

EL DERECHO HUMANO A MIGRAR: COMO GARANTIZAR ESTE DERECHO SOBRE LA BASE DEL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD

*Sady Sidney Fauth Junior*¹

Resumo:

En el año 1931, en el caso conocido como “Transporte Chaco”, algunos jueces de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, afirmaban que los extranjeros vivían “en permanente Estado de Sitio”. En la actualidad, numerosos especialistas, como Javier de Lucas, Elspeth Guild, o Danielle Lochák, al analizar la situación de los derechos de las personas migrantes y algunas políticas y prácticas que se aplican sobre ellas, sostienen que estamos ante un “estado de excepción o de emergencia” o ante un ejemplo del concepto de “derecho penal del enemigo”. Otros, como Dal Lago, se han referido a las personas migrantes como “no-personas”, dado el nivel de desconocimiento y desprotección de sus derechos. Algunos países de Sudamérica, como Argentina, han reconocido el derecho humano a migrar y se han obligado a garantizar este derecho sobre la base del principio de universalidad. Este artículo tiene como objetivo analizar y discutir sobre los principales elementos y características en materia de movilidad internacional de personas, desde una perspectiva de derechos humanos. Los principales resultados alcanzados de la investigación fueron la identificación del reconocimiento del derecho humano a migrar en cuanto a la circulación entre fronteras, y los principales obstáculos para que este derecho no tenga un mayor reconocimiento a nivel internacional. El presente trabajo consiste en una investigación descriptiva cualitativa, basada en el análisis de la documentación sobre el tema, y la investigación bibliográfica de fuentes secundarias, sirviendo para subsidiar la análisis final de los resultados.

Palavras-chave: Migración. Derechos humanos. Derecho internacional. Principio de universalidad.

¹ Maestrando en Derechos Humanos. Especialista en Seguridad Pública. Consultor PNUD.
E-mail: sadyfauth@gmail.com.

THE HUMAN RIGHT TO MIGRATE: HOW TO GUARANTEE THIS RIGHT BASED ON THE PRINCIPLE OF UNIVERSALITY

Sady Sidney Fauth Junior

Abstract:

In the year 1931, in the case known as “Transporte Chaco”, some judges of the Supreme Court of Justice of Argentina, affirmed that foreigners lived “in permanent State of Siege”. At present, many specialists, such as Javier de Lucas, Elspeth Guild, or Danielle Lochák, when analyzing the situation of the rights of migrants and some policies and practices that apply to them, maintain that we are facing a “state of exception or emergency” or an example of the concept of “criminal law of the enemy”. Others, such as Dal Lago, have referred to migrants as “non-people”, given the level of ignorance and lack of protection of their rights. Some countries in South America, such as Argentina, have recognized the human right to migrate and have been obliged to guarantee this right based on the principle of universality. The objective of this article is to analyze and discuss the main elements and characteristics regarding the international mobility of people, from a human rights perspective. The main results achieved in the research were the identification of the recognition of the human right to migrate in terms of cross-border circulation, and the main obstacles to this right not having greater international recognition. The present work consists of a qualitative descriptive investigation, based on the analysis of the documentation on the subject, and the bibliographical investigation of secondary sources, serving to subsidize the final analysis of the results.

Keywords: Migration. Human rights. International right. Principle of universality.

Introducción

En los últimos tiempos, la globalización y sus diversos efectos, particularmente sobre los procesos migratorios, se han destacado como un tema polémico, generando debates encendidos e integrando la agenda de diversas organizaciones internacionales. Los resultados desiguales entre los diferentes países, y dentro de cada uno, que el actual proceso de globalización acarrea no pueden disimularse: si bien se está creando riqueza, cada vez son más las personas que no participan de los beneficios. Esta situación adquiere ribetes a veces dramáticos en el caso de los migrantes.

La pobreza, los desastres naturales, los ciclos económicos, la discriminación y exclusión social, la violencia y búsqueda de oportunidades laborales, son algunas de las principales causas de la migración en el siglo XXI.

En el destino, los migrantes deben encontrar no sólo la acogida de la sociedad, sino un amparo legal que garantice su integración, resguardando derechos básicos, como la no discriminación y el acceso a servicios sociales básicos como educación y salud. La igualdad o no discriminación es una de las normas declaradas con mayor frecuencia en la Declaración Universal de Derechos Humanos².

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General 15, al interpretar recientemente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha destacado que “el disfrute de los derechos reconocidos por el Pacto no está limitado a los ciudadanos de los Estados Partes, sino que también debe estar al alcance de todos los individuos, independientemente de su nacionalidad o de su condición de apátridas”, entre ellos los solicitantes de asilo, los refugiados, los trabajadores migrantes y demás personas que estén en el territorio o bajo la jurisdicción del Estado Parte.

Los derechos humanos son uno de los temas más importantes del derecho internacional y se les atribuyen dos características: i) su universalidad, no existiendo distinciones por motivo alguno, ya sea de raza, sexo, nacionalidad, orientación sexual o religión; ii) y su indivisibilidad, principio que establece que los derechos humanos son un conjunto único, que debe protegerse sin distinción (CEPAL, 2006).

Algunos países de Sudamérica, como Argentina, han reconocido el derecho humano a migrar y se han obligado a garantizar este derecho sobre la base del principio de universalidad

El objetivo principal del artículo es identificar cuáles serían los elementos y características que conformarían el derecho a migrar, que aún no tiene de un reconocimiento más generalizado a nivel global.

2 Res. A.G. 217 A (III), Doc. ONU A/810 en 71 (10 de diciembre de 1948).

La protección de los derechos humanos y la universalidad

La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley³ y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos, y se encuentra consagrado en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En el marco de la Opinión Consultiva OC-18/03, la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ha diferenciado el término distinción de la discriminación (párrafo 84) y ha señalado sus elementos caracterizadores.

Las formas a través de las que se alegan situaciones de discriminación o diferenciación de los derechos de los migrantes, los espacios de acceso a la justicia que éstos puedan encontrar, la posibilidad de desarrollar argumentos de defensa ante procesos de regularización migratoria o de expulsión, o el reconocimiento de diferencias de hecho que exigen la adopción de medidas positivas que permitan a las personas la utilización de los servicios legales en igualdad real de condiciones, son elementos determinantes que deben estar incluidos en la políticas migratorias.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 es el instrumento fundante de los derechos humanos. Los tratados internacionales de las Naciones Unidas establecen obligaciones jurídicas para todos los países que los ratifiquen, y cuando adhieren a ellos, los gobiernos se obligan a respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

Artículos 1 y 2: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, que todas las personas son iguales ante la ley y deben recibir igual protección de ésta, y que toda persona podrá gozar de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Es cierto que existen algunas antecedentes con anterioridad a 1948 en lo que se refiere a la protección internacional de los derechos humanos. A modo de ejemplo: a) El Convenio de Ginebra de 1864, que sentó las bases del Derecho Internacional Humanitario contemporáneo; b) La protección prestada en una serie de tratados en 1919 a las minorías que quedaron en varios Estados tras los reajustes de las fronteras después de la Primera Guerra Mundial; c) La Convención de Ginebra de 1926 sobre la esclavitud que obligaba a los estados signatarios a hacer todo lo posible por su abolición progresiva, impidiendo y reprimiendo la trata de “negros”;⁴ d) La creación por el tratado de Versalles (1919) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para la promoción y protección de los derechos de carácter laboral, económico y social.

3 La igualdad ante la ley significa que deben ser tratados de la misma manera que los migrantes documentados y que los nacionales, ante la ley del país receptor.

4 Dicha prohibición tenía antecedentes en el Congreso de Viena de 1815 y sucesivos tratados a lo largo del siglo XIX. García Gomez M. Derechos humanos y Constitución Española, 1985. Editorial Alhambra, S.A.

Existen varios debates y posturas sobre qué es jurídicamente la expulsión. ¿Es una pena (en el sentido de una sanción penal, como la privación de la libertad, la inhibición de bienes y otras penas dispuestas en la legislación criminal)? Es una medida de índole política derivada de la soberanía estatal? Es una sanción administrativa? Es otra cosa? Este debate, entre otras cuestiones, tiene directa relación con las garantías procesales y sustantivas que deberían regir en un procedimiento que pudiera derivar en la expulsión.

No hay normas que obliguen a los Estados a permitir el ingreso y la permanencia de las personas, ni que los comprometan a otorgar igualdad de derechos a los extranjeros.

En la visión de Ceriani, Fava y Morales (2009), la política migratoria, como cualquier otra que desarrolla un Estado para que rija en su territorio y respecto de toda persona bajo su jurisdicción, es una competencia de cada Estado, aunque limitada a sus compromisos de derechos humanos.

Sin embargo, el Estado tiene que demostrar que toda distinción es razonable y proporcionada al objetivo que se procura en las circunstancias, siendo uno de los objetivos de la Declaración Americana garantizar como derecho fundamental “la protección equitativa de la ley a nacionales y extranjeros por igual respecto de los derechos consagrados”.

Los instrumentos de derechos humanos reconocen el derecho a migrar, pero cada Estado, con base en su legislación migratoria decide la admisión o no de una persona en su territorio. En este sentido, existen distintas circunstancias por las cuales una persona puede ser retornada, de manera forzada a su país de origen: i) no admisión o devolución en frontera; ii) medida de expulsión por infracción a la ley migratoria; y iii) medida de expulsión como complemento o beneficio de una sanción penal.

La expulsión por infracción a la normativa migratoria del Estado de instalación ocurre cuando las personas que ingresan irregularmente no cumplen los requisitos para poder radicarse, permanecen más tiempo del permitido por la visa o residencia otorgada o utilizan documentación fraudulenta. Cada Estado estipula en su normativa los motivos y circunstancias por los que puede tomar la decisión de expulsar a una persona. No obstante, deben considerar que las decisiones o motivos no violen los derechos suscriptos en los instrumentos internacionales. Los migrantes que se encuentran en situación regular no pueden ser objeto de una expulsión salvo que el Estado revoque el permiso previamente, lo cual debe estar motivado (por ejemplo en el caso de un reproche penal) y estar acorde a la normativa vigente. Los migrantes que se encuentran en situación irregular pueden verse sometidos a una orden de expulsión. En estos casos, el retorno es responsabilidad del Estado que decidió la expulsión y será quien disponga de los medios para realizar el traslado.

Según Olea (2007), “los instrumentos generales de derechos humanos incluyen dentro del catálogo de derechos protegidos a la libertad de movimiento, que a la vez contiene

el derecho a salir del territorio del Estado del cual se es nacional y a volver a ingresar a éste⁵. Es importante recalcar que algunos instrumentos internacionales garantizan esta libertad solamente a los extranjeros que se encuentran en el territorio de manera documentada o autorizada. Es decir, la condición migratoria es un presupuesto para la protección de la libertad de movimiento y residencia⁶. A su vez, otros instrumentos protegen la libertad de residencia y de tránsito únicamente a favor de los nacionales⁷. Por su parte, el derecho a no ser expulsado de un Estado del cual no se es nacional está reservado para quienes tengan autorización legal para permanecer en él”⁸.

El tratamiento de las migraciones, en especial el trato que se brinda a los migrantes en situación de indocumentación migratoria es, hoy en día uno de los temas centrales en la agenda global de derechos humanos. Actualmente no existen dudas de que los migrantes son uno de los sectores de la población mundial más expuestos a abusos, discriminación y violencia. Esta información puede ser ejemplificada por la creciente xenofobia⁹ de los brasileños a los venezolanos presentes en Roraima, provincia de Brasil en la frontera con Venezuela. Según el informe “Tendencias y patrones de la migración latinoamericana y caribeña hacia 2010 y desafíos para una agenda regional” de CEPAL, migrantes latinoamericanos sufren prejuicios en su propia región.

Por lo que no es de extrañar que buena parte de los acuerdos políticos regionales más recientes en materia migratoria, se encuentren orientados a asegurar el compromiso de respetar los derechos humanos de los migrantes.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias (adoptada en 1990 y con entrada en vigor en 2003), es el primer instrumento internacional que fue más allá de los migrantes en situación regular en lo que refiere a la garantía de derechos. Ofrece un marco jurídico mínimo para prevenir y eliminar la explotación de todos y todas las personas que viven y trabajan en un país diferente al de su nacimiento.

El tema de las migraciones internacionales ha sido abordado con profundidad por algunos autores, a ejemplo de Braga Martes y Sprandel (2008) que hizo importantes contribuciones a cerca de los movimientos migratorios en el MERCOSUR, incentivando la política de integración regional.

Las políticas públicas relativas a los migrantes son muy numerosas en los países miembros del MERCOSUR, algunas acotadas en duración y otras permanentes, muchas de ellas a su vez se entrecruzan con acciones sobre otras temáticas de derechos humanos.

La política migratoria en la Argentina se rige por la ley 25.871, aprobada por el

5 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 13.2 (en adelante Declaración Universal); PIDCP; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. VIII; (en adelante Declaración Americana); Convención Americana.

6 Así lo ha señalado el Comité de Derechos Humanos en sus Comentarios Generales n° 15, párr.5 y 6; y n° 27, párr.4.

7 Declaración Americana, art. VIII.

8 PIDCP, art. 13; y Convención Americana, arts. 22.6-9.

9 Rechazo a los extranjeros.

Congreso en diciembre de 2003. La norma establece que la situación irregular de un extranjero no puede impedir que éste sea admitido como alumno en establecimientos educativos. Tampoco se puede negar a un extranjero el derecho a la salud, asistencia social y atención sanitaria. La ley, además, impone al Poder Ejecutivo la obligación de adoptar medidas para regular la situación migratoria de los extranjeros.

A respecto de los tratados internacionales:

Artículo 28. - Los extranjeros incluidos en Acuerdos o Convenios de Migraciones suscriptos por la República Argentina se regirán por lo dispuesto en los mismos y por esta ley, en el supuesto más favorable para la persona migrante. El principio de igualdad de trato no se considerará afectado por la posibilidad que tiene el Estado, conforme a los procedimientos establecidos en la Constitución y las leyes, de firmar acuerdos bilaterales de alcance general y parcial, que permitan atender fenómenos específicos, como el de la migración laboral fronteriza, ni por la posibilidad de establecer esquemas diferenciados de tratamiento entre los países que con la Argentina forman parte de una región respecto de aquellos países que resulten terceros dentro del proceso de regionalización, priorizando las medidas necesarias para el logro del objetivo final de la libre circulación de personas en el MERCOSUR.

Sin perjuicio de los derechos enumerados en la presente ley, los migrantes deberán cumplir con las obligaciones enunciadas en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales adheridos y las leyes vigentes.

La nueva Ley de Migración brasileña n° 13.445, sancionada en mayo de 2017, sustituye al antiguo “Estatuto del Extranjero n° 6.815”, de 1980. Esta Ley dispone sobre los derechos y los deberes del migrante y del visitante, regula su entrada y estancia en el país y establece principios y directrices para las políticas públicas para el emigrante, entre ellos figura la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos (artículo 3°). Esta Ley no perjudica derechos y obligaciones establecidos por tratados vigentes en Brasil y que sean más beneficiosos al migrante y al visitante, en particular los tratados firmados en el ámbito del MERCOSUR.

Uruguay promulgó el 6 de enero de 2008 la Ley de Migraciones n° 18.250. Los principios generales de la ley reconocen los derechos básicos y el derecho de migrar independiente de condición de regularidad y afirma en su artículo 1°:

El Estado uruguayo reconoce como derecho inalienable de las personas migrantes y sus familiares sin perjuicio de su situación migratoria, el derecho a la migración, el derecho a la reunificación familiar, al debido proceso y acceso a la justicia, así como a la igualdad de derechos con los nacionales, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.

En el Paraguay, la normativa vigente en materia migratoria es la Ley General de

El derecho humano a migrar:
Como garantizar este derecho sobre la base del principio de universalidad

Migraciones N° 978/96, que regula la migración de extranjeros y la emigración y repatriación de nacionales, a los efectos de promover la corriente poblacional y la fuerza de trabajo que el país requiere, estableciendo la organización encargada de ejecutar la política migratoria nacional y aplicar las disposiciones de esta ley. La migración también está regulada por la Constitución de la República del Paraguay (1992).

La Dirección General de Migraciones (DGM), dependiente del Ministerio del Interior, es la institución encargada de registrar y controlar el movimiento migratorio producido en las zonas fronterizas del país y verificar la existencia de residentes irregulares en el territorio. Igualmente, se encarga de otorgar la residencia paraguaya a los ciudadanos extranjeros que llegan con ánimo de radicación. Además, es responsable de la elaboración y actualización de la Política Migratoria Nacional.

Tabla 1: Áreas de gestión migratoria

Argentina	Dirección Nacional de Migraciones - DNM Dirección: Av. Antártida Argentina 1355, Ciudad de Buenos Aires Sitio web: http://www.migraciones.gov.ar/
Brasil	Departamento de Migraciones – DEMIG/SNJ Dirección: Esplanada dos Ministérios, Bloco T – Anexo II – Sala T3, Brasília-DF Sitio web: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/migracoes
Paraguay	Dirección General de Migraciones - DGM Dirección: Caballero N° 201 esq. Eligio Ayala - Asunción Sitio web: http://www.migraciones.gov.py/
Uruguay	Dirección Nacional de Migración - DNM Dirección: Misiones 1513, Montevideo Sitio web: https://migracion.minterior.gub.uy

Fuente: Elaborada por el autor.

A partir del 2002 el MERCOSUR Ampliado fue consolidando posiciones comunes en torno a temas de la agenda regional e internacional sobre migraciones y libre circulación, orientadas al reconocimiento de derechos y plasmadas tanto en definiciones políticas como en desarrollos normativos concretos. La incorporación de un nuevo paradigma en las políticas de la región, desplazando a la doctrina de la seguridad nacional por una perspectiva de derechos humanos, impactó particularmente en el tratamiento de las migraciones.

Efectivamente, mediante diversos acuerdos bilaterales, regionales y subregionales, el MERCOSUR ha reconocido los derechos humanos de los migrantes con independencia de su condición migratoria, dando impulso a una política de libre circulación de personas en la región y a la profundización de la dimensión social del proceso de integración a través del desarrollo de un plan progresivo de construcción ciudadana.

En materia normativa, más allá de los avances en la incorporación de un enfoque social y de derechos humanos, aún es necesario profundizar la adecuación normativa de las legislaciones locales desde la perspectiva de derechos y de la libre circulación de trabajadores, así como reducir las brechas entre las normativas de los Estados y sus prácticas migratorias.

Según Boaventura de Sousa Santos (2010) los derechos humanos, lejos de tener una verdadera matriz universal, forman parte del conjunto de localismos “claramente occidentales y liberales” globalizados por todo el mundo. Santos considera que determinadas producciones y valores occidentales disfrazan sus pretensiones universalistas tras la retórica biensonante de los derechos humanos esgrimida por los agentes de la globalización neoliberal.

El principio de igualdad y no discriminación

La no discriminación, junto con la igualdad son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación, atento que los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna.

En el Sistema de Naciones Unidas existen una serie de mecanismos de vigilancia, y en particular cada tratado de derechos humanos tiene un órgano cuyo propósito principal es supervisar el cumplimiento de las disposiciones de aquel por parte de los Estados que lo han ratificado. Uno de los mecanismos internacionales más importantes de defensa y promoción de los derechos económicos, sociales y culturales es el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC). Los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos son comités de expertos independientes que supervisan la aplicación de los principales tratados internacionales de derechos humanos. Estos órganos se crean de acuerdo con las disposiciones del tratado que supervisan. Se llama procedimientos especiales a los mecanismos establecidos por la Comisión de Derechos Humanos y asumidos por el Consejo de Derechos Humanos para afrontar situaciones concretas en los países o cuestiones temáticas a nivel global. Los procedimientos especiales pueden estar integrados por una persona - denominada “Relator Especial”, “Representante del Secretario General” o “Experto Independiente” - , o por un grupo de trabajo compuesto por cinco miembros.

La Asamblea General también dotó al Consejo con un nuevo mecanismo de evaluación de la situación de los derechos humanos en la totalidad de los Estados parte de la ONU: El Examen Periódico Universal. Este procedimiento que garantiza que todos los Estados serán evaluados cada 4 años acerca de su nivel de cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos – a diferencia del sistema anterior que era selectivo- tendrá como resultado un informe con recomendaciones.

El sistema regional interamericano de derechos humanos que coexiste e interactúa con el sistema y los mecanismos de las Naciones Unidas, es un sistema regional creado por los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en el que se establecen derechos y libertades en favor de los individuos, obligaciones de los Estados miembros, mecanismos de promoción y protección de los derechos humanos. El Sistema Interamericano está conformado básicamente por dos órganos relevantes: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Ambos tienen por cometido específico velar por el cumplimiento de instrumentos internacionales de derechos humanos, fundamentalmente, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Es necesario resaltar que la Corte IDH en varias de sus sentencias ha concluido que el principio de igualdad ante la ley, la igual protección ante la ley y la no discriminación, tienen el carácter *ius cogens* o derecho imperativo. Esta expresión identifica a normas de derecho imperativo que obligan frente a todos los Estados e implica aceptar cierta jerarquía entre las normas de derecho internacional¹⁰. Una norma de *ius cogens* implica un consenso de la humanidad sobre valores fundamentales de la comunidad internacional que se impondrían sobre el consentimiento o no de los Estados individualmente considerados. Por lo tanto, el elevar a la categoría de *ius cogen* el principio de igualdad y no discriminación significa darle tal importancia que no admite acuerdo en contrario por parte de los Estados ni necesita de su consentimiento.

El derecho a la igualdad y a la no discriminación, se constituyen en principios centrales del derecho internacional de los derechos humanos y se encuentran ampliamente reconocidos en los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos.

La concepción de ciudadanía desarrollada por Marshall puede ser considerada la más influyente en la modernidad, pues la “ciudadanía está constituida por un conjunto de derechos formales, promulgados por ley, garantizados e implementados por el Estado, estableciéndose de esa forma una relación entre el ciudadano y la unidad estatal en lo que concierne a derechos y obligaciones.

10 Es el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el que define el *Ius Cogens* como el conjunto de normas imperativas de derecho internacional general, establecidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Las normas de *ius cogens* no pueden ser derogadas, salvo por otra norma del mismo rango. Cualquier tratado internacional contrario a una norma de *ius cogens* es nulo.

Principales obstáculos para que este derecho no tenga un mayor reconocimiento a nivel internacional

El grupo de trabajo de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de las personas migrantes identificó diferentes obstáculos en la protección y garantía de sus derechos. A nivel institucional, consideró la ausencia o falta de aplicación de normas y estándares nacionales específicos a los migrantes; la dispersión y falta de ratificación de estándares de derecho internacional existentes; la debilidad de los mismos migrantes para organizarse y exigir el respeto y garantía de sus derechos; la impunidad y negación de mecanismos de justicia para las víctimas de violaciones de derechos humanos, y el entrenamiento inadecuado de funcionarios responsables del control migratorio.

En materia social, el grupo de trabajo subrayó la exclusión social, el racismo, la xenofobia, así como la existencia de prejuicios y estereotipos. Por último, se identificaron también obstáculos económicos vinculados con la discriminación en el mercado laboral; las condiciones relativas al trabajo sexual, doméstico, agrícola y al sector informal, y el impacto de la globalización. Por ello, el reconocimiento de la condición de vulnerabilidad de las personas migrantes es el primer paso para la protección de sus derechos.

También son necesarias medidas prácticas para superar los obstáculos lingüísticos y profesionales. El informe del *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada* (IPEA, 2015) señala que el 18% de los encuestados migrantes ya han informado haber sufrido violaciones de derechos humanos en Brasil. Para los migrantes que llegan a este país, las principales dificultades son el idioma (21,74%) y el trabajo (20,63%).

A pesar de ser necesarios, los migrantes son vistos como “los no deseados”. El rechazo de los migrantes es una constante en casi todos los procesos migratorios, pero es particularmente exacerbada en los movimientos que involucran a personas de etnia, idioma, religión y / o apariencia marcadamente diferente de los habitantes del lugar de destino. En Europa, y en partes de Estados Unidos, por ejemplo, se observa actualmente una fuerte ola de sentimiento anti migrante.

Los recién llegados son vistos por la población natural como competidores de empleo, como responsables por las inflaciones de los costos de los servicios sociales y de la infraestructura en los lugares de destino, y como una amenaza permanente a la estabilidad social y política de la región de destino.

En el contexto global, las migraciones acaban siendo deseadas en las condiciones que atiendan al mercado de trabajo y no a los derechos de los migrantes.

Los obstáculos que se dan en la realidad están más directamente relacionados con el terreno de las decisiones políticas (intrínsecamente vinculadas a la normativa misma), particularmente con la decisión política de incorporar esta garantía de derechos a la

normativa, creando márgenes institucionales que sólo dependen de la buena voluntad de los líderes.

Tienen que ver con la divergencia de intereses entre países de destino, tránsito y origen de los flujos migratorios.

Estos obstáculos también hacen que sea difícil la inclusión y la adaptación de los migrantes a su nuevo entorno.

Consideraciones finales

En años recientes se ha registrado un aumento de venezolanos que llegan a países latinoamericanos, en especial a Suramérica, que concentra el 72% del total de venezolanos en el exterior en la actualidad. Los gobiernos de la región se encuentran aplicando mecanismos, tanto ordinarios como extraordinarios, de regularización de la población venezolana que se instala en sus territorios. Esto representa un paso adelante para una efectiva integración socioeconómica de las personas migrantes venezolanas. Desde 2015 se han otorgado más de 1.300.000 permisos temporarios y permanentes en los principales países de destino de América del Sur¹¹.

La nacionalidad y la ciudadanía son temas sensibles, ya que son la manifestación soberanía e identidad de un Estado.

Una política migratoria restrictiva genera clandestinidades en cascada. Cuanto más el Estado dificulta la entrada regular de migrantes, más él favorece las redes de trata de personas y da lugar a la corrupción. Los muros, físicos o jurídicos, es que hacen los “coyotes” - modo por el cual son llamados los “pasadores” de seres humanos, que organizan el cruce ilegal de las fronteras.

La dimensión social de la globalización abarca no solo el acceso a un empleo decente, a la cobertura de salud oportuna y adecuada, a la educación y formación profesional, sino que incluye el conjunto de las aspiraciones de las personas a una vida digna y plena, en un entorno apropiado de prosperidad material, donde no existan dudas respecto al respeto de los derechos de las personas. Para una importante proporción de hombres y mujeres, la globalización los ha impulsado a abandonar sus lugares de origen en aras de una mejor perspectiva de vida, pero al mismo tiempo los ha condenado a vivir en el limbo de la economía informal, sin derechos reconocidos y con limitadas expectativas de un futuro mejor para sus hijos.

En un sentido totalmente diferente de esta tendencia mundial de no reconocimiento del derecho humano a migrar, Brasil aprobó la Ley n° 13.445/2017, denominada Ley de Migración, un verdadero cambio de paradigma en el escenario legal y sociopolítico del país, que podría ser replicado en otras naciones.

Más allá de avances legislativos, de derechos plenos y de la eliminación de

11 Tendencias Migratorias en las Américas, OIM (2019).

restricciones migratorias, hay precedentes en todas las sociedades de la región de xenofobia, que deben ser abordados por los organismos competentes.

Todos los seres humanos poseen derechos humanos y libertades fundamentales inalienables que son universalmente reconocidos en instrumentos internacionales. Los derechos humanos están garantizados para todas las personas, por lo tanto, también están garantizados para los migrantes.

Cada uno de los países que se comprometieron con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966), teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, deben determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos a personas que no sean nacionales suyos.

Para una política de control de migración efectiva, entiendo que no basta, aquella que se dedica a perseguir a las personas que entraron de forma irregular, o a un amplio control de tipo policial en las fronteras, el Estado debe llevar adelante políticas activas de concientización en los puestos fronterizos, no por organismos de policía o de control, si no por personas capacitadas para el asesoramiento a los migrantes con perspectiva de Derechos Humanos, donde junto con la ayuda de intérpretes y ONGs se destaquen los beneficios de la entrada regular al país, se pueda brindar información útil para los trabajadores migrantes y se puedan detectar a tiempo los grupos vulnerables.

Especial atención requieren las zonas de tránsito internacional (Puertos y Aeropuertos), donde siempre debería haber personal disponible y capacitado para la atención de los migrantes en situaciones vulnerables y no solo personal de seguridad.

En síntesis, toda persona migrante tiene derecho, en plena igualdad, a lo siguiente¹²:

- derecho a una audiencia sin demora con las debidas garantías ante un tribunal competente, independiente e imparcial;
- notificación previa en detalle de los cargos y/o infracciones que se le imputan;
- derecho a no ser obligado a declararse culpable;
- derecho a un traductor y/o intérprete gratuito;
- derecho a la representación letrada y asistencia gratuita en caso de necesitarlo;
- derecho a reunirse libremente y en forma privada con su abogado;
- derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior; y el derecho a un recurso efectivo;
- derecho a la asistencia consular, el cual comprende: (i) el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la Convención de Viena; (ii) derecho de acceso efectivo a la comunicación con un funcionario consular y (iii) derecho a la asistencia misma.

12 IPPDH. Derechos Humanos de Personas Migrantes.

La opción por una política migratoria acogedora, que impone obligaciones y reconoce derechos, permite que el migrante contribuya al desarrollo económico y cultural del país que lo recibe. Es, en síntesis, un duro golpe contra la pobreza y la corrupción, y un adiós a los “coyotes”.

Sobre la universalidad de los Derechos Humanos, al respecto Javier de Luca (2002) tiene dicho: *“no es un problema de derechos, pues, sino en todo caso de instrumentos adecuados para el desarrollo de los mismos. Pero lo cierto es que no es así, y que ni la gestión de flujos (reducida a policía de fronteras), ni en la gestión de la presencia de los inmigrantes en los países de recepción (en la que impera la consideración de las necesidades de mercado y la lógica del orden público, como elementos reales de la proclamada integración, junto a un cada vez mayor prejuicio asimiliacionista), ni en la relación con los países de origen (...) priman los Derechos humanos.*

Referências

BRAGA MARTES, Ana Cristina; SPRANDEL Marcia Anita (ORG.) *Mercosul e as Migrações: Os movimentos nas fronteiras e a construção de políticas públicas regionais de integração*. Conselho Nacional de Imigração (CNIg). Brasília, 2008.

BRASIL. Migrantes, apátridas e refugiados: subsídios para o aperfeiçoamento de acesso a serviços, direitos e políticas públicas no Brasil / Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. -- Brasília : Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL): IPEA, 2015.

CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe) (2006). Migración, Desarrollo y Derechos Humanos. Santiago: CEPAL.

CERIANI CERNADAS, P., FAVA, R. Y MORALES, D. (2009) Políticas migratorias, el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación. Una aproximación desde la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En Ceriani Cernadas, P. y Fava, R. (eds.), *Políticas Migratorias y Derechos Humanos*. Lanús: EDUNLa Cooperativa, pp. 117-171.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte IDH) (2003) Opinión Consultiva OC-18/03, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, del 17 de septiembre de 2003, párrafos 69 a 127.

Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948. Disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=spn>

DE LUCAS, Javier. La ciudadanía basada en la residencia y el ejercicio de los derechos políticos de los inmigrantes. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, N° 13, 2006. Dirección URL: <<http://www.uv.es/CEFD/13/delucas.pdf>>.

_____. Por qué no son prioritarios los derechos humanos en las políticas de inmigración. En: *VII Jornadas Migraciones y Solidaridad*, Murcia, 3-7 de julio, 2002.

IPPDH, OIM. *Derechos humanos de personas migrantes – Manual Regional*. Argentina, 2017.

MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor; 1967.

MONFREDO, Cintiene Sandes. Política Migratória dos países do Mercosul e a conformidade com a política migratória regional. Disponível em: <https://www.abri.org.br/anais/3_Encontro_Nacional_ABRI/Integracao_Regional/>. Acesso em: 18 mai 2019.

NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Naciones Unidas. Naciones Unidas. Serie de Tratados, vol. 993, p. 3. Del 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 03 de enero de 1976.

OLEA RODRÍGUEZ, H. (2007) *Derechos Humanos y Migraciones: un nuevo lente para un viejo fenómeno*. Anuario de Derechos Humanos, 3: 197-210.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Ediciones Trilce, 2010.

Recebido: 21/05/2019

Aprovado: 10/07/2019