacionadas con el tratamiento después de la muerte. La próxima sección de este capítulo tiene como objetivo participar en una discusión de este trato, más particularmente explicando la relevancia de un estudio cultural del derecho, para ayudarnos a comprender las cuestiones pertinentes relacionadas con el manejo de los cadáveres de migrantes.

3. La pertinencia de un estudio cultural del derecho para estudiar el tratamiento de los cuerpos de los migrantes que mueren en las fronteras de la UE

En 2019, un grupo de abogados internacionales presentó una petición legal a la Corte Penal Internacional. El documento demandaba el enjuiciamiento de la UE y algunos de sus Estados miembros por crímenes de lesa humanidad, respecto a políticas migratorias que resultaron en la muerte de miles de migrantes, y la devolución de migrantes que intentaban huir de Libia.⁴⁴

³⁹ PRIETO, *supra* nota 12 a página 18.

⁴⁰ *Ibidem* a páginas 24-25.

⁴¹ ANSEMS DE VRIES & WEATHERHEAD, *supra* nota 30 a página 294.

⁴² *Ibidem* a páginas 294-295.

⁴³ *Ibidem* a página 309.

⁴⁴ European Council on Refugees and Exiles, “ICC Submission Seeks to Hold the EU Accountable for Creation of “World’s Deadliest Migration Route”, ECRE, 7 June 2019, <https://>

Un hecho tan significativo como el mencionado señala cómo el fenómeno de las muertes y desapariciones de migrantes ha sido “uno de los mayores desastres humanitarios en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial”.⁴⁵ La investigación existente sobre este fenómeno se ha centrado comúnmente en las políticas migratorias europeas, las prácticas estatales, así como la falta de procedimientos para la identificación y manejo de cuerpos.⁴⁶ La falta de identificación ha sido relacionada con “la discriminación, las dificultades en la logística y muchas otras variables; resultando en que muchos migrantes permanecen desaparecidos en el mar o mueren sin identidad, y son enterrados sin un nombre mientras que el resto del mundo permanece indiferente”.⁴⁷

Sin embargo, las razones detrás de la carencia de estos procesos, presuntamente complejas, han sido poco estudiadas. La limitada cantidad de literatura sobre la identificación y el manejo de cuerpos de migrantes puede vincularse al hecho de que la búsqueda e identificación de estos ha sido, en gran medida, el trabajo de científicos forenses, recibiendo poca atención, como explican Élisabeth Anstett y Jean-Marc Dreyfus, de historiadores, antropólogos sociales y abogados.⁴⁸

Es verdad que la mayoría de los migrantes “irregulares” que intentan llegar a la UE a través de las rutas marítimas del Mediterráneo son originarios de países que estuvieron bajo el dominio colonial británico, francés o belga hasta mediados del siglo XX. ¿En qué medida influye este hecho en el análisis del vínculo entre la exclusión racial y la violencia fronteriza? Parte de la literatura académica ha situado dichas muertes y desapariciones en este contexto poscolonial. Emilio Distretti apoya este argumento, por ejemplo, cuando vincula las muertes y desapariciones de migrantes con la noción de “desapariciones forzadas”, como algo centrado en las acciones de las autoridades estatales. Distretti explica que las desapariciones

www.ecre.org/icc-submission-seeks-to-hold-the-eu-accountable-for-creation-of-worlds-deadliest-migration-route/, consultado el 15 de diciembre de 2019.

⁴⁵ CATTANEO, C., et al., “*The rights of migrants to the identification of their dead: an attempt at an identification strategy from Italy*”, en *International Journal of Legal Medicine* 1, 2022 [Cattaneo y al].

⁴⁶ Véase ROBINS, S., “*The Affective Border: Missing Migrants and the Governance of Migrant Bodies at the European Union’s Southern Frontier*”, en *Journal of Refugee Studies*, 34(2), 2021, 2508.

⁴⁷ CATTANEO y al, *supra* nota 45 a página 2 [Traducción libre].

⁴⁸ ANSTETT, E. y DREYFUS, J.M., “*Introduction: why exhume? Why identify?*”, en ANSTETT, E. y DREYFUS, J.M. (eds.), *Human remains and identification: Mass violence, genocide, and the ‘forensic turn’*, Manchester University Press, 2015, 1.

forzadas en el contexto de las muertes en frontera están vinculadas al legado de la violencia colonial.⁴⁹

Si bien estos legados son de particular relevancia para un estudio del fenómeno de las muertes y desapariciones de migrantes, ya sea que uno esté involucrado en una discusión sobre políticas migratorias restrictivas que perpetúan estas muertes, o sobre el tratamiento de los restos recuperados en las fronteras de la UE; se necesita un enfoque más amplio de este tema para comprender la falta de manejo de los cuerpos de migrantes, que además contribuya al debate sobre derechos, responsabilidades y reformas legales. Tal aproximación incorpora no solamente perspectivas antropológicas y sociológicas, sino también una investigación filosófica que está en el centro del estudio cultural del derecho propuesto por Paul Kahn.⁵⁰

¿Qué relevancia tiene un estudio cultural del Derecho para la cuestión del tratamiento de los restos de inmigrantes recuperados en las fronteras de la UE? A grandes rasgos, un análisis de este tipo nos ayuda a comprender el papel del derecho, no sólo en la creación de narrativas, sino igualmente en la construcción de sujetos.⁵¹ Por un lado, esta forma de indagación cobra cada vez más relevancia para un estudio de la construcción del migrante irregular y de la dicotomía resultante de este enfoque categórico. Sin embargo, un análisis cultural del derecho permite, además, revelar preguntas sin respuesta relacionadas con el tratamiento legal, o la falta de, respecto a los restos de migrantes, al explorar la relación de la sociedad con la muerte, así como el tratamiento histórico de los cuerpos. La relevancia de un estudio cultural del derecho en el contexto de la muerte es particularmente notable cuando consideramos cómo los cuerpos pueden “estructurar las interacciones humanas, dar forma a las redes sociales y moldear los sistemas de poder”.⁵²

3.1. Vincular fronteras y límites a categorías de migrantes

Un estudio cultural del derecho sobre la falta de identificación y manejo de los restos de migrantes debería comenzar destacando las dicotomías

⁴⁹ DISTRETTI, E., “Enforced Disappearances and Border Death Along the Migrant Trail”, en CUTIITA, P. y LAST, T. (eds.), *Border Deaths: Causes, Dynamics and Consequences of Migration-related Mortality*, Amsterdam University Press, 2019, 119.

⁵⁰ Véase BONILLA MALDONADO, D., “The Cultural Analysis of Law: Questions and Answers with Paul Kahn”, en *German Law Journal*, 21, 2020, 284-298.

⁵¹ *Ibidem* a páginas 284-285.

⁵² TUNG, T., “Agency, ‘Til Death Do Us Part? Inquiring about the Agency of Dead Bodies from the Ancient Andes”, en *Cambridge Archaeological Journal*, 24, 2014, 437.

y narrativas problemáticas que se han aplicado en el contexto de la migración irregularizada a la UE. Los enfoques categóricos se entienden mejor a través de la comprensión del concepto de espacio. Si consideramos que las políticas migratorias restrictivas y la externalización de la gestión migratoria han hecho del Mediterráneo un espacio de conflicto y amenaza,⁵³ como bien destaca Ricard Zapata-Barrero, comenzamos a explorar la interacción del derecho y el espacio, y el papel que el primero tiene en la definición del significado del segundo.

La referencia de Didier Fassin a las fronteras raciales y étnicas características del “control de las fronteras a cualquier costo en términos de vidas humanas”, en el contexto de la llamada crisis de refugiados en Europa,⁵⁴ ayuda a fortalecer nuestra comprensión de la evolución de este espacio. Fassin propone una distinción valiosa entre los conceptos de fronteras y límites, enfatizando la relación del derecho y su poder para con las fronteras, y cómo éstas son “construcciones sociales que proceden de la historia y cultura, de la identificación y otrificación”.⁵⁵

La relación entre estos límites y las categorizaciones es interesante, aunque no necesariamente sencilla, en el contexto de los fallecimientos en fronteras. Iosif Kovras y Simon Robins argumentan que “el cuerpo del migrante muerto encontrado dentro de las fronteras territoriales de la UE, pero al que se le niegan obligaciones dignificantes que el derecho exige para los ciudadanos que han fallecido, permite cuestionar los entendimientos teóricos y prácticos de la frontera”.⁵⁶ Su distinción entre un migrante muerto y uno vivo, y entre un migrante muerto y un ciudadano muerto, resalta cómo las políticas públicas han introducido “nuevas categorías de inclusión y exclusión”.⁵⁷

3.2. *¿Qué entendemos por responsabilidad moral y política, y cómo se relaciona esto con un estudio cultural del derecho?*

La distinción de Kahn entre obligaciones morales y legales en su aná-

⁵³ Editorial, “*Mediterranean thinking*” for mapping a Mediterranean migration research agenda”, *Comparative Migration Studies*, Barcelona, 2020.

⁵⁴ FASSIN, D., “*Introduction: Connecting Borders and Boundaries*”, en FASSIN, D. (ed.), *Deepening Divides: How Territorial Borders and Social Boundaries Delineate Our World*, Pluto Press, 2020, 4-5 [Traducción libre].

⁵⁵ *Ibidem* a páginas 3-4 [Traducción libre].

⁵⁶ KOVRAS, I. and ROBINS, S., “*Missing migrants: deaths at sea and unidentified bodies in Lesbos*”, en DONNAN, H., HURD, M. and LEUTLOFF-GRANDITS, C. (eds.), *Migrating Borders and Moving Times: Temporality and the crossing of borders in Europe*, Manchester University Press, 2017, 158 [Traducción libre].

⁵⁷ *Ibidem* [Traducción libre].

lisis del espacio del derecho puede ser un punto de partida útil, para una discusión sobre la responsabilidad europea respecto al trato adecuado de los restos de migrantes. Kahn explica que “la moralidad puede no tener fronteras, pero el dominio del derecho comienza sólo con la imaginación de la jurisdicción. Tenemos obligaciones morales, pero no legales, con aquellos más allá de nuestras fronteras”.⁵⁸ La importancia de esta distinción se hace aparente por la manera en que la responsabilidad de la UE hacia la identificación y manejo de restos de migrantes fallecidos, no es necesariamente clara. Uno de los argumentos es que, las muertes de migrantes no siempre ocurren dentro de la UE, sino en sus fronteras. Un segundo argumento es que, como se ha destacado anteriormente, estas muertes son el resultado directo de las políticas migratorias restrictivas de la UE y de la falta de vías legales para la migración, que dan lugar, cada vez más, a que los migrantes se embarquen en peligrosos viajes marítimos.

Por lo tanto, la responsabilidad de la UE en la identificación y manejo de restos de migrantes “irregulares” que murieron antes de que pudieran entrar en la UE, debe estudiarse, sólo en parte, a la luz de las prácticas estatales que han dado lugar a muertes en las fronteras y perpetuado su invisibilidad. Un estudio cultural del derecho contribuiría a este debate examinando las formas en las que la noción de alteridad se relaciona con el tratamiento de los restos de los migrantes que mueren en las fronteras de la UE, y hasta qué punto se les han negado las obligaciones legales existentes.

¿Qué herramientas son de mayor relevancia para ayudarnos a comprender el manejo, o la falta de éste, de los restos de migrantes? ¿Qué papel tiene la relación de una sociedad con la muerte, en la determinación del trato de los cuerpos? ¿Cómo los contextos históricos, incluidos los de violencia masiva y genocidio, explican los procesos de otredad? Finalmente, ¿cómo nos ayudan estas investigaciones a entender el trato después de la muerte? Podría argumentarse que la falta de identificación de los cadáveres se relaciona con la (falta de) sujeción a duelo de las vidas, ya que “el anonimato de los cuerpos proyecta una imagen de un ser humano que no importa a otros miembros de la sociedad y que está marginado, a veces hasta su completa desaparición (debido a la descomposición de su estructura orgánica)”.⁵⁹ Puede decirse, como se subraya más adelante, que esta misma falta de sujeción al luto determina el tratamiento tras la muerte.

⁵⁸ KAHN, P.W., *The cultural study of law: reconstructing legal scholarship*, The University of Chicago Press, 1999, 55 [Traducción libre].

⁵⁹ PARRA, R.C. y al, “Unidentified deceased persons: Social life, social death and humanitarian action”, in PARRA, R.C., ZAPICO, S.C. and UBELAKER, D.H., (eds.), *Forensic Science and*

Los contextos históricos, en particular los contextos de violencia masiva y genocidio pueden ayudar a explicar la relación de la sociedad con los muertos. Tal paralelismo es relevante para un estudio de la falta de respuesta a la identificación y al manejo de los restos de los que hoy cruzan la frontera.

Si argumentamos que la violencia del régimen fronterizo de la UE se ha perpetrado contra los migrantes, la responsabilidad de la UE por las muertes y desapariciones de migrantes, o más bien, por el trato adecuado de sus restos, se hace evidente. Sin embargo, centrarse en la violencia del régimen fronterizo de la UE que a menudo se ha abordado en la literatura académica sobre el fenómeno de las muertes y desapariciones en el Mediterráneo es insuficiente para explicar el “olvido” de los restos de las personas que cruzan la frontera.

Ante la ausencia de un marco legal que aborde las muertes en las fronteras, y la negación de las obligaciones legales existentes a los restos de aquellos que han muerto en las fronteras de la UE, argumentamos que la tragedia de la Segunda Guerra Mundial revela una forma de abandono de los restos de algunos grupos que vemos en el contexto de las muertes en las fronteras hoy en día.

En *Frames of War: When is Life Grievable?*, Judith Butler hace una distinción necesaria entre las personas que son sujetas a duelo (“*grievable*”) y las que no lo son: se cree que las vidas de las primeras importan más que las de las segundas.⁶⁰ El relato de Butler nos hace reflexionar sobre cómo las personas cuyas vidas no fueron vistas como valiosas carecen de duelo después de la muerte.⁶¹ De hecho, en el contexto de las muertes de migrantes en las fronteras europeas, “el estudio de las políticas contrastantes desplegadas por las autoridades estatales para tratar a los migrantes y ciudadanos de la UE fallecidos, puede arrojar luz sobre el perdurable impacto que tiene la frontera sobre los cuerpos de los migrantes, incluso después de su muerte”.⁶²

La identificación de los restos de migrantes es de fundamental importancia para las familias que buscan a sus seres queridos desaparecidos, pero también puede ayudar a revelar las circunstancias de una muerte. Estudiar el manejo de los cuerpos de migrantes implica una comprensión

Humanitarian Action: Interacting with the Dead and the Living, John Wiley & Sons Ltd, 2020, 84.

⁶⁰ BUTLER, J., *Frames of War: When is Life Grievable?* (Verso 2010), citado en Kovras y Robins, *supra* nota 56 a página 165.

⁶¹ KOVRAS y ROBINS, *supra* nota 56 a página 165.

⁶² KOVRAS, I. and ROBINS, S., “*Death as the border: Managing missing migrants and unidentified bodies at the EU’s Mediterranean frontier*”, en *Political Geography*, 55, 2016, 41 [Traducción libre].

de lo que sucede con los cuerpos de los migrantes que mueren en las fronteras de la UE, a través de un enfoque particular en el entierro.⁶³

En *What Is a Mass Grave? Toward an Anthropology of Human Remains Treatment in Contemporary Contexts of Mass Violence*, Elisabeth Anstett afirma que las “víctimas de la violencia masiva no han desaparecido; sus cuerpos no se han evaporado simplemente”, y que “los restos de las víctimas de la violencia masiva, en la gran mayoría de los casos (incluido el Holocausto), han sido depositados directamente en el suelo por sus asesinos o por cómplices de estos últimos”.⁶⁴

Para comprender mejor el trato de los restos de los que cruzaron la frontera en la UE (y en contextos de violencia masiva y genocidio), es útil distinguir entre los procesos de identificación y manejo. Los cuerpos de muchos migrantes que mueren mientras intentan cruzar las fronteras nunca son identificados.⁶⁵ Anstett trata la “invisibilización” y la “exhibición” de restos humanos en el contexto de violencia masiva. La primera lógica (invisibilización) implica ocultar los cuerpos de perpetradores, de futuras víctimas y de sobrevivientes. La segunda (exhibición), por el contrario, se refiere a las diferentes formas en que se exhiben los cuerpos; por ejemplo, a través de imágenes.⁶⁶

Se puede argumentar que el contexto de muertes de migrantes en el Mediterráneo se ha caracterizado por la invisibilización de los restos, lo que ha privado cada vez más a las familias de los migrantes muertos el derecho a conocer el destino de sus seres queridos. Sin embargo, se necesita más investigación al respecto de si esta invisibilización específica del contexto ha sido intencional por parte de los Estados y, de ser así, de qué manera. Más concretamente, los débiles esfuerzos de recopilación de datos sobre muertes y desapariciones en las fronteras europeas, junto con los limitados esfuerzos de identificación, apuntan cada vez más hacia una falta de compromiso con el tema a nivel europeo.

El manejo de los cuerpos de migrantes que mueren en las fronteras de la UE también ha sido poco investigado. El entierro de migrantes muertos en la UE es de particular importancia. Las fosas comunes son donde los cuerpos no identificados de los migrantes han sido enterrados, y las cos-

⁶³ Véase BLAU, S. y FONDEBRIDER, L., “*Human Skeletal Remains: Identification of Individuals*”, in SMITH, C. (ed.), *Encyclopedia of Global Archaeology*, Springer, New York, 2014.

⁶⁴ ANSTETT, E., “*What Is a Mass Grave? Toward an Anthropology of Human Remains Treatment in Contemporary Contexts of Mass Violence*”, en ROBBEN, A., (ed.), *A Companion to the Anthropology of Death*, John Wiley and Sons, Inc., 2018, 178 [Traducción libre].

⁶⁵ BRIAN, T. y LACZKO, F., (eds.), *Fatal Journeys Volume 2: Identification and Tracing of Dead and Missing Migrants*, Organización Internacional para las Migraciones, 2016.

⁶⁶ ANSTETT, *supra* nota 69 a página 181.

tumbres y rituales religiosos han sido ignorados.⁶⁷ Kovras y Robins describen un cementerio local que visitaron durante su trabajo de campo en la isla de Lesbos, Grecia, donde fueron enterrados los restos de los migrantes, como “impactante e inquietante, con cuerpos cubiertos por tierra sin marcadores ni lápidas”.⁶⁸ Si bien los cuerpos de los migrantes muertos fueron enterrados en un cementerio local en este caso, y teniendo en cuenta que varias culturas no requieren ninguna lápida, sigue habiendo una falta de información sobre el entierro de migrantes “irregulares” en la UE, en particular porque muchas de sus familias no son conscientes del destino de sus seres queridos, ni de los rituales según los cuales se han llevado a cabo los entierros.

3.3. *La importancia de una identificación y gestión adecuadas de los migrantes permanece*

En *Voyages after Death: Identifying Bodies from the Mediterranean Sea*,⁶⁹ Arianna Jacqmin ofrece un relato pertinente del contexto italiano, para explorar las prácticas locales en los países fronterizos europeos (o principales países de destino) con respecto a la recuperación, identificación y manejo de cadáveres de migrantes. Su capítulo con enfoque en los procedimientos excepcionales para gestionar e identificar cuerpos después del naufragio de Lampedusa en 2013 y la tragedia del Canal de Sicilia en 2015, puede ayudarnos a comprender la ambigüedad y las lagunas legales.

Se podría argumentar que la relevancia del derecho como herramienta para estudiar la identificación y gestión de los restos mortales de los migrantes que mueren en las fronteras de la UE queda patente en cómo a menudo no ha abordado estos procesos en el contexto de las muertes en las fronteras. Sin embargo, la negación de las obligaciones legales existentes mencionadas anteriormente revela una forma de abandono por parte de la UE de los restos de los migrantes que mueren en sus fronteras, pero también un abandono de la obligación moral de garantizar el tratamiento adecuado de los restos de los migrantes muertos que intentaron llegar a la UE.

Además, la investigación sobre la identificación y el manejo de los cuerpos de migrantes debería prestar más atención a lo que se entiende por el manejo “adecuado” de los cuerpos. Esto plantea preguntas complejas. ¿Qué esfuerzos de identificación se están llevando a cabo? ¿Qué leyes

⁶⁷ KOVRAS y ROBINS, *supra* nota 56 a página 167.

⁶⁸ *Ibidem* a página 164 [Traducción libre].

⁶⁹ JACQMIN, A., “*Voyages after Death: Identifying Bodies from the Mediterranean Sea*”, en FYNN BRUEY, V. y BENDER, S.W. (eds.), *Deadly Voyages: Migrant Journeys across the Globe*, Lexington Books, 2019, 106.

y políticas regulan la repatriación de restos? Si los entierros se realizan fuera de los países de origen, ¿de acuerdo con qué rituales, especialmente religiosos, se han llevado a cabo los entierros? ¿La cremación tiene lugar o no? Si no es el caso, y si lo vemos como una práctica funeraria secular, o contraria a algunos rituales religiosos, ¿podría la ausencia de cremación ser una señal de que se están respetando los rituales religiosos? Existe información limitada sobre la eliminación de los restos de migrantes en la UE: ¿se han enterrado a los migrantes “irregulares” en “fosas comunes” o, por lo general, se han llevado a cabo entierros de conformidad con la legislación nacional?

Las leyes que abordan la identificación y el manejo de los cuerpos de nacionales en los países europeos no abordan los procedimientos ni otorgan garantías a los cuerpos de los no ciudadanos.⁷⁰ Por ejemplo, en Italia, uno de los principales países de destino de los migrantes que llegan a través de rutas marítimas irregulares, la Ley 203/2012 sobre la búsqueda de personas desaparecidas no aborda adecuadamente los procedimientos para gestionar e identificar a los no ciudadanos que mueren en el mar. Los protocolos aplicados con carácter excepcional entre el Comisionado Especial para las Personas Desaparecidas y las universidades, las organizaciones no gubernamentales y otras instituciones han, parcialmente, “colmado esta laguna jurídica”.⁷¹

Incluso cuando el derecho se caracteriza por la ambigüedad, el trato digno de los cadáveres sigue siendo una obligación moral y cultural. De hecho, “la identificación es una obligación ética, cultural, administrativa y legal. La necesidad de enterrar y, de alguna manera, honrar a los muertos se remonta al menos hasta Homero”.⁷²

En *Missing Migrants and the Politics of Disappearance in Armed Conflicts and Migratory contexts*, Ninna Nyberg Sørensen y Laura Huttunen destacan la falta de identificación de los cuerpos de migrantes cuando explican que:

En el contexto migratorio, las personas desaparecidas suelen aparecer como cuerpos no identificados, en muchos casos lejos de sus puntos de partida. La responsabilidad de la identificación, la repatriación y el entierro digno sigue siendo una cuestión controvertida. Aunque las personas desaparecidas y

⁷⁰ GRANT, S., “Dead and Missing Migrants: The Obligations of European States under International Human Rights Law”, *Mediterranean Missing*, September, 2016, 5 en JACQMIN, A., “Voyages after Death: Identifying Bodies from the Mediterranean Sea”, en FYNN BRUEY, V., y BENDER, S.W. (eds.), *Deadly Voyages: Migrant Journeys across the Globe*, Lexington Books, 2019, 106.

⁷¹ JACQMIN, *supra* nota 75 a página 106 [Traducción libre].

⁷² CATTANEO y al, *supra* nota 45 a página 2 [Traducción libre].

los cuerpos sin nombre son tratados de manera diferente en diferentes contextos (sobre todo porque la investigación basada en el ADN requiere una considerable inversión material y humana), el análisis de ADN real está rodeado por toda una serie de profesionales, como antropólogos forenses y arqueólogos, pues sólo este trabajo en equipo hace que la identificación sea científicamente sólida y confiable.⁷³

4. *Conclusión*

Este capítulo ha tenido como objetivo proporcionar ciertas ideas metodológicas proponiendo herramientas que, argumentamos, son útiles para estudiar la construcción de la migración “irregular”. Se ha hecho a través de un enfoque en las jerarquías perpetuadas por las categorías legales de migrantes, y vinculando estas jerarquías al concepto de violencia estatal. El capítulo ha buscado en especial, contribuir a una discusión sobre la dicotomía “regular vs irregular”.

En particular, hemos argumentado que los procesos históricos de subyugación juegan un papel importante en la creación de categorías que se abren paso en el derecho. Nuestro enfoque en la contribución de los estudios jurídicos decoloniales a esta comprensión, pero también la distinción entre lo *decolonial* y lo *poscolonial*, ayuda a avanzar en la discusión sobre el derecho como cultura.

Las formas en las que este trato en vida se refleja en el trato después de la muerte, se han puesto en relieve al arrojar luz sobre el valor de un estudio cultural del derecho, para ayudarnos a comprender el abandono de los restos de los migrantes que intentaron cruzar el peligroso Mediterráneo en su intento de llegar a la UE.

Desde una perspectiva decolonial, argumentamos que el derecho moderno sigue caracterizándose por su incapacidad para responder adecuadamente al movimiento de personas, perpetuando, en cambio, procesos de otredad que pueden estudiarse efectivamente a través de un enfoque más amplio, que debería basarse en una discusión sobre la(s) reforma(s) jurídica(s) y la responsabilidad del Estado.

⁷³ SØRENSE, N. and HUTTUNEN, L., “Missing Migrants and the Politics of Disappearance in Armed Conflicts and Migratory Contexts”, 2020, Ethnos [Traducción libre].