

INT-1334

SÓLO PARA PARTICIPANTES

DOCUMENTO DE REFERENCIA
DDR/12
19 de noviembre de 2002

SÓLO ESPAÑOL

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)
Organización Internacional para las Migraciones (OIM)

Conferencia hemisférica sobre migración internacional:
derechos humanos y trata de personas en las Américas

Santiago de Chile, 20 al 22 de noviembre de 2002

Tema: Derechos humanos de los migrantes

Bloque: Derechos humanos y movilidad de las personas

MIGRACIÓN Y DERECHOS HUMANOS

Este documento fue preparado por Richard Perruchoud, Jefe de Gabinete/Asesor Legal de la OIM. Las opiniones expresadas en este documento, que no ha sido sometido a revisión editorial, son de la exclusiva responsabilidad del autor y pueden no coincidir con las de las Organizaciones.

02-11-909

INTRODUCCIÓN

Hoy en día, alrededor de 185 millones de personas residen fuera del país en que nacieron o del que son nacionales. Todos son migrantes internacionales de uno u otro tipo –ya sea porque residen en el extranjero voluntariamente o forzados por circunstancias que están fuera de su control; porque buscan una vida mejor o simplemente una vida diferente; o porque fueron admitidos legalmente para residir en ese país o porque están viviendo una existencia clandestina al margen de la sociedad. Y todos –sea cual fuera su origen nacional, su credo, color o incluso su situación jurídica– comparten con los nacionales de la comunidad de acogida tanto una humanidad común como el derecho a aspirar a un trato decente y humano. Al mismo tiempo, también tienen algo en común que los diferencia de los nacionales del país de acogida: poseen otra nacionalidad.

Cualquier debate sobre migración y derechos humanos implica encontrar un equilibrio apropiado entre la soberanía del Estado y los deberes que tienen los Estados para con los migrantes, en el marco de las normas internacionales de derechos humanos. Como todos saben, una premisa fundamental de la soberanía nacional, es que el Estado tiene el poder de determinar qué personas que no son nacionales admite en su territorio, de expulsar a los extranjeros en algunas circunstancias, de controlar sus fronteras y de adoptar las medidas necesarias para proteger su seguridad. Ello no obstante, este poder para encauzar la migración tiene que ejercerse en el pleno respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales, conferidos en el marco de toda una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos y de normas consuetudinarias de derecho internacional.

Tradicionalmente, el estrecho vínculo entre soberanía y nacionalidad ha dado lugar a tratos diferenciados entre nacionales y extranjeros o migrantes, tanto en derecho internacional como en la práctica. En las políticas migratorias, al igual que en otros aspectos de política estatal, la premisa ha sido, desde siempre, la promoción de los intereses superiores de los nacionales del propio Estado que, en algunas instancias, ha conducido a un trato discriminatorio de los migrantes. Sin embargo desde una perspectiva positiva, en los últimos años ha surgido un creciente reconocimiento internacional del nexo entre la migración y los derechos humanos a través del nombramiento de una Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de los Migrantes y de la promulgación de varios tratados y declaraciones de derechos humanos que abarcan las cuestiones migratorias. Hoy más que nunca, la comunidad internacional es consciente que debe adoptar una perspectiva holística de cara a la migración –es decir, que vaya más allá de un análisis puramente económico e incorpore los aspectos sociales y culturales de este fenómeno global– para así encarar, efectiva y humanamente, los problemas relacionados con las corrientes migratorias actuales y alentar al máximo las contribuciones positivas de la migración. Eso puede denominarse gestión de la migración en un marco de respeto de los derechos humanos.

La migración y los derechos humanos son un tema de considerable envergadura. En razón de las restricciones que impone el tiempo, propongo que abordemos dos de los principales temas: primero, los derechos de los migrantes de cara a los Estados, concediendo particular atención a los migrantes en situación irregular; y segundo, el poder de los Estados de encauzar la migración en su territorio y la manera en que esta prerrogativa sufre la influencia de los derechos humanos.

DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES

Los instrumentos universales de derechos humanos prevén que todo Estado debe respetar y asegurar los derechos humanos de “toda persona en su territorio y sujeta a su jurisdicción 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”. Por consiguiente, *prima facie*, se

garantizan los derechos contenidos en esos instrumentos a todas las personas presentes en un Estado: se trata de derechos que incumben a todos los migrantes, sea cual fuera su condición jurídica o la duración de su estadía.

No obstante, hay una serie de limitaciones en el goce de los derechos de los migrantes en el marco de los derechos humanos. En primer lugar, si bien los derechos humanos son inalienables, no son absolutos. Por ejemplo, una limitación típica respecto de un derecho protegido es que no podrá imponerse restricción alguna al ejercicio de este derecho que no esté prescrita por ley y que sea necesaria en una sociedad democrática en aras de la seguridad nacional o pública, del orden público, de la protección de la salud pública o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás. Los Estados tienen un margen de apreciación, o de discreción, a la hora de determinar si hay restricciones aplicables y cuáles son, pero la aplicación normal sigue siendo de orden internacional e implica los elementos de necesidad y proporcionalidad. Ahora bien, algunos derechos no pueden ser objeto de una derogación, incluso en circunstancias excepcionales; benefician a todos, nacionales, extranjeros, migrantes y refugiados; estén legal o ilegalmente en un Estado; y sea cual fuera la situación de emergencia. En segundo lugar, varios instrumentos internacionales de derechos humanos establecen una distinción, en ciertas circunstancias, entre los derechos conferidos a migrantes que están legalmente en el territorio del Estado y aquellos que están en situación irregular. Los derechos que se aplican a los extranjeros “legalmente instalados en el territorio del Estado” generalmente comprenden la libertad de movimientos, el derecho a elegir su lugar de residencia y el derecho a ciertas protecciones procesales en los procedimientos de expulsión.

Por consiguiente, en el marco de los derechos humanos se establece una “jerarquía” de beneficiarios: ciudadanos que gozan de plenos derechos, seguidos de migrantes instalados legalmente en el territorio del Estado y, finalmente, migrantes en situación irregular. Obviamente, este último grupo es el más expuesto a abusos y a discriminación, ya que al no gozar de una situación jurídica o de un reconocimiento jurídico son, particularmente, susceptibles a la explotación y a que se les denieguen sus derechos humanos fundamentales. Un importante paso para extender los derechos humanos fundamentales tanto a los trabajadores migrantes regulares como irregulares, es la Convención de las Naciones Unidas de 1990 sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Actualmente, solo hace falta una ratificación para que la Convención alcance las 20 ratificaciones necesarias para su entrada en vigor; de más está decirles que la OIM promueve su pronta ratificación. Sin embargo, cabe destacar que el impacto de la Convención, una vez que entre en vigor, dependerá de los diversos signatarios y de su condición de países de origen o destino, además de su puesta en práctica efectiva.

No se puede hablar de migración y de abusos de los derechos humanos sin tener en cuenta la trata de personas, que generalmente implica serias violaciones de los derechos humanos básicos y de la dignidad de las víctimas. Se estima que anualmente, por lo menos 700.000 personas son objeto de trata a través de fronteras internacionales.

Lamentablemente, todavía no se ha podido encarar adecuadamente la cuestión de la trata de personas. Para ello es preciso que los Estados adopten una serie de medidas que aseguren el respeto de los derechos de las víctimas. Se ha propuesto tipificar como delito la trata y actividades conexas en el marco de las leyes nacionales; conferir protección a las víctimas de la trata que optan por colaborar en los procedimientos en contra de sus supuestos traficantes; y en aras de la protección social, otorgar permisos de residencia a las víctimas en el país de destino, cuando quiera que sea necesario. La trata de personas es un delito transnacional con repercusiones transnacionales. Por ello, es fundamental alentar la cooperación entre gobiernos y también homogeneizar las legislaciones pertinentes para facilitar empeños efectivos de enjuiciamiento y protección. A nivel internacional, la OIM aboga porque los Estados ratifiquen la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y el Protocolo sobre la Trata de Personas.

A pesar de todos los tratados, convenciones y declaraciones, los migrantes siguen enfrentándose a una serie de dificultades que distan de desaparecer. Las principales son: el racismo, la xenofobia y otras formas de intolerancia; la trata, particularmente de mujeres y menores; los salarios inferiores a los mínimos establecidos; trabajo y condiciones de vida peligrosos o por debajo de las normas; la falta de acceso a servicios sociales básicos, etc. Existe una creciente brecha entre, por un lado, la maquinaria de instrumentos impresionantes y perfeccionados que definen y protegen los derechos humanos de los migrantes, y por otro, los migrantes que a menudo son considerados diferentes, son objeto de explotación y son tratados como chivos expiatorios de los males internos que adolecen nuestras sociedades.

Antes de abordar en esta ponencia la cuestión de la soberanía, cabe formular tres observaciones. Primero, la brecha entre el derecho vigente y la práctica tiene que colmarse a través de una puesta en práctica efectiva. No hay necesidad de instrumento nuevo alguno, sino más bien de la determinación conjunta de los Estados, individual y colectivamente, de cumplir con sus compromisos internacionales. Segundo, todos los migrantes deben recordar, que al tiempo que gozan de los derechos humanos fundamentales, también tienen el deber de respetar las leyes de los países de acogida: la mezcla de derechos y obligaciones es la esencia de la responsabilidad individual. Tercero, los migrantes potenciales deben tener la opción de emigrar o no. En otras palabras, los Estados tienen el deber de asegurar condiciones de vida decentes para sus nacionales –y no solamente los derechos civiles y políticos, sino también los derechos sociales, económicos y culturales– de manera que sus nacionales puedan alcanzar sus aspiraciones en su propio país, si así lo desean.

SOBERANÍA DEL ESTADO

Como ya señalara, todos coinciden en que los Estados tienen la autoridad de reglamentar la circulación de las personas a través de sus fronteras. Este poder emana del concepto de un sistema internacional de Estados, donde los Estados poseen la autoridad primordial sobre su territorio y población. Concretamente, los Estados tienen amplios poderes discrecionales sobre la admisión, permanencia, expulsión y naturalización de extranjeros. Con relación a la admisión, si bien el migrante tiene derecho a abandonar su propio país, no hay obligación internacional alguna para un país tercero de autorizar el ingreso en su territorio. Inherente a la noción de soberanía está en el poder del Estado de aceptar o rechazar el ingreso de un migrante. Por consiguiente, el Estado tiene derecho a determinar el número de inmigrantes que pueden ingresar, los previos requisitos para el ingreso y las condiciones en virtud de las cuales se concede la autorización.

Como corolario al derecho de admisión, el Estado también tiene el derecho a expulsar a un migrante de su territorio, incluso en contra de su voluntad. Ello se aplica tanto a los presentes legalmente como a aquellos en situación irregular. Este no es un derecho absoluto, y ha sido atenuado por una serie de normas internacionales. Entre los ejemplos de estas restricciones podemos señalar:

- a) El principio de “*non-refoulement*”, contenido en el párrafo 1 del Artículo 33 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, que ahora se ha convertido en una regla del derecho internacional consuetudinario. También se encuentra un principio análogo en la Convención contra la Tortura;
- b) El “interés superior del niño”, contenido en la Convención sobre los Derechos del Niño, puede estar por encima del derecho de un Estado a expulsar a un extranjero de su territorio. Igualmente, en algunas circunstancias, el derecho de una familia de permanecer reunida cuando se equipara a los intereses del Estado de proceder a una expulsión, puede estar por encima del derecho del Estado de expulsar a un extranjero de su territorio.

A parte de las restricciones sustanciales al derecho de un Estado a expulsar a un migrante, existen limitaciones procesales en el marco del derecho internacional. Un migrante que está legalmente en el territorio tiene, entre otros, derecho a que se examine su caso antes de su expulsión. No obstante, hay dos cuestiones que cabe mencionar: primero, ésta disposición sólo se aplica a los extranjeros que residen *legalmente* en el territorio de un Estado; y segundo, estas obligaciones están sujetas a una derogación cuando así lo exigen “razones imperativas de seguridad nacional”. Sin embargo, en muchos casos, las expulsiones siguen ocurriendo sin que se tengan en cuenta las limitaciones en materia de expulsión del poder Estatal, impuestas por el derecho internacional. Igualmente, la práctica consecutiva a los acontecimientos del 11 de septiembre, deja entrever que no hay gran reticencia a la hora de utilizar el poder para eludir las obligaciones de derechos humanos en nombre de la seguridad nacional.

Una característica central de la soberanía es el poder que tiene un Estado de defender su propia seguridad. En reconocimiento de la importancia que reviste este principio, las normas internacionales de derechos humanos permiten que se eludan algunos derechos humanos por consideraciones de seguridad nacional en una serie de situaciones. Es más, en épocas de emergencia nacional, se permite la derogación de toda una serie de derechos. Como se señalara en el contexto de las expulsiones, los recientes acontecimientos han demostrado que los Estados no dudan en recurrir ampliamente a su poder para derogar las obligaciones de derechos humanos en nombre de la seguridad nacional.

La seguridad nacional siempre ha sido motivo de preocupación para los Estados y siempre ha existido la tensión entre permitir nuevas llegadas y salvaguardar los intereses de su población. Sin embargo, desde el 11 de septiembre, la seguridad nacional ha pasado a ser una cuestión central, acrecentada por la preocupación del reto que pueden constituir los extranjeros para la seguridad de un país y de sus nacionales; el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en virtud de su resolución número 1373, exhortó a los Estados a que impidan la circulación de terroristas o de grupos terroristas mediante controles eficaces en frontera y controles en la emisión de documentos de identidad y de viaje. Repentinamente, los migrantes son objeto de mayor sospecha que antes, ya se trate de solicitantes de asilo, refugiados o personas con motivaciones económicas, están siendo considerados, injustamente, como enemigos potenciales. Esa nueva tendencia, consecutiva al 11 de septiembre, y la amenaza del terrorismo han servido de excusa para justificar acciones en contra de los migrantes que tienen el potencial de discriminarlos o de limitar el goce de sus derechos. Los procedimientos migratorios se están convirtiendo en instrumentos de lucha contra el terrorismo, porque con frecuencia el terrorismo internacional es considerado como una cuestión de migración; ello es cierto solo en parte, y la lucha contra el terrorismo sigue siendo principalmente una cuestión de aplicación de la ley. Tras lo acontecido el 11 de septiembre de 2001, hemos visto como varios países han adoptado medidas para reforzar sus sistemas de inmigración, por ejemplo, mejorando los sistemas de identificación (biometría, huellas digitales), acrecentando el intercambio de datos y los controles fronterizos; reforzando el control de ingresos a su territorio, a saber antes de dar el visto bueno a un pasajero, colocando a más funcionarios de enlace de migración, y a más funcionarios de enlace de las líneas aéreas, etc. Las voces conservadoras y los sentimientos en contra de los inmigrantes han alentado la adopción de políticas de inmigración estrictas, incluso si ahora a veces se admite que el control de la inmigración sólo puede ser una medida equivalente a “una aguja en un pajar” en la lucha contra el terrorismo.

En una ponencia sobre derechos humanos de migrantes y su relación con la soberanía no se puede dejar de lado la globalización. Exponiéndose al riesgo de ser tachado de simplista y provocador, uno puede decir que la globalización no es inevitable ni irresistible. Excluye a muchos países pobres y a veces no es más que una serie de técnicas a disposición de Estados y otros interlocutores que se atienen principalmente a sus propios intereses e ideología, y que no están necesariamente motivados por concepciones humanitarias o generosas de interés global. Adicionalmente, la globalización de las políticas internacionales dista de ser completa: prácticamente