

Reflexiones sobre el fenómeno migratorio y los derechos humanos

Ma. del Carmen AINAGA VARGAS

SUMARIO: Introducción. 1. Los Derechos Humanos y el Derecho Internacional. 2. La Migración como fenómeno social y jurídico. 3. La disyuntiva de las políticas migratorias. 4. Replanteamiento de los derechos humanos de las poblaciones migrantes. Conclusiones.

Introducción

Las migraciones han estado presentes en toda la historia de la humanidad como consecuencia de diferentes causas: catástrofes naturales, conflictos interétnicos, violencias diversas, guerras civiles, invasiones, guerras entre Estados y naciones, hambrunas, conflictos religiosos, persecuciones políticas, guerras mundiales y crisis económicas.

Sin embargo, el proceso de globalización, dadas sus profundas asimetrías entre las economías de los países, ha propiciado un incremento de la migración internacional, principalmente de las naciones en desarrollo hacia las desarrolladas. Así, los actuales flujos migratorios, presentan múltiples y complejas relaciones condicionadas por el contexto del acelerado proceso de globalización de la economía que experimenta el mundo actual.

La magnitud de la migración internacional ha sido calculada por la Organización Internacional de Migraciones (OIM) en 150 millones de personas en el año 2000. La cifra rebasa con creces la suma de la población de muchos de los países en el orbe. Estos flujos migratorios se inscriben también dentro del contexto de los grandes avances científicos y tecnológicos, particularmente en las telecomunicaciones y la informática que, de manera importante y sin

TEMAS DE MIGRACIÓN Y DERECHO

precedentes para la humanidad, ha inducido la globalización de los mercados y las economías.

Actualmente, el fenómeno migratorio se encuentra presente en prácticamente todos los países o en todas las regiones, constituyendo un reto de gran prioridad en la agenda social y económica de los países expulsores, así como de los de tránsito y especialmente de los receptores, involucrando en esta problemática a gobiernos, organismos internacionales, organizaciones civiles y de migrantes.

Una característica de la actual tendencia migratoria es el desplazamiento de grandes contingentes de población de países pobres o en desarrollo hacia los más desarrollados; lo cual refleja también las condiciones y relaciones del proceso de globalización económica que liberó el mercado, el capital, la política, pero no la fuerza de trabajo disponible para el capital y tampoco permite el libre desplazamiento de la gente en sus lugares de origen.

Los gobiernos de los países desarrollados han elaborado y aplicado un sinnúmero de leyes antimigratorias y restrictivas de diversa naturaleza, sobre todo contra la fuerza de trabajo de calificación baja; pues en ciertos casos son flexibles con algunos trabajadores migrantes calificados o con experiencia en tecnología avanzada.

Una de las expresiones de las políticas antimigratorias es la identificación de los migrantes como elementos ilegales, perturbadores y subversivos del orden estructural de las naciones desarrolladas. Se les niegan derechos elementales como seres humanos y derechos básicos como trabajadores; se les persigue, encarcela, deporta y en no pocos casos se les desaparece o son eliminados físicamente.

Pero la percepción negativa de la migración no sólo es de los gobiernos de las naciones receptoras; en muchos casos lo es también de parte de su sociedad, la cual mantiene en su imaginario colectivo la intromisión y alteración por parte de los inmigrantes de su homogeneidad étnica y cultural. Por supuesto que no es una actitud pública y uniforme de toda la sociedad, pero sí de amplios sectores que han desarrollado actitudes intolerantes, racistas, xenofóbicas, que consideran a los inmigrantes elementos de competencia desleal, con otras costumbres, otras religiones, otras etnias, otras culturas y otras nacionalidades.

Los trabajadores migrantes viven en un mundo de penuria, no sólo por el hecho de tener que abandonar su tierra, su país, sus familiares, los referentes simbólicos de su identidad nacional, social y cultural, por el cambio drástico y profundo hacia otra sociedad y país que generalmente es diametralmente diferente; sino también por la discriminación colectiva y/o individual, la

hostilidad y la explotación. En este sentido, la migración internacional se encuentra estrechamente vinculada con la desigualdad social, pobreza, marginación, exclusión de millones de personas en el mundo y la violación a los Derechos Humanos.

Esta complejidad de la migración internacional enmarcada en la globalización económica requiere de su estudio, por lo menos, en tres dimensiones para que se brinde atención a la problemática y humanización de las políticas que enfrentan los migrantes: La violación a los derechos humanos y los derechos de los trabajadores; las contradicciones en el ámbito del concierto internacional que cuenta con instrumentos cada vez más complicados y concertados sobre la protección de los derechos humanos y los derechos de los migrantes, y por otro lado las políticas antimigratorias que violan las garantías de estas personas, el impacto social y el problema humano manifestado en los diversos grados de desestructuración social y cultural.

1. Los Derechos Humanos y el Derecho Internacional

Los derechos humanos son hoy, una vía más para luchar contra los efectos de los esquemas de desigualdad social, evidentes en todos los planos de la vida cotidiana, debido a eso la vida contemporánea es escenario de un resurgimiento, extensión y desarrollo de luchas por la defensa de los derechos humanos de distintos grupos de población. Esta dinámica ha cubierto diversos aspectos, desde avances en las definiciones conceptuales hasta prácticas vigorosas de defensa efectiva de los mismos.

En el medio de esos extremos, otras acciones se han enfocado a la actualización de los marcos jurídicos, la creación de instituciones de vigilancia y defensoría y, sobre todo, a la generación de espacios y mecanismos de representación, tanto de expresión de las voces como de los intereses de los propios ciudadanos.

Por esa razón, los grupos sociales más afectados en el pleno ejercicio de sus derechos son aquellos cuya vulnerabilidad es mayor precisamente por sus posiciones más desventajosas en la escala social, o bien, porque sufren algún tipo de discriminación por razones de orden político, ideológico o étnico.

Las consideraciones de orden global en materia de derechos de las personas se concretaron en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, del 30 de diciembre de 1948. Dicho instrumento constituye el primer catálogo, a nivel internacional de los derechos del hombre. Es una conjunción armoniosa de

TEMAS DE MIGRACIÓN Y DERECHO

derechos civiles y políticos, así como de derechos económicos y sociales, con énfasis de la igualdad y libertad ante la discriminación".¹

En la Declaración se enunciaron en forma explícita y detallada los derechos que ya habían sido objeto de preocupación desde la misma Carta de las Naciones Unidas de 1945. Sin embargo, ese indudable avance en términos declarativos, pero no así en su cumplimiento en la práctica, fue también motivo de esfuerzos complementarios.

Posteriormente, la comunidad internacional logró plasmar algunos acuerdos también con pretensiones universales de los llamados derechos de la segunda generación, en los *Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores Migratorios y sus familias*. El difícil proceso de adopción no generalizada de este último instrumento es una prueba histórica de la dificultad de lograr entendimientos en aspectos esenciales de la vida en sociedad. Los obstáculos se relacionan con los diversos enfoques que existen sobre dichos aspectos, pero sobre todo con los intereses disímiles que privan sobre ellos por parte de los estados miembros del sistema de Naciones Unidas.

El trabajo de la Organización ha sido prolífico en la generación y adopción de convenciones que han profundizado en el reconocimiento y protección de derechos específicos o de grupos vulnerables de Población. Pero, como se ha dicho: "El número de instrumentos e instituciones es cuantioso, y en circunstancias normales debería conducir al optimismo. Sin embargo, existe una falla en todo este grandioso sistema, que consiste en los métodos para hacer cumplir las obligaciones derivadas de los tratados y convenciones."² Efectivamente, una deficiencia en todo este aparato instrumental radica en las limitaciones para su cumplimiento; en última instancia, el objetivo último de la vigencia de los derechos de las personas.

También, desde el punto de vista regional, se dio paso a la adopción de convenciones que buscaron precisar y adecuar el reconocimiento y protección de derechos a las especificidades de los procesos históricos propios de algunas zonas del mundo. Uno de los logros de estos acuerdos fue la creación bajo su amparo de cortes con jurisdicción regional, orientadas a la protección y

¹ SEPÚLVEDA, César, *Estudios sobre Derecho Internacional y Derechos Humanos*, Colección Manuales 02/7, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2002, p. 19.

² SEPÚLVEDA, César, op. cit. p. 22.

vigilancia de los derechos humanos de las personas en los países de sus respectivas regiones.

Nuevamente, su efectividad ha estado limitada por la necesaria aceptación expresa de la misma por parte de los estados, como ha sido concretamente el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Con ello se plantea el mismo límite respecto a la ausencia de mecanismos que garanticen el cumplimiento por parte de los estados de las obligaciones contraídas en la Convención y en otros instrumentos regionales.

Un sector de actores emergentes en este panorama limitado en la defensa de los derechos humanos de las personas es el de las organizaciones no gubernamentales. El espectro de instituciones de esta naturaleza es amplio y diverso. Por su papel específico, destacan los defensores (*advocats*) que, por su condición profesional, desempeñan actividades concretas en el campo de la defensoría especializada ante los tribunales y son capaces de impulsar procesos judiciales en las instancias correspondientes. No obstante, el panorama es más amplio y se extiende al campo de las organizaciones de ciudadanos, quienes sensibilizados ante la necesidad de velar por la vigencia de los derechos de sus semejantes, han iniciado acciones de observación, denuncia y defensa de víctimas de violaciones de sus derechos.

Presenciamos hoy el surgimiento de grupos sociales organizados que no sólo claman por la vigencia de los derechos humanos, sino que desarrollan actividades efectivas de promoción, protección y asistencia. A todo ello se ha sumado la exigencia por que esas acciones tengan también un carácter institucional y con respaldo jurídico, con la creación y reconocimiento de defensorías de los derechos de los ciudadanos, o, más en general, de la Población, en la figura de los *ombudsman*.

La respuesta en el panorama internacional ha sido diversa y encontramos desde instituciones con elevados grados de independencia hasta defensorías vinculadas a diversos organismos de los estados.

Es obvio que su menor relación con las instituciones de gobierno puede garantizar tanto acciones de vigilancia, como de denuncia y de protección más efectiva, así como a la vez un mayor grado de credibilidad.

2. La Migración como fenómeno social y jurídico.

Históricamente, la migración ha sido vista como el uso de una facultad de las personas, de las familias y eventualmente de grupos más amplios, reconocida en la mayoría de los marcos jurídicos, como el principio de libertad de tránsito. En

TEMAS DE MIGRACIÓN Y DERECHO

muchos sentidos, se reafirma no sólo como parte del ejercicio de un derecho, sino también como una acción las más de las veces voluntaria, y cuya decisión remite a la búsqueda de mejores oportunidades y condiciones de vida. Sin embargo, la consideración de los fenómenos migratorios en el contexto de políticas, marcos jurídicos y prácticas administrativas, ha marcado tradicionalmente una diferencia fundamental vista, precisamente, como el ejercicio de ese derecho, "que se funda en el derecho natural".³

En muchos casos, la tradicional tolerancia por parte de los estados frente a la emigración puede significar un tácito reconocimiento de que la salida de población de sus territorios puede constituir una válvula de escape ante eventuales conflictos sociales y económicos, dada la insuficiencia de respuestas a las demandas de sectores ciudadanos. De esa manera, puede aportar una solución a un excedente de fuerza de trabajo y ser incluso una vía para el desarrollo de destrezas y habilidades para el trabajo por parte de los emigrantes en otros contextos.

Por otra parte y en un horizonte más amplio, la emigración genera recursos adicionales que contribuyen a resolver necesidades no sólo en los planos familiares por medio de las remesas, sino también en el plano macroeconómico mediante la inyección de divisas, usualmente necesarias ante los desequilibrios de las balanzas de pagos.⁴

Sin embargo, poco se advierte sobre el beneficio que representa para los países empleadores de emigrantes la obtención de una mano de obra que se constituye en un recurso crucial para abatir costos de producción, paliar la inflación e incluso impulsar el crecimiento económico. Ello es aún más importante si se considera que esa fuerza de trabajo se obtiene con costos mínimos, si es que los tiene para el país empleador por la producción, formación y reproducción social de la fuerza de trabajo, pues dichos procesos se llevan a cabo esencialmente fuera de sus fronteras. Mientras tanto, la inmigración ha sido no sólo objeto de regulación y control, sino frecuentemente de restricción e incluso de persecución y estigmatización.

³ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús, *El derecho de toda persona a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país*, en *América Latina* en Boletín Mexicano de Derecho Comparado V, núms. 13-14, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México DF, 1999 pp. 125-142.

⁴ LÖNNROTH, Juhani, *The International Convention on the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families in the Context of International Migration Policies: An Analysis of Ten Years of Negotiation* in *International Migration Review* (96), vol xxv, num 4, winter, 2001, pp. 710-736.

En sentido contrario al reconocimiento del derecho a emigrar, como condición inherente al principio de libertad de tránsito, la internación de nacionales de otros países se enfrenta a la prevalencia del derecho del estado receptor por encima del derecho individual, "la emigración se considera un derecho humano; la inmigración no".⁵

La movilidad territorial de la población, en su sentido amplio, es un fenómeno que ha estado presente en todos los estadios de la historia de la humanidad. Sin embargo, sus expresiones, composición, magnitudes, direccionalidad, motivaciones y alcances han diferido en los diversos contextos en que se han desarrollado.

En tantos procesos sociales, las migraciones están inmersas en la dinámica y el comportamiento de los distintos actores en una coyuntura dada; ello determina que su apreciación y tratamiento están perneados por la óptica que cada uno de ellos posee respecto del fenómeno. Así, por ejemplo, se reconoce que la mayoría de los movimientos poblacionales del mundo contemporáneo obedecen a motivaciones vinculadas con las condiciones materiales de vida.

La agudización de las desigualdades sociales, por un lado, y la constitución de mercados laborales como consecuencia de la expansión capitalista, por el otro, son dos factores esenciales en la generación de los movimientos migratorios que caracterizan nuestra era. Sin embargo, no son los únicos y de ahí que se admita, aún que con un insuficiente conocimiento riguroso y detallado, la existencia de una gran diversidad y complejidad en la movilidad actual de la Población.⁶

Un hecho incuestionable es que las poblaciones migrantes constituyen grupos altamente vulnerables en cuanto a la vigencia de sus derechos fundamentales. Algunas razones para sustentar tal afirmación tienen que ver con sus características y perfiles más generales. Si bien es cierto que la desigualdad social es uno de los factores determinantes de la movilidad actual, también existen evidencias de que las poblaciones migrantes casi nunca son las más pobres.

Dos razones para ello son:

⁵ ALBA; Francisco, Dilemas globales de la migración internacional, Reunión-Diálogo, Centro Tepoztlán,, Morelos, México, 2002, p. 9.

⁶ Cfr. UNITED NATIONS SECRETARIAT, *Population distribution and migration: the emerging issues in - Population Distribution and Migration, Proceedings of the United Nations Expert Meeting on Population Distribution and Migration*, Santa Cruz, Bolivia, 2000.

TEMAS DE MIGRACIÓN Y DERECHO

1) que la Migración tiene un costo económico que es preciso sufragar individual o familiarmente y.

2) que los mercados laborales demandantes, a su vez, tienen algún grado de selectividad. No obstante, su inserción social y laboral ocurre casi siempre en circunstancias desventajosas para ellos.

Asimismo, otros flujos migratorios cuya magnitud e importancia no han sido ni son nada despreciables, incluyen poblaciones desplazadas en condiciones forzosas o involuntarias.

En términos de derechos, estos grupos sociales padecen la violación del "el primer derecho humano que debíamos tener en cuenta en este tema es el "derecho a no migrar",⁷ El carácter forzoso de las migraciones disminuye si no es que clausura las posibilidades de ejercer todos los derechos, tanto los de primera como de segunda generación, pero también los que más recientemente se han denominado de tercera generación y, por lo tanto, parte de un conjunto más novedoso, pero por lo mismo más insuficientemente logrado: "al desarrollo, a la paz, a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, a la libre determinación de los pueblos, a la comunicación o bien a la posibilidad de portar una cultura diferente a la formalmente aceptada".⁸

Por otra parte, tal tipo de desplazamientos forzosos o involuntarios son producto de situaciones de difícil predicción que, por lo regular, afectan mayoritariamente a poblaciones en las escalas inferiores de la estructura social. Por ello, se trata de grupos doblemente vulnerables, en tanto víctimas de circunstancias de difícil control, pero además desplazados a ámbitos que, por lo general, no poseen condiciones para su asentamiento adecuado. Incluso, es frecuente que las poblaciones nativas de esas regiones padezcan situaciones de aislamiento y marginación, lo cual implica una dificultad adicional para que la atención de los emigrantes se realice en condiciones dignas.

Todas las poblaciones emigrantes y no sólo las de migrantes internacionales, independientemente de la temporalidad de su estancia en el lugar de recepción, enfrentan procesos de adaptación e integración en las sociedades de acogida. En muchas circunstancias, esos procesos no ocurren en condiciones respeto y vigencia de sus derechos fundamentales. Por principio, se trata de ámbitos de pautas y costumbres diferentes a las de los lugares de origen, si no es que

⁷ MÁRMORA, Lelio, *Derechos humanos y políticas migratorias* en Revista de la OIM sobre Migraciones en América Latina, Vol. 8, núm. 2-3, CIMAL-OIM, Santiago de Chile, agosto-diciembre, 2000, p. 7.

⁸ *Ibíd.*

existen barreras más complejas como lo pueden ser el idioma y la pertenencia étnica.

3. La disyuntiva de las políticas migratoria.

Frente a la dinámica de movilidad de la población, los estados han desarrollado políticas orientadas principalmente a regular la internación y permanencia de extranjeros en sus respectivos territorios. Un análisis preliminar de las mismas resalta el predominio del principio de soberanía por encima de cualquier otra consideración en el diseño, pero sobre todo en la instrumentación y ejecución de dichas políticas.

Ha sido prácticamente un axioma de aceptación universal el hecho de que los estados, en el ejercicio de la soberanía, tienen competencia absoluta para definir los términos de la admisión y presencia de nacionales de otros países dentro del territorio de su jurisdicción.

Sin embargo, ese principio ha justificado una serie de medidas cuyo respeto a los derechos fundamentales es sumamente cuestionable. Así, por ejemplo, la Suprema Corte de los Estados Unidos concluyó, respecto de un caso de exclusión de extranjeros, con una sentencia francamente discriminatoria emitida a fines del siglo pasado: Es una máxima aceptada de derecho internacional que toda nación soberana tiene el poder, inherente a su soberanía y esencial para su auto preservación, para prohibir la entrada de extranjeros dentro de sus dominios o para admitirlos sólo en ciertos casos y bajo algunas condiciones que pueden ser prescriptibles.

El Estado-Nación se funda para proteger y salvaguardar los derechos de los connacionales frente a sí mismos, pero en los hechos también ha desarrollado una vigorosa oposición frente "al otro". Esta dimensión de alteridad ha planteado una contradicción que apunta a la esencia misma de constituyente de la ciudadanía: el ser humano. ¿Hasta dónde esa identidad o especificidad puede desconocer elementos y derechos fundamentales propios de la especie humana viviendo en sociedad?, ¿Es que la posibilidad de reconocer diferencias entre extranjeros y nacionales puede justificar la noción de derechos para unos y ausencias o discriminaciones para otros? Sin embargo, los tratos desiguales y las subordinaciones no sólo se manifiestan en el caso de las migraciones internacionales y las posiciones de los gobiernos y sociedades frente a los extranjeros.

Dichas situaciones ocurren en el interior mismo de sus países, cuando migrantes internos también padecen tratos discriminatorios, agresiones y dificultades para

TEMAS DE MIGRACIÓN Y DERECHO

su integración en las zonas de reasentamiento o de ocupación temporal. Tal vez el caso más elocuente sea el de grupos étnicos que, ante las dificultades que padecen en sus regiones ancestrales, se ven forzados a emigrar en busca de la sobrevivencia. La salida de sus lugares de origen los expone a circunstancias indignas, por las que nunca pasaron en los territorios que les han sido propios por generaciones.

Por otra parte, desde la fundación misma del Estado moderno, un elemento constitutivo de su definición incluyó la noción de jurisdicción en un territorio dado. Así, las fronteras de los estados han delimitado los alcances de su legalidad y de su actividad.

Una conceptualización formal y limitada de frontera puede restringirlas a los límites territoriales de los ámbitos de la soberanía en el ejercicio del poder por parte de los Estados;⁹ por extensión, son los confines de la vigencia de la identidad de los pueblos, Así como de su sentido de nacionalidad y del ejercicio de la ciudadanía.¹⁰

No obstante, la categorización de dichos elementos .de índole cultural es objeto de amplia polémica, tanto por su naturaleza subjetiva, como por el hecho de que su conformación es un proceso históricamente condicionado.

Por todo ello, las fronteras son punto de ruptura y discontinuidad entre realidades con entornos geográficos socialmente contruidos, marcos de relaciones sociales y procesos históricos diferentes, producto y síntesis de dinámicas y relaciones propias de los países que dividen, pero a veces también de las regiones más amplias en las que se inscriben.¹¹

Por todo ello, no resulta estéril hablar de la importancia de las fronteras en el contexto de las migraciones y de los derechos de las poblaciones migrantes. A las fronteras se las relaciona con las nociones mismas de nación, de nacionalidad de ciudadanía, pero también de extranjería, de ámbito dónde ocurren con mayor intensidad las migraciones y en donde las posiciones nativistas más recalcitrantes pueden demandar las máximas expresiones de la oposición nativo/extranjero.

⁹ FOUCHER, Michel, *L'invention des frontières*, Fondation pour les Études de Défense Nationale, Paris, 2001, p. 56.

¹⁰ BUSTAMANTE, Jorge A., *Frontera México-Estados Unidos: Reflexiones para un marco teórico* en *Frontera Norte* (1), Vol. 1, núm. 1, El Colegio de la Frontera Norte, Tijuana, B.C., enero-junio, 2003, p. 7.

¹¹ DURKHEIM, Émile, *The Concept of the State* in *Durkeim on Politics and the State* (edit with an introduction by Anthony Giddens), Stanford University, Stanford, California, 2003, pp. 32-72 y 239-240.

Es allí donde se exige una defensa vigorosa de los intereses de la nación y donde se puede ejercer frente a la supuesta amenaza implícita en el otro polo de la oposición: el extranjero, el inmigrante.¹²

Elementos de instituciones oficiales, miembros de la sociedad civil se involucran en acciones que riñen con los derechos esenciales de esas personas. La vulnerabilidad de estos últimos remite a su condición de extranjeros desconocedores de códigos y normas locales, también tienen que ver con las razones y motivaciones que, en muchos casos, los impulsan a la infracción de regulaciones migratorias como una vía para el logro de sus objetivos más apremiantes.

En ocasiones, recurren a los servicios que ofrecen traficantes de indocumentados y las redes de apoyo, instancias que no garantizan condiciones de seguridad, o peor aún, refuerzan el nivel de riesgo implícito en un tránsito bajo condiciones irregulares. Es por ello que las fronteras son los ámbitos en los que ocurre la mayor cantidad de agresiones y abusos, en la medida en que para la ideología más conservadora es necesario contener, detener, impedir, el paso de esos agentes de allende las fronteras que para ellos conllevan innumerables peligros y males ajenos a la realidad nacional.

En algunas coyunturas el tratamiento de la inmigración ya no se restringe a la defensa de la soberanía, la identidad y los intereses de la ciudadanía. El discurso y laxaciones van más allá y se refieren a nociones más complejas, no siempre claramente definidas, pero que precisamente por su ambigüedad o por la manipulación ideológica de que son objeto son aún más peligrosas, como es el caso de la noción de seguridad nacional.

En esos marcos, a la migración se le vincula frecuentemente con otros fenómenos, cuyas relaciones no están necesariamente probadas, como es el caso del tráfico de estupefacientes, del contrabando, del tráfico de armas, terrorismo y de otras actividades cuyo cuestionamiento puede ser moral y socialmente discutible.¹³

4. Replanteamiento de los derechos humanos de las poblaciones migrantes.

¹² BUSTAMANTE, Jorge, op. cit p. 13.

¹³ CASTILLO G., Manuel Ángel, Las fronteras de México y Guatemala en el contexto de la integración regional en Coloquio Internacional *Las Fronteras del Istmo. Frentes, fronteras y sociedades entre el Sur de México y América Central*, Mesa: Las poblaciones y sus migraciones, Centre Francais d' Etudes Méxicaines et Centraméricaines (CEMCA), Antigua Guatemala, 25-27 de septiembre, 2001, pp. 6 y 7.

TEMAS DE MIGRACIÓN Y DERECHO

La experiencia reciente en materia de protección y asistencia de todo tipo de poblaciones migrantes debería conducir a un replanteamiento de las acciones en dicho campo. Se reconocen avances en materia de generación de instrumentos de observancia general y aplicación a poblaciones migrantes, pero también en materia de protección y defensa específica de derechos de migrantes.

Como se ha dicho, la movilidad humana ha existido en todos los tiempos, ligada a diversos procesos históricos. En estos momentos, cuando se considera que los movimientos migratorios se han intensificado, las teorías de migración han tendido a concentrarse en las causas de las mudanzas a países nuevos, enfocándolas en condiciones estructurales tales como la recomposición del capital o la globalización de los mercados, las políticas nacionales, las diferencias salariales entre los países, los desastres naturales, la persecución política, los conflictos armados, la pobreza, etc.

Según el informe presentado por la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes en el 61 período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, los flujos migratorios "se generan como consecuencia de las desigualdades socioeconómicas y de derechos humanos, y son fomentados por la atracción que ejercen los países más desarrollados, como espacio de bienestar, oportunidades y libertades democráticas".¹⁴

Una de las prioridades que se presentan en este informe es la promoción de la ratificación de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, por entender que se trata del marco jurídico apropiado para la adopción de políticas de gestión de los flujos migratorios que respeten los derechos humanos y libertades fundamentales de los migrantes.

Esta situación de movilidad se da junto a un crecimiento del control de las fronteras por parte de los países desarrollados. Estos se han fortificado y aplicado nuevas tecnologías para la caza del indocumentado. Un caso grave a tener en cuenta es la situación en la frontera de México-EEUU, donde incluso intervienen grupos paramilitares estadounidenses para evitar la entrada de personas del país vecino. Estas medidas se han incrementando luego del atentado del 11 de septiembre en Nueva York, y muchas veces la justificación antiterrorista ha servido a varios países para instrumentar políticas anti-inmigratorias que ya se venían aplicando por otros motivos. Estas políticas se aplican generalmente en forma selectiva: se autoriza la migración que responda

¹⁴ Naciones Unidas, E/CN.4/2005/85, 2004.

a ciertas demandas laborales, se expulsa a quienes no encuentran trabajo y se castiga a quienes están en situación ilegal.

Pero según varios estudios, el mayor control de fronteras no logra evitar el crecimiento de la movilidad global, pues éste es ya parte estructural de las economías y sociedades de la mayoría de los países, a la vez que pone sobre la mesa la discusión del derecho de todas las personas a desplazarse libremente.

La migración indocumentada puede ser interpretada como un reclamo del derecho a migrar, derecho ya contenido en otros derechos universales ya proclamados.¹⁵

La Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 13.1) y otros tratados consagran los derechos de toda persona a circular libremente y a elegir su residencia en un Estado. Derechos que deben entenderse en sus dos sentidos: la facultad para todo ser humano de circular, moverse con libertad y elegir residencia sin impedimento u obstáculo de parte del Estado o de terceros; y en el otro sentido, el derecho a permanecer de manera legal donde guste, sin ser obligado a abandonar su domicilio y residencia contra su voluntad.

La implementación de los tratados internacionales sobre derechos humanos es esencial para asegurar el respeto por los derechos humanos de los inmigrantes. El más importante de estos tratados sobre los derechos de los inmigrantes, La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares (CITM) de 1990 entró en vigor en julio de 2003. Sin embargo, solamente 27 países la han ratificado. Mientras tanto, 116 países han ratificado los seis tratados sobre derechos humanos. Este notorio avance en materia de regulación específica fue una aspiración ya cumplida en tanto que el empeño puesto por los países promotores enfrentó y ahora enfrenta una serie de dificultades propias de los instrumentos internacionales.

Los obstáculos son de diversa índole, pero el proceso seguido por este instrumento en particular es ilustrativo de los problemas con los que puede tropezar cualquier intento de negociación y adopción de acuerdos internacionales.

Un recuento detallado señala:¹⁶

- 1) la dinámica del tiempo transcurrido;

¹⁵ Cfr. *Perspectivas de la migración global*. Abril 2004, UNESCO.

¹⁶ LÖNNROTH, Juhani, op. cit, p. 713 y ss.

TEMAS DE MIGRACIÓN Y DERECHO

- 2) la realidad política y las circunstancias que rodean al proceso de negociación;
- 3) el método de trabajo;
- 4) la naturaleza de la organización;
- 5) la personalidad de los individuos participantes en los grupos de trabajo; y
- 6) los diversos intereses de los estados representados por las delegaciones.

Pero no son éstas las únicas dificultades con que tropieza el acuerdo; existen numerosas dudas sobre su efectividad, dado que el mismo proceso de negociación determinó que el texto final contenga varias ambigüedades y contradicciones; se dice posee virtudes y defectos, pues por una parte generó nuevos derechos y extendió otros, pero por la otra, plantea traslapes y limitaciones de derechos existentes.

Todos esos problemas tienen que ver con algunos de los factores arriba enumerados, pero sobre todo con la llamada realidad política y los intereses de los estados, los cuales se modifican en el tiempo, cristalizándose incluso en posiciones revisionistas de acuerdos ya logrados. Por todo ello, se reconoce que "la Convención sólo tendrá un efecto limitado en el mejoramiento de las condiciones sociales de los migrantes indocumentados... [que] la idea central de los derechos humanos universales que originalmente motivaron la adopción de la Convención está restringida por las aún vitales doctrinas y poderes de la soberanía nacional"¹⁷.

Existen además, otros documentos internacionales sobre el tema, como son: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, 1966), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CIEFDR, 1965), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CETFD, 1979), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CCT, 1984) y la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, 1989). En conjunto con la CITM, estas siete convenciones son conocidas como los principales tratados internacionales sobre derechos humanos. Todos ellos

¹⁷ BOSNIAK, Linda S., *Human rights, State sovereignty and the protection of undocumented migrants under the International Migrant Workers Convention* in Partir: Interpreting the Convention, *International Migration Review*, vol. xxv, núm. 4, Winter, 2001, p. 737.

contienen fuertes cláusulas no-discriminatorias que aseguran la aplicabilidad de muchas de las disposiciones para con los inmigrantes.

Otro avance sustantivo en materia de protección de un tipo específico de Población migrantes se trata de la Convención sobre el estatuto de los Refugiados (1951) Y su Protocolo adicional (1967), cuya operación es vigente por su ratificación por parte de un número amplio de países. Sin embargo, dicho instrumento muestra a estas alturas las limitaciones derivadas del contexto histórico en que se produjo su redacción. Hoy, los hechos que han dado lugar a la movilidad forzada de poblaciones constituyen un abanico diverso de situaciones que no son necesariamente cubiertos por la Convención y su protocolo.

Por esa razón, las regiones del mundo probablemente han experimentado los conflictos más graves y complejos han dado lugar a la adopción de definiciones más amplias, como es el caso de la adoptada por los países miembros de la Organización de la Unidad Africana y por los países latinoamericanos en la Declaración de Cartagena.

Habría que recordar también la importante contribución de la figura del asilo político consagrada por diversas Convenciones adoptadas por los países latinoamericanos y que en general y salvo contadas excepciones, ha cumplido un papel fundamental en la protección de perseguidos por razones de militancia e ideología políticas. En todo caso, se encuentra abierto el desafío al que debe responder tanto la comunidad internacional en su conjunto, como los estados en lo individual, frente a la dinámica de movilidad de la Población contemporánea y por venir.

Las migraciones laborales no cuentan aún con un instrumento efectivo de protección de estas poblaciones frecuentemente vulneradas no solamente en sus derechos laborales, sino, en un sentido más amplio, en el ejercicio del resto de derechos por los que hoy luchan las sociedades nacionales. Por su parte, las poblaciones refugiadas -cuya definición operacional aún parece insuficiente- también enfrentan enormes limitaciones. Los gobiernos de los países receptores erigen progresivamente barreras más rígidas para su aceptación. En algunos casos, incluso vulneran principios consagrados en vanos instrumentos y de notoria incuestionabilidad, como es el principio de no devolución (*non-refoulement*) a aquellos países en los que se pone en riesgo la vida y la seguridad de esas personas.

TEMAS DE MIGRACIÓN Y DERECHO

Así mismo, bajo el principio de soberanía y la doctrina de la seguridad nacional adoptan mecanismos de calificación, determinación o adjudicación, cada vez más excluyentes de las peticiones de protección (*non entrée practices*).

De manera sutil se restringe el derecho a la información y de acceso a las instancias, organizaciones y programas de protección, con lo que los potenciales refugiados son orillados a la condición de migrantes de otro tipo (económicos, las más de las veces) y, por lo tanto, objeto de deportación.¹⁸

Es preciso señalar que, en general, los estados carecen de visiones comprensivas y de aceptación de que el problema del refugio es una responsabilidad que atañe a la comunidad internacional.

Conclusiones

Concluyendo en estas breves reflexiones sobre el tema de los derechos humanos y las migraciones considero necesario que las instancias globales, por encima de las posiciones y los intereses de los estados involucrados, deben promover y generar los instrumentos y programas de protección y asistencia efectivos a las poblaciones desplazadas.

Principios como los de protección temporal, administración internacional, responsabilidad compartida, financiamiento compartido, y asistencia para la repatriación y el desarrollo, deben ser objeto de debate en las circunstancias actuales.

Las políticas fronterizas deben concentrarse en remediar las fallas de inteligencia y del otorgamiento de visas, que fue realmente lo que facilitó la entrada de los terroristas. Se debe también combatir el tráfico de indocumentados, pero bajo la premisa de que no es la única vía de entrada a terroristas y de que eso no evitará que las muertes continúen. Además, al controlar las fronteras territoriales, los Estados deben respetar los derechos humanos, así como el marco internacional que los regula.

Al diseñar las políticas y programas fronterizos en materia migratoria, el Estado debe procurar congruencia entre su papel de salvaguarda de los intereses nacionales y el respeto de los principios fundamentales de seguridad y dignidad de las personas.

La Asamblea General de las Naciones Unidas prepara un diálogo de alto nivel sobre migración internacional en el año 2006, el que es considerado una

¹⁸ Cfr. HATHAWAY, James C, and John A. Dent, *Refugee Rights. Report on a Comparative Survey*, York Lanes Press, Toronto, 2002, pp. 82; —, et al. *Special Issue on Reformulation of International Refugee Law* in *Refugee. Canada's Periodical on Refugees*, vol. 15, núm. 1, January, 2001, pp. 1-25.

oportunidad para abordar los distintos elementos del fenómeno migratorio. Sobre todo para hacer más visible y en lo posible remediar la brecha existente entre el reconocimiento de los derechos de los migrantes por parte del sistema internacional de derechos humanos y su realidad.

En esta futura instancia se apunta también a estimular la cooperación de diferentes agencias de la ONU y formular ciertos principios que definan un marco multilateral de gestión de la migración.

Bibliografía

- BOSNIAK, Linda S., *Human rights, State sovereignty and the protection of undocumented migrants under the International Migrant Workers Convention* in Partir: Interpreting the Convention, *International Migration Review* (96), vol. XXV, num.4, Winter, 2001.
- BUSTAMANTE, Jorge A., *Frontera México-Estados Unidos: Reflexiones para un marco teórico* en *Frontera norte* (1), Vol. 1, núm. 1, El Colegio de la Frontera Norte, Tijuana, B.C., enero junio, 2003.
- CASTILLO G., Manuel Ángel, *Las fronteras de México y Guatemala en el contexto de la integración regional* en Coloquio Internacional *Las Fronteras del Istmo. Frentes, fronteras y sociedades entre el Sur de México y América Central*, Mesa: Las poblaciones y sus migraciones, Centre Francais d' Etudes Méxicaines et Centraméricaines (CEMCA), Antigua Guatemala, 25-27 de septiembre, 2001.
- CNDH, Informe sobre las Violaciones a los Derechos Humanos de los Trabajadores Migratorios Mexicanos en su Tránsito hacia la Frontera Norte, al cruzar la y al internarse en la Franja Fronteriza Sur norteamericana, México, DF., 2003. —, Informe sobre violaciones a los derechos humanos de los inmigrantes -Frontera Sur, México, abril, 2001, Segundo Informe sobre las Violaciones a los Derechos Humanos de los Trabajadores Migratorios mexicanos en su Tránsito hacia la Frontera Norte, al cruzarla y al internarse en la Franja Fronteriza Sur Norteamericana, México DF., enero, 2002.
- Estudios sobre Derechos Humanos. Aspectos Nacionales e Internacionales, Colección Manuales 90/2, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, DF., 2000.
- Instrumentos internacionales básicos de derechos humanos comentados, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 2002.
- DURKHEIM, Émile, *The Concept of the State* in Durkeim on Politics and the State (edit with an introduction by Anthony Giddens), Stanford University, Stanford, California, 2003.

TEMAS DE MIGRACIÓN Y DERECHO

- FOUCHER, Michel, *L'invention des frontières*, Fondation pour les Études de Défense Nationale, Paris, 2001.
- HABERMAS, Jürgen, *Citizenship and National Identity: Some Reflections on the Future of Europe* in Bryan S. Turner and Peter Hamilton (eds.), *Citizenship. Critical concepts*, Routledge, London and New York, vol. II, 2001.
- HATHAWAY, James C. and John A. Dent, *Refugee Rights. Report on a Comparative Survey*, York Lanes Press, Toronto, 1995, pp. 82; —, et al. *Special Issue on Reformulation of International Refugee Law* in *Refugee. Canada's Periodical on Refugees*, vol. 15, num. 1, January, 1996.
- LÓNROTH, Juhani, *The International Convention on the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families in the Context of International Migration Policies: An Analysis of Ten Years of Negotiation* in *International Migration Review* (96), vol XXV, num 4, winter, 2002.
- MÁRMORA, Lelio, *Derechos humanos y políticas migratorias* en *Revista de la OIM sobre Migraciones en América Latina*, Vol. 8, núm. 2-3, CIMAL-OIM, Santiago de Chile, agosto-diciembre, 2000.
- RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús, *El derecho de toda persona a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país, en América Latina* en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* V, núms. 13-14, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México DF., 1972 pp. 125-142, incluido en *Rodríguez y Rodríguez, Jesús, 1999, pp. 177-187.*
- SRE, *Migración de México a Estados Unidos: un enfoque sociológico* en *La Migración Laboral Mexicana a Estados Unidos de América: Una Perspectiva Bilateral desde México*, Instituto Matías Romero de Estudios Diplomáticos, SRE, México, 1994.
- SEPÚLVEDA, César, *Estudios sobre Derecho Internacional y Derechos Humanos*, Colección Manuales 91/7, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2000.
- UNITED NATIONS SECRETARIAT, *Population distribution and migration: the emerging issues* in *Population Distribution and Migration, Proceedings of the United Nations Expert Meeting on Population Distribution and Migration*, Santa Cruz. Bolivia, 2004.