



Organización Internacional para las Migraciones (OIM)



IPPDH
INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN
DERECHOS HUMANOS MERCOSUR

25
MERCOSUR

#1

Migración, derechos humanos y política migratoria

Migración y Derechos Humanos

Serie Migración y
Derechos Humanos

Primera edición. 2016
Ciudad de Buenos Aires,
Argentina

Instituto de Políticas
Públicas en Derechos
Humanos del
MERCOSUR

Secretaría Ejecutiva
Constanza Argentieri (a.i.)

Organización
Internacional para
las Migraciones (OIM)

Director Regional para
América del Sur
Diego Beltrand

#1
Migración, derechos
humanos y política
migratoria

Equipo de trabajo

Redacción
Lila García

Coordinación
Javier Palummo
Luciana Vaccotti
Jorge Gurrieri

Coordinación de la Publicación
Corina Leguizamón
Rodrigo Farhat

En los textos de esta publicación intentamos evitar el lenguaje sexista. Sin embargo, no utilizamos recursos como “@” o “–a/as” para no dificultar la lectura.



Esta obra está licenciada bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual 2.5 Argentina.

Esta publicación es una iniciativa conjunta del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH) del MERCOSUR, en el marco del Proyecto de Cooperación Humanitaria Internacional, a los migrantes, los apátridas, los refugiados y las víctimas de la trata de personas en el MERCOSUR, con el apoyo del Gobierno del Brasil, y de la Oficina Regional de la Organización Internacional para las Migraciones para América del Sur, en el marco del Proyecto “Fortalecimiento de capacidades para la promoción y defensa de los derechos humanos de la población migrante en situación de vulnerabilidad en Sudamérica (PRODEHSA)”, desarrollado con el apoyo del Fondo de la OIM para el Desarrollo.

Al carecer de fines de lucro, no puede ser comercializada por cualquier medio. Están autorizadas la reproducción y la divulgación del material, por cualquier medio, siempre que se cite la fuente. El contenido del documento no refleja necesariamente la opinión del IPPDH - MERCOSUR, Estados Parte y Asociado ni de la OIM.

Apoyo



Realización



Organización Internacional para las Migraciones (OIM)



Fondo de la OIM para el Desarrollo
FOMENTO DE CAPACIDADES EN GESTIÓN DE LA MIGRACIÓN

Oficina Regional de la OIM para América del Sur
www.argentina.iom.int/ro
www.facebook.com/OIMSuramerica
@OIMSuramerica
Av. Callao 1033 Piso 3°
CABA, Argentina



www.ippdh.mercosur.int
info@ippdh.mercosur.int
[@IPPDHMERCOSUR](http://www.facebook.com/IPPDH)
Av. Libertador 8151,
CABA, Argentina

Índice

Introducción	5
Migración en la región: causas estructurales y desarrollo histórico	7
Derechos humanos de los migrantes: perspectivas desde los sistemas universal e interamericano	9
Migración y derechos humanos en el sistema universal	9
Migración y derechos humanos en el sistema interamericano	20
Procesos de integración regional y derechos humanos de los migrantes	27
EI MERCOSUR	27
La UNASUR	30
Derechos humanos y <i>migration governance</i> en los procesos consultivos regionales	33
Derechos humanos en legislaciones y políticas migratorias nacionales	35
Desafíos del derecho humano a migrar	37
Conclusiones	41



Introducción

El presente cuadernillo, titulado *Migración, derechos humanos y política migratoria*, forma parte de la Serie *Migración y Derechos Humanos*, desarrollada conjuntamente por el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH) del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y la Oficina Regional para América del Sur de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM).

La serie Migración y Derechos Humanos consiste en un conjunto de materiales didácticos destinado a un público amplio, interesado en adquirir herramientas para el abordaje de la temática migratoria desde la perspectiva de los derechos humanos.

Este cuadernillo, el primero de la serie, se nutre de los aportes de los cursos virtuales en Derechos Humanos y Política Migratoria, que han sido ofrecidos conjuntamente por el IPPDH y la OIM durante los años 2014 y 2015. Estos cursos tuvieron por objetivo promover la reflexión y el intercambio sobre las prácticas de la función consular en la gestión migratoria y en la atención a la población migrante desde una perspectiva de derechos humanos. En este sentido, han buscado brindar herramientas de formación en el campo de los derechos humanos y las políticas migratorias a funcionarios/as consulares.



Migración en la región: causas estructurales y desarrollo histórico

En general, existe acuerdo sobre el carácter histórico de las migraciones, de su continuidad a lo largo de la historia humana. Sin embargo, influyentes pensadores de las migraciones han considerado que la última década del siglo XX y la primera del siglo XXI conforman una “era de la migración”,¹ transformando en un asunto de la esfera de la alta política.²

Particularmente en América Latina y el Caribe, la CEPAL señala que

la movilidad intrarregional ha sido una constante en la región, en especial entre países limítrofes o cercanos, y ha oscilado según las coyunturas económicas y políticas. En muchos casos, los movimientos fueron la extensión de patrones de migración interna, como en los países de América Central, en las fronteras de Colombia y República Bolivariana de Venezuela, y en las fronteras de Argentina con sus países limítrofes, por citar sólo algunos ejemplos.³

No obstante, las transformaciones políticas y económicas acaecidas en las últimas décadas han generado un aceleramiento de la movilidad de personas en la región suramericana. Esa dinámica ha conducido a nuevas formas y estructuras de las sociedades, repercutiendo directamente en los procesos de desarrollo de los países y de la región en su conjunto.⁴

De acuerdo a Castles, los procesos migratorios se explican por tres grupos de factores. Primero, aquellos derivados de la dinámica social del proceso migratorio: la migración en cadena y las redes, el rol de la familia y la comunidad, la posición de la persona migrante dentro de su ciclo de vida, la industria de la migración, la agencia migrante y la dependencia estructural de la migración. Segundo, los factores vinculados con la globalización, el transnacionalismo y las relaciones Norte-Sur: la brecha Norte-Sur, la creación del capital cultural y la técnica

1 Castles, Stephen y Miller, Mark *La era de la migración. Movimientos internacionales de población en el mundo moderno*, Zacatecas, Porrúa-SEBOG-INM, 2004.

2 Hollifield, James; Martin, Philip y Orrenius, Pia *Controlling Immigration. A global perspective*, California, Stanford University Press, 1ra ed.1994.

3 Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2006) *Migración internacional, derechos humanos y desarrollo*, Santiago de Chile, pág. 87. Disponible en: <http://bit.ly/2dsiJn6>

4 Zurbriggen, Cristina y Mondol, Lenin, *Estado actual y perspectivas de las políticas migratorias en el MERCOSUR*, Montevideo, FLACSO, 2010. Disponible en: <http://bit.ly/2cBAuyK>

necesaria para migrar, las comunidades transnacionales, la lógica transnacional en sí y otras políticas no vinculadas con la migración tales como las de derechos humanos, comercial y de prevención de conflictos. Por último, existen factores internos a los sistemas políticos: conflictos en países emisores, intereses en países receptores, agendas ocultas, contradicciones, derechos y distintos actores.⁵

Como puede apreciarse, los factores estructurales tienen una importancia central, al punto de condicionar incluso la decisión individual de migrar. En este sentido, Sassen señala que la propia opción de migrar es un producto social y que, con frecuencia, subyacen a ella varias vulneraciones de derechos.⁶

Asimismo, aunque existen factores políticos (derivados por ejemplo de las rupturas democráticas), se señala que son los factores económicos los que más comúnmente explican las dinámicas migratorias extra e intrarregionales.⁷ Muchos de los movimientos se asocian a polos de atracción, ya sea por su estabilidad económica y política, o por las crecientes demandas de mano de obra ante proyectos de inversión de gran envergadura.⁸ En ese sentido, muchas migraciones acompañan las distintas fases del desarrollo de la región.

En el marco del MERCOSUR se observa una clara distinción entre aquellos países que son principalmente receptores de migración (Argentina, Brasil, Chile) y aquellos que son mayoritariamente expulsores (Bolivia, Paraguay, Uruguay).⁹ Si bien los retos son diferentes en función de esta distinción, es fundamental subrayar que las medidas domésticas no resultan suficientes en tanto no se inserten en una lógica de desarrollo subregional, que permita alcanzar las condiciones básicas que potencien el bienestar económico y la equidad social.

.....
5 Castles, Stephen, "Factores que hacen y deshacen las políticas migratorias", en Portes, Alejandro y DeWind, Josh *Repensando las migraciones. Nuevas perspectivas teóricas y empíricas*, México, Porrúa, 2006.

6 Sassen, Saskia, "La formación de las migraciones internacionales: implicaciones políticas", en: *Revista Internacional de Filosofía Política*, Nro. 27, 2006, pp. 19-39.

7 Organización Internacional para las Migraciones (OIM) (2012), *Perfil migratorio de América del Sur*, Buenos Aires, OIM, 2012. Disponible en: <http://bit.ly/2dshOmP>

8 Comisión Económica para América Latina, *Supra* nota 3.

9 Mondol, Lenin, "Políticas públicas migratorias: consideraciones preliminares para su discusión", en Cristina Zurbiggen y Lenin Mondol (Coords.), *Estado actual y perspectivas de las políticas migratorias en el Cono Sur*, Montevideo, FLACSO, 2010. Disponible en: <http://bit.ly/2cBBbYK>

Derechos humanos de los migrantes: perspectivas desde los sistemas universal e interamericano

Los derechos humanos de las personas migrantes están incluidos, casi en su totalidad, en todos y cada uno de los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos que se han adoptado desde mediados del siglo XX.

Tanto en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) –sistema universal– como de la Organización de los Estados Americanos (OEA) –sistema interamericano– las declaraciones y acuerdos aprobados desde entonces reconocen un amplio catálogo de derechos humanos a todas las personas que se encuentran bajo la jurisdicción de un Estado. En términos generales, la nacionalidad u otra condición de la persona no es, ni debe ser, un criterio válido para reconocer y garantizar un derecho humano.

Migración y derechos humanos en el sistema universal

En el llamado “derecho internacional clásico”, el trato que un Estado deparaba a las personas dentro de su territorio era un asunto exclusivamente interno e implícito al concepto de soberanía territorial, bajo la idea de “no injerencia” en los asuntos internos. En ese sentido, la internacionalización de los derechos buscó superar las barreras legales y territoriales de cada Estado y establecer mecanismos políticos y jurídicos para la supervisión de lo que ocurría fronteras adentro.

En la perspectiva del derecho internacional clásico, la migración era considerada una cuestión predominantemente doméstica¹⁰ y sujeta, por tanto, al ámbito de la soberanía y la discrecionalidad de los Estados. La dialéctica de la construcción de los Estados-nación bajo esta égida determinó una posición poco privilegiada para las personas extranjeras.

.....
10 Mármora, Lelio, *Las políticas de migraciones internacionales*, Buenos Aires, Paidós, 2002.

En primer lugar, la parcelación territorial dividió poblaciones y las convirtió en elemento estatal (y así, “nacionales”), supeditado a ese orden. Esto permitió asumir que cada persona tenía un país proveedor de protección y, además, toda su representación en la esfera internacional quedaba mediada por la estatalidad; en la doctrina internacional clásica, se afirma que la condición de sujeto del derecho internacional no era posible sin la intervención del Estado,¹¹ ya que este último era quien decidía ejercer la protección diplomática de su nacional en el extranjero. Esta fue una de las esferas incluidas en el derecho a la nacionalidad: “dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales, al establecer a través de su nacionalidad su vinculación con un Estado determinado”.¹²

Esta exclusividad en la presencia estatal se ejercía, al interior, bajo el principio de “no injerencia” en los asuntos de jurisdicción interna. Al exterior, se ejercía bajo la protección diplomática de sus nacionales ante todos los demás Estados o, al menos, frente a los Estados respecto de los cuales el “nacional” resultara “extranjero”.¹³ Más aún, los Estados convenían de esta manera “en respetarse mutuamente en la persona de sus nacionales”.¹⁴

En este marco, las personas extranjeras fueron ganando terreno en la escena internacional, principalmente de la mano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). La internacionalización de los derechos humanos, es decir, la transformación de la idea de los derechos constitucionales presentes en algunos países en una concepción universal, es un fenómeno de mitad del siglo XX. A partir de la Segunda Guerra Mundial y los eventos que llevaron a ella, la comunidad internacional decidió establecer mecanismos políticos, jurídicos e internacionales y se consagraron derechos para toda la humanidad.

En este sentido, los derechos humanos de las personas migrantes se encuentran en instrumentos generales del sistema universal, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), la Convención sobre Derechos del Niño (CDN), la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD), la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención contra la Tortura, Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, entre otros.

Sin embargo, aquella fuerte influencia del tratamiento del derecho internacional clásico fue uno de los factores que habría de determinar que las personas extranjeras permanecieran mayormente dentro de la esfera de determinaciones internas. El trato que un Estado deparaba a sus poblaciones nacionales recién dejó de ser una cuestión meramente doméstica hacia 1945.¹⁵

11 Sorensen, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, México, FCE, 1973.

12 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva Nro. 4/84 Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, 1984.

13 García, Lila, *Nueva política migratoria y derechos de la movilidad. Implementación y desafíos de una política basada en derechos humanos a través del poder judicial*, Tesis doctoral, mimeo. Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires, 2013.

14 Pinto, Mónica, *El derecho internacional. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado*, Buenos Aires, FCE, 2004.

15 García, Lila, *Supra* nota 13.

De la mano de estos cambios se estableció un nuevo orden en el que los Estados, antes soberanos absolutos, fueron paulatinamente cediendo parte de sus soberanías para integrarse en sistemas multilaterales de derechos humanos. A través de éstos se alcanzó una perspectiva no sólo positiva sino también pretendidamente universal, incorporando el reconocimiento de los derechos fundamentales más allá de la pertenencia de los individuos a determinada comunidad política nacional.¹⁶

Bustamante se refiere a la modificación que los derechos humanos plantearon para la noción clásica de soberanía estatal, limitando el uso de la “autodeterminación o de la no intervención extranjera” para justificar las violaciones de derechos humanos. Así, los derechos humanos marcan el paso de una noción “absoluta” de soberanía hacia una “relativa”, aunque ello no implica que un país no pueda ejercer su derecho soberano a controlar las fronteras cuando se ha comprometido a respetar los derechos humanos. Sólo quiere decir que las medidas que tome como parte de su política migratoria tienen que llevarse a la práctica en absoluto respeto de los derechos humanos, cuando esto ha sido un compromiso contraído en un instrumento internacional.¹⁷

Entonces, no se trata ya de derechos “legales” u otorgados por el orden jurídico nacional, sino el recurso final en el dominio de los derechos, o una especie de derecho de excepción, en palabras de Hannah Arendt. Por ello, también expresan “exigencias de cambio social basadas en derechos”.¹⁸

Por último, es posible sostener que los derechos humanos condensan una dimensión individual y otra colectiva: “derechos”, como derecho subjetivo exigible, pero “humano”, en tanto se porta y se ejerce (y se reclama) por todas las personas distinguidas como tales. Ello obliga a reconocerlo como un régimen “objetivo” caracterizado por obligaciones *erga omnes*: es decir, que involucran a todos los Estados.

La existencia del individuo en la esfera internacional dependía, en gran medida, del Estado de su nacionalidad, a través del instituto de la protección diplomática y, en general, a través de la representación y protección de su Estado. No casualmente, una de las primeras discusiones sobre derechos de las personas migrantes se da a nivel del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares: este artículo ¿contenía derechos de las personas o sólo regulaba relaciones entre Estados? A nivel regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) interpretó (en su OC-16/99, a la cual referiremos más adelante) que, efectivamente, se trata de un derecho.

.....
16 “[...] la persona humana ya no puede ser considerada como un mero objeto del orden internacional pues el deber de respetar los derechos humanos constituye en el Derecho Internacional contemporáneo una obligación erga omnes de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto”. Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1995.

17 Bustamante, Jorge, *Migración internacional y derechos humanos*, México, IIJ-UNAM, 2002.

18 Donnelly, Jack, *Derechos humanos universales: en teoría y en la práctica*, México, Gernika, 1989.

Cuadro 1. Artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (1963)

1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:
 - a. los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos;
 - b. si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;
 - c. los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello.
2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo.

A nivel universal, existen varios documentos que han dirigido su atención a la situación de las personas migrantes y que refieren a la cuestión migratoria de manera específica.

La Organización Internacional de Trabajo (OIT), aunque no es reconocida específicamente como una agencia de derechos humanos, se ocupó tempranamente de los derechos de las personas migrantes en su condición de trabajadores/as. En 1925 se adoptó el Convenio Nro. 19, relativo a la igualdad de trato entre trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnizaciones por accidentes laborales. A grandes rasgos, los Estados que lo ratificaron se comprometieron a conceder a los nacionales de cualquier otro Estado que también lo haya ratificado, un trato igual al dispensado a sus propios nacionales, en materia de reparaciones por accidentes de trabajo.

En 1949 se adoptó el Convenio relativo a los trabajadores migrantes (Nro. 97, que entró en vigor en 1952) y la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (Nro. 143); en ellos, lo que se buscaba era “facilitar el desplazamiento de los excedentes de mano de obra desde [Europa] hacia otras partes del mundo” y el “trabajador migrante” es aquél en relación de dependencia, con exclusión de trabajadores fronterizos, artistas, gente de mar y profesiones liberales. Las obligaciones asumidas por los Estados se relacionaban con el derecho a la información (ayuda a los migrantes y combate a las propagandas que pudieran llevar a “error”), la facilitación de la salida, el viaje y el recibimiento de “los trabajadores” así como del envío de

ganancias (remesas), etc. Consagra además una de las primeras nociones de igualdad, en relación a los nacionales, en algunas materias: condiciones de vida y trabajo, seguridad social, impuestos y acceso a la justicia.¹⁹

En 1975 tienen lugar un nuevo Convenio (Nro. 143) y Recomendación (Nro. 151), donde el eje ya no es la distribución de aquellos excedentes, sino controlarlos y evitar las migraciones “clandestinas y el empleo ilegal de trabajadores”.²⁰ Se reconoce, además, que el estatus regular permite igualar al trabajador migrante en otros aspectos.

En el ámbito de las denuncias ante instancias cuasi-jurisdiccionales de órganos de derechos humanos, una de las primeras ocurrió bajo la órbita del Comité de Derechos Humanos. En 1979 (Comunicación 58/1979, Anna Maroufidou vs. Suecia) dicho Comité señaló que “la ley doméstica en materia de migración debe ser en sí misma compatible con el PIDCP”. Poco después (Comunicación 155/1983, Eric Hamel vs. Madagascar), destacó la importancia de brindar a las personas protegidas por el referido Pacto la posibilidad de oponer un recurso efectivo contra las decisiones de expulsión o deportación. En el caso concreto, la decisión de expulsión recaída resultaría incompatible con las obligaciones emergentes del PIDCP.²¹

En 1985, la Asamblea General de Naciones Unidas (AG-NU) adopta una declaración que ha pasado algo desapercibida: la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven. A partir de ella, el trabajo de la AG-NU en torno a las personas migrantes y a la migración en general ha ocupado un lugar sostenido: desde la década de 1990, los debates migratorios en el seno de la Asamblea General giraron casi exclusivamente en torno a la Convención de Trabajadores Migratorios.²²

.....
19 Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, *Primer Informe Migraciones y Derechos Humanos*, Bogotá, PIDHDD, 2008.

20 Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, *Supra* nota 19.

21 PIDHDD, *Supra* nota 19.

22 García, Lila, *Supra* nota 13.

Cuadro 2. Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven (1985)

Art. 5.

1. Los extranjeros gozarán, con arreglo a la legislación nacional y con sujeción a las obligaciones internacionales pertinentes del Estado en el cual se encuentren, en particular, de los siguientes derechos:

- a. El derecho a la vida y la seguridad de la persona; ningún extranjero podrá ser arbitrariamente detenido ni arrestado; ningún extranjero será privado de su libertad, salvo por las causas establecidas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta;
- b. El derecho a la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en la intimidad, la familia, el hogar o la correspondencia;
- c. El derecho a la igualdad ante los tribunales y todos los demás órganos y autoridades encargados de la administración de justicia y, en caso necesario, a la asistencia gratuita de un intérprete en las actuaciones penales y, cuando lo disponga la ley, en otras actuaciones;
- d. El derecho a elegir cónyuge, a casarse, a fundar una familia;
- e. El derecho a la libertad de pensamiento, de opinión, de conciencia y de religión; el derecho a manifestar la religión propia o las creencias propias, con sujeción únicamente a las limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad pública, el orden público, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades fundamentales de los demás;
- f. El derecho a conservar su propio idioma, cultura y tradiciones;
- g. El derecho a transferir al extranjero sus ganancias, ahorros u otros bienes monetarios personales, con sujeción a las reglamentaciones monetarias nacionales.

2. A reserva de las restricciones que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática para proteger la seguridad nacional, la seguridad pública, el orden público, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades de los demás, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en los instrumentos internacionales pertinentes, así como los enunciados en la presente Declaración, los extranjeros gozarán de los siguientes derechos:

- a. El derecho a salir del país;
- b. El derecho a la libertad de expresión;
- c. El derecho a reunirse pacíficamente;
- d. El derecho a la propiedad, individualmente y en asociación con otros, con sujeción a la legislación nacional.

3. Con sujeción a las disposiciones indicadas en el párrafo 2, los extranjeros que se hallen legalmente en el territorio de un Estado gozarán del derecho a circular libremente y a elegir su residencia dentro de las fronteras de ese Estado.

4. Con sujeción a la legislación nacional y la autorización debida, se permitirá que el cónyuge y los hijos menores o a cargo de un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado lo acompañen, se reúnan y permanezcan con él.

En 1986, el CDH emite la Observación General (OG) Nro. 15, referida a “la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto [PIDCP]”. En ella se hace hincapié (en función de “la experiencia del Comité en el examen de los informes”, que muestra que en algunos países se niegan derechos de que deberían disfrutar o se restringen de modos que no pueden justificarse con arreglo al PIDCP) en el principio general de que todos los derechos contenidos en el Pacto deben garantizarse sin discriminación entre nacionales y extranjeros; sólo excepcionalmente algunos derechos son expresamente aplicables sólo a los ciudadanos (art. 25) en tanto que el artículo 13 es aplicable sólo a los extranjeros (CDH, 1986: párr. 2).

Cuadro 3. Observaciones generales emanadas de órganos de vigilancia y promoción de tratados de derechos humanos

Año	Órgano	Documento
1986	Comité de Derechos Humanos	Comentario General Nro. 15 “La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto”
1999	Comité de Derechos Humanos	Comentario General Nro. 27 “Libertad de movimiento”
2004	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial	Comentario General Nro. 30 “Sobre la discriminación contra los no ciudadanos”
2005	Comité de Derechos del Niño	Comentario General Nro. 6 “Niños no acompañados o separados, fuera de su país de origen”
2008	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer	Recomendación General Nro. 26 “Trabajadoras migrantes”
2014	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer	Recomendación General Nro. 32 “Sobre las dimensiones de género del estatuto de refugiada, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres”

El Comité de la CEDAW se ha referido específicamente a los derechos de las mujeres migrantes en su Observación General Nro. 26 (2005). Allí, luego de reconocer ciertos principios generales que le son aplicables a las trabajadoras migratorias (protección contra la discriminación, derecho a la vida, la libertad y la seguridad personales, etc.), ha subrayado tres momentos particulares en los que deben tenerse en cuenta los derechos de estas mujeres: (i) en los países de origen (antes de su partida y a su regreso); (ii) en los países de tránsito; (iii) en los países de llegada. A partir de ellos, reconoce como responsabilidades de los Estados el formular políticas amplias que tengan una visión de género y derechos humanos, promover la participación activa de las trabajadoras migratorias y las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales pertinentes; derogar las prohibiciones migratorias basadas en el sexo, edad o estado civil; elaborar programas adecuados de educación y concientización sobre el tema; establecer servicios para las mujeres que regresan a sus países de origen, etc.²³

En otras ocasiones, los órganos de Naciones Unidas se han referido al tema de las personas migrantes en el marco de temáticas más amplias. Por ejemplo, en la Observación General Nro. 35 (2014), el Comité de Derechos Humanos explicitó que el derecho a la libertad personal incluye a personas migrantes y solicitantes de asilo, y que la detención en un aeropuerto así como las detenciones administrativas en general eran privaciones de la libertad y límites específicos a la privación de libertad de personas migrantes.

.....

23 Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos y Defensor del Pueblo, *Acceso a derechos de las personas migrantes en la Provincia de Buenos Aires*, 2013. Disponible en: <http://bit.ly/2cBB3ID>

Cuadro 4. Observación general Nro. 35 del Comité de Derechos Humanos sobre la libertad y seguridad personales (2014)²⁴

3. La libertad personal se refiere a la ausencia de confinamiento físico, no a una libertad general de acción. La seguridad personal se refiere a la protección contra lesiones físicas o psicológicas, o integridad física y moral... El artículo 9 garantiza esos derechos a todo individuo. La expresión “todo individuo” incluye, entre otras personas, a las niñas y los niños... los extranjeros, los refugiados y los solicitantes de asilo, los apátridas, los trabajadores migrantes...

5. La privación de libertad implica una restricción de movimientos más estricta en un espacio más limitado que la mera interferencia con la libertad de circulación a que se hace referencia en el artículo 12. Entre los ejemplos de privación de libertad se cuentan la detención en dependencias de la policía... la detención administrativa... y el confinamiento en una zona restringida de un aeropuerto, así como el traslado contra la propia voluntad.

18. La detención durante los procedimientos de control de la inmigración no es per se arbitraria, pero deberá justificarse que es razonable, necesaria y proporcionada a la luz de las circunstancias, y revisarse a medida que se prolongue.

Los solicitantes de asilo que entran ilegalmente en el territorio de un Estado parte pueden ser privados de libertad durante un breve período inicial con el fin de documentar su entrada, dejar constancia de sus alegaciones, y determinar su identidad si hay dudas sobre ella. Prolongar su privación de libertad mientras se resuelven sus alegaciones sería arbitrario de no existir razones particulares específicamente en relación con esa persona, como una probabilidad concreta de fuga, el peligro de que cometa un delito contra otras personas, o el riesgo de que lleve a cabo actos contra la seguridad nacional.

La decisión deberá considerar los factores pertinentes de cada caso y no basarse en una norma obligatoria aplicable a una categoría amplia de personas; deberá tener en cuenta la posibilidad de utilizar medios menos invasivos para alcanzar el mismo fin, como la obligación de presentarse periódicamente en un lugar, la imposición de una fianza u otras condiciones para evitar la fuga; y deberá ser objeto de reevaluación periódica y de revisión judicial. Las decisiones sobre el internamiento de migrantes también deberán tener en cuenta las consecuencias de la privación de libertad para la salud física o mental de los reclusos.

Toda privación de libertad necesaria debe llevarse a cabo en dependencias apropiadas, higiénicas y que no sean de castigo, y no en prisiones. La incapacidad de un Estado parte para llevar a cabo la expulsión de una persona porque sea apátrida o por otros obstáculos no justifica que se prive de libertad al interesado de forma indefinida.

Los niños no deben ser privados de libertad, salvo como medida de último recurso, y ello debe hacerse por el período de tiempo apropiado más breve posible, teniendo en cuenta como consideración principal el interés superior del niño para determinar la duración y las condiciones de la privación de libertad y teniendo igualmente en cuenta la extrema vulnerabilidad de los menores no acompañados y su necesidad de atención.

58. Varias salvaguardias que son esenciales para prevenir la tortura son también necesarias para proteger de la reclusión arbitraria y de los atentados contra la seguridad personal a las personas sometidas a cualquier forma de reclusión... Debe informarse a los extranjeros reclusos de su derecho a comunicarse con sus autoridades consulares o, en el caso de los solicitantes de asilo, con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

.....
24 Disponible en: www.ohchr.org/.../ContributionCMW_DGC9_sp.doc 25 Corte IDH (1999) Opinión Consultiva OC-16/99 El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.

Cuadro 5. Situación relativa a los inmigrantes y a los solicitantes de asilo (Informe del Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria, 1999)

Garantías relativas a las personas retenidas

Principio 1. Todo solicitante de asilo o inmigrante será informado, al ser interpelado en la frontera -o en territorio nacional en caso de entrada irregular- verbalmente por lo menos y en un idioma que comprenda, de la naturaleza y los motivos de la decisión de negarle la entrada o permanencia a la que se enfrenta.

Principio 2. Todo solicitante de asilo o inmigrante tendrá la posibilidad durante su retención de comunicarse con el exterior, en particular por teléfono, fax o correo electrónico, y de ponerse en contacto con un abogado, un representante consular o sus familiares.

Principio 3. Todo solicitante de asilo o inmigrante retenido deberá comparecer cuanto antes ante un juez u otra autoridad.

Principio 4. Mientras esté retenido, todo solicitante de asilo o inmigrante firmará un registro oficial o que presente garantías equivalentes, en que quedará constancia de su identidad, los motivos de la medida de retención y la autoridad competente que adoptó tal decisión, así como la fecha y hora de admisión y salida.

Principio 5. Al ser admitido en un centro de retención, todo solicitante de asilo o inmigrante será informado del reglamento interno y, si procede, del régimen disciplinario aplicable y la posibilidad de que se aplique un mecanismo de confidencialidad, además de las garantías que suponga esta medida.

Garantías relativas a la detención

Principio 6. La decisión debe partir de una autoridad competente a esos efectos que tenga un grado de responsabilidad suficiente; se basará en criterios de legalidad establecidos por ley.

Principio 7. La ley deberá prever un plazo máximo de retención que en ningún caso podrá ser indefinido ni tener una duración excesiva.

Principio 8. La medida de retención será notificada por escrito en un idioma comprensible para el solicitante, con detalle de los motivos; se precisarán las condiciones en las que el solicitante de asilo o el inmigrante podrá presentar recurso ante un juez, el cual fallará cuanto antes respecto de la legalidad de la medida y, llegado el caso, ordenará la puesta en libertad del interesado.

Principio 9. Se procederá a la retención en una institución pública especialmente destinada a estos fines; cuando, por razones prácticas, no ocurra así, el solicitante de asilo o el inmigrante será internado en un lugar que no esté destinado a presos por delitos penales.

Principio 10. Se autorizará el acceso del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y, si procede, las organizaciones no gubernamentales competentes a los locales de retención.

Asimismo, existen otros órganos dentro del sistema universal que se refieren a derechos de las personas migrantes: la Relatoría Especial sobre los derechos humanos de los migrantes (inaugurada en 1999) y el menos conocido mandato del Relator para la expulsión de las personas extranjeras (iniciado en 2004), dependiente este último de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. Ambos trabajan con una perspectiva de derechos humanos. Entre las principales áreas de trabajo de la primera se destacan la discriminación racial y la xenofobia (informe del año 2000), la condición de ilegalidad (2001), el contrabando y el tráfico de migrantes (2002), las condiciones de detención (2003), y en general, la penalización de la migración irregular y la situación de la niñez migrante, dos preocupaciones centrales de los

informes del relator de 2010 y 2011 respectivamente. El segundo se ha ocupado de los motivos de la expulsión, sus límites y prohibiciones, los derechos de las personas extranjeras en caso de expulsión, la detención, la protección en relación al Estado de destino o tránsito, reglas de procedimiento y consecuencias jurídicas de la expulsión.

Por su parte, la *Convención Internacional para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares* (1990) incorpora los derechos de los tratados generales de derechos humanos y establece derechos relacionados a un fenómeno poblacional específico como es la migración y que, independientemente de su condición migratoria o jurídica, toma en cuenta tanto a los trabajadores migrantes como a sus familias.

Entre los derechos que reconoce se incluye explícitamente el derecho a la asistencia consular, que comprende el derecho a la información sobre ese derecho y al acceso efectivo a comunicarse con el funcionario consular, medida positiva para corregir la desigualdad de hecho entre otras medidas “especiales” que se deben tomar. Su órgano de supervisión (el Comité de Trabajadores Migratorios) ha emitido a la fecha dos observaciones generales: una sobre trabajadoras domésticas y otra sobre los derechos de los migrantes en situación irregular y sus familias.

Cuadro 6. Observación General Nro. 2 sobre derechos de los migrantes en situación irregular (Comité de Trabajadores Migratorios, 2013)

4. El Comité entiende que las expresiones “en situación irregular” o “no documentados” son la terminología adecuada que debe emplearse para hacer referencia a la situación de estos trabajadores. El uso del término “ilegal” para describir a los trabajadores migratorios en situación irregular es inadecuado y debe evitarse, ya que tiende a estigmatizarlos al vincularlos con la delincuencia.

8. Los derechos garantizados a los migrantes en situación irregular en otros tratados internacionales de derechos humanos tienen a menudo un alcance más amplio que los artículos equivalentes de la parte III de la Convención (de Trabajadores Migratorios)...9. Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ofrece un mayor grado de protección del derecho de reunión pacífica, el derecho a contraer matrimonio libremente y a la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos esposos, el derecho de todo niño a recibir protección especial, el derecho a la igualdad ante la ley y a la igual protección de la ley, y los derechos de las minorías...

10. Del mismo modo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también prevé una gama de derechos más amplia.

15. (...)Si bien los Estados partes no tienen la obligación de regularizar la situación de los trabajadores migratorios o de sus familiares, tomarán medidas apropiadas en el caso de que haya en su territorio trabajadores migratorios y familiares suyos en situación irregular para asegurar que esa situación no persista (art. 69, párr. 1). Así pues, los Estados partes considerarán la posibilidad de regularizar la situación de esas personas en cada caso concreto, de conformidad con la legislación nacional y los acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables, teniendo en cuenta las circunstancias de su entrada, la duración de su estancia y otras consideraciones pertinentes, en particular las relacionadas con su situación familiar (art. 69, párr. 2). Cuando los Estados partes prevean la regularización de los trabajadores migratorios en su legislación nacional, deberán velar por que todos los trabajadores migratorios y sus familiares en situación irregular tengan acceso efectivo y sin discriminación a los procedimientos de regularización y por que esos procedimientos no se apliquen de manera arbitraria (arts. 7 y 69).

16. El Comité recuerda que la regularización es la medida más efectiva para acabar con la extrema vulnerabilidad de los trabajadores migratorios y sus familiares en situación irregular¹¹. Por consiguiente, los Estados partes deben considerar la adopción de políticas, incluidos programas de regularización, para evitar que los trabajadores migratorios y sus familiares se hallen en situación irregular o en peligro de caer en ella, o resolver tales situaciones (art. 69, párr. 1).

24. El Comité considera que no constituyen delito el cruce de la frontera de un país sin la debida autorización o documentación ni la permanencia en un país una vez vencido el plazo autorizado. La penalización de la entrada irregular en un país va más allá del interés legítimo de los Estados partes de controlar y reglamentar la migración irregular y da lugar a detenciones innecesarias. La entrada y estancia irregulares en un país pueden constituir infracciones administrativas, pero no son en sí mismas delitos contra las personas, los bienes o la seguridad nacional.

26. En opinión del Comité, las medidas privativas o no privativas de la libertad que restrinjan el derecho a esa libertad deberán tener carácter excepcional y estar basadas, en todos los casos, en evaluaciones exhaustivas e individuales en que se valore la necesidad y la idoneidad de cualquier tipo de restricción de la libertad, así como si dicha restricción es proporcional al fin perseguido...

32. El Comité considera que la detención obligatoria de los trabajadores migratorios y sus familiares en situación irregular es incompatible con el artículo 16, párrafo 8, si la posibilidad de revisión judicial se limita a la determinación formal de si el trabajador migratorio ingresó en el país sin un permiso válido de entrada, sin que exista la posibilidad de ponerlo en libertad si la detención resulta incompatible con el artículo 16, párrafo 4.

Cuadro 7. Otros aportes del Comité de Trabajadores Migratorios

“El Comité para la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (MWC) considera que el respeto, la protección y la garantía del derecho a la libertad de las personas migrantes se asienta sobre los siguientes principios y estándares:

- ▶ Principio de excepcionalidad de la detención por razones migratorias.
- ▶ Deber de adoptar medidas alternativas a la detención, en la ley y en la práctica.
- ▶ Asegurar todas las Garantías de Debido Proceso –para la aplicación de las medidas alternativas y para la aplicación excepcional de la detención.
- ▶ En el caso excepcional de recurrir a la detención, se deben asegurar condiciones adecuadas a la situación de las personas migrantes y sus familias.
- ▶ En ningún caso se debe privar de la libertad a niños, niñas y adolescentes por razones de índole migratoria.
- ▶ Prohibición de la detención como sanción penal a una infracción migratoria –principio de no criminalización”.

Migración y derechos humanos en el sistema interamericano

La Organización de los Estados Americanos (OEA) es una organización internacional creada en 1948 con el propósito de lograr un orden de paz y justicia, fomentar su solidaridad y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia (artículo 1 de la Carta de la OEA).

Los principales órganos de protección internacional de los derechos humanos en el continente americano son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

La CIDH, creada por la Carta de la OEA, tiene la responsabilidad de velar por el cumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos en todo el continente, elaborando informes sobre la situación de los derechos humanos en distintos países y atendiendo denuncias individuales de violaciones.

En el ámbito de la CIDH existe una Relatoría sobre los derechos de los migrantes. Esta fue creada en 1996, con un mandato centrado en los desplazados internos y los trabajadores migrantes y sus familias en diversos países del continente. En 2012, se amplió el mandato de esta Relatoría, con el objetivo de dar respuesta a la multiplicidad de desafíos que plantea la movilidad humana en la región, incluyendo a la migración internacional e interna, forzada y voluntaria. El nuevo mandato se centra en el respeto y garantía de los derechos de los migrantes y sus familias, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas, desplazados internos, así como otros grupos de personas vulnerables en el contexto de la movilidad humana.

Por su parte, la Corte IDH escucha casos individuales de violaciones a los derechos humanos en países que aceptaron su competencia, y emite decisiones. Estos órganos, y los instrumentos internacionales bajo los que operan, constituyen lo que se conoce como sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Los Estados americanos han ido adoptando una serie de instrumentos que se han convertido en la base normativa de este sistema regional de protección de los derechos humanos. Estos tratados reconocen derechos, establecen obligaciones de los Estados tendientes a su promoción y protección, y crean órganos que velan por su observancia.

La labor del sistema interamericano de protección de los derechos humanos ha sido prolífica en materia de derechos de las personas migrantes.

Cuadro 8. Principales decisiones e informes sobre migraciones del sistema interamericano de derechos humanos

Año	Decisión/Informe
1999	Opinión Consultiva OC-16/99 “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal” (1999) (Corte IDH)
2003	Opinión Consultiva OC-18/03 “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” (Corte IDH)
2005	Caso “Niñas Yean y Bosico” (2005) (Corte IDH)
2010	Caso “Vélez Loo” (2010) (Corte IDH)
2010	Informe sobre Inmigración en EE.UU: detenciones y debido proceso (2010) (CIDH)
2012	Caso “Nadege Dorzema” (2012) (Corte IDH)
2013	Caso “Pacheco Tineo” (2013) (Corte IDH)
2013	Informe “Derechos Humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México” (2013) (CIDH)
2014	Caso “Personas dominicanas y haitianas expulsadas” (2014) (Corte IDH)
2014	Opinión Consultiva OC-21/14 “Derechos de niños y niñas en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” (2014) (Corte IDH)
2015	Informe “Refugiados y migrantes en Estados Unidos: familias y niños no acompañados” (2015) (CIDH).

La labor consultiva de la Corte IDH

Entre las funciones de la Corte IDH se cuenta el dictado de opiniones consultivas, que funcionan como guías de interpretación o pautas desde donde se generan estándares de derechos humanos para toda la región. Estas opiniones consultivas pueden ser solicitadas por Estados o por otros órganos de la OEA. Las opiniones consultivas son herramientas vinculantes para todos los Estados: los estándares que fijan resultan de cumplimiento obligatorio para los Estados que reconocen la competencia de la Corte. También constituyen herramientas jurídicas, que los Estados deben incorporar a sus marcos normativos y a sus prácticas. No existen sanciones ante la falta de cumplimiento, se trata más bien de una cuestión de responsabilidad internacional.

En su Opinión Consultiva Nro. 16 (OC-16/99), la Corte IDH toma como punto de partida la desventaja en la que se encuentran las personas migrantes en un Estado que no es el de su nacionalidad. Reconocer esta desigualdad resulta fundamental, ya que cimienta las mayores garantías que pueden ser necesarias en general y en el caso en concreto, y la importancia de la función consular como vehículo para remediarlas.

Las personas migrantes detenidas en el extranjero enfrentan desigualdades reales (derivadas del idioma, el desconocimiento del régimen legal, la falta de contactos, etc.) y también legales: los Estados suelen reconocer un acceso diferenciado (usualmente, menor) a derechos para las personas que no son nacionales.

En este marco,

la asistencia consular oportuna puede ser determinante en el resultado de un proceso penal, porque garantiza, entre otras cosas, que el detenido extranjero adquiera información sobre sus derechos constitucionales y legales en su idioma y en forma accesible, que reciba asistencia legal adecuada y que conozca las consecuencias legales del delito que se le imputa, y los agentes consulares pueden coadyuvar en la preparación, coordinación y supervisión de la defensa, desarrollar un papel determinante en la obtención de pruebas atenuantes que se encuentran en el territorio del Estado del cual es nacional el acusado y contribuir “a hacer más humanas” las condiciones del acusado y de sus familiares, equilibrando de esta manera la situación de desventaja real en que éstos se encuentran.²⁵

Por su parte, en su Opinión Consultiva Nro. 18 (OC-18/2003) sobre la condición jurídica de los migrantes, la Corte IDH comienza a hablar de “migrante” en lugar de “extranjero” y reconoce la particular situación de vulnerabilidad de estos colectivos. Parte de reconocer que el principio de igualdad y no discriminación es una norma de *ius cogens*,²⁶ que el Estado puede hacer “distinciones” entre personas migrantes en situación regular o irregular y entre nacionales y extranjeros pero que, en definitiva, las políticas migratorias deben respetar los derechos humanos tanto en sus objetivos como en su ejecución.

.....
25 Corte IDH (1999) Opinión Consultiva OC-16/99 El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.

26 Se trata de las normas imperativas de Derecho, aquellas que no admiten ni la exclusión ni la alteración de su contenido, de tal modo que cualquier acto que sea contrario al mismo será declarado como nulo. El *ius cogens* busca proteger los intereses colectivos fundamentales del grupo social; por ello, estas normas se encuentran en una posición jerárquica superior con respecto al resto de disposiciones legales.

Cuadro 9. Estándares de protección de los derechos de los migrantes que surgen de la OC-18/2003

El principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, tiene el carácter *ius cogens* (párrafo 101).

Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades (párrafo 104).

El incumplimiento de estas obligaciones genera la responsabilidad internacional del Estado. Dicha obligación se impone a los Estados en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas (párrafo 109).

La situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación. Esto no significa que no se podrá iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Al tomar las medidas que correspondan los Estados deben respetar sus derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia (párrafo 118).

Los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados en su territorio los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana (párrafo 119).

Los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio (párrafo 172).

Por último, la Opinión Consultiva Nro. 21 (OC-21/2014), solicitada por los Estados del MERCOSUR, avanza fuertemente sobre el reconocimiento de los derechos de la niñez en el contexto de la migración. En esta opinión consultiva la Corte determina que el interés superior de los niños, niñas y adolescentes prima sobre los intereses de la política migratoria de cualquier Estado, reafirma la prohibición de detención así como de rechazo en frontera, y establece que la devolución de un niño, niña o adolescente sólo puede hacerse si es en su interés superior.

El trabajo contencioso de la Corte IDH

Entre las funciones de la Corte IDH también se cuentan la intervención en casos denunciados frente a su tribunal y la emisión de sentencias, y la adopción de medidas cautelares (llamadas “provisionales”).

De los casos y documentos reseñados surgen varios estándares en materia de política migratoria y derechos humanos. Actualmente, la jurisprudencia del SIDH toma los siguientes puntos de partida:

- ▶ Los Estados tienen la facultad de fijar sus políticas migratorias.
- ▶ El ejercicio de esa facultad reconoce límites: en particular, deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes.

- ▶ Aunque pueden efectuar diferenciaciones (“distinciones”), no pueden lesionar el principio de igualdad y no discriminación.
- ▶ Sobre esos acuerdos básicos, los órganos del sistema han continuado avanzando para establecer:
 - ▶ La no criminalización de la migración y en particular que (i) el ingreso no autorizado no es un delito; (ii) la detención no tendrá fines punitivos. Así, ha dicho claramente que “serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central sea la detención obligatoria de los migrantes en situación irregular”.
 - ▶ Algunos estándares concretos en frontera, como el derecho a la información (por lo menos verbalmente y en un idioma que comprenda), la prohibición de rechazo de solicitantes de asilo sin analizar sus peticiones, y de niños/as y adolescentes en general.
 - ▶ Que la detención es una medida excepcional en general y, para el caso de niños/as y adolescentes, directamente no permitida.
 - ▶ Varias especificaciones en torno al derecho a la asistencia consular: (i) el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la Convención de Viena; (ii) el derecho de acceso efectivo a la comunicación con un funcionario consular y (iii) el derecho a la asistencia misma.
 - ▶ La expulsión con arreglo a procedimientos legales no rige sólo para extranjeros en situación irregular sino para toda persona no nacional que se encuentre en el territorio de un Estado.

Cuadro 10. Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

Título	Contenido
Informe sobre inmigración en Estados Unidos: detención y debido proceso (2011)	<p>Relevante para países que no son parte de la Convención Americana de Derechos Humanos.</p> <p>Condensa estándares del sistema universal y de sistemas regionales.</p> <p>Enlaza migración con derecho a buscar y recibir asilo.</p>
Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México (2013)	<p>Presenta la situación en México.</p> <p>Recuerda la responsabilidad del Estado por los hechos de terceras personas.</p> <p>Temas: desaparición forzada, trata de personas, derechos de las mujeres, etc.</p>
Refugiados y migrantes en Estados Unidos. Familias y niños no acompañados (2015)	<p>Responde a una crisis humanitaria específica.</p> <p>Refuerza estándares generales (no devolución, no detención, etc.) y específicos para ciertos grupos (solicitantes de asilo, familias, niños, niñas y adolescentes, etc.).</p>

Cuadro 11. Casos sobre derechos de los migrantes ante la Corte IDH

Caso	Contenido
“Castillo Petruzzi” (1999)	Aunque no determina la violación del derecho a la nacionalidad, la Corte recoge en el ámbito contencioso lineamientos que había desarrollado en su Opinión Consultiva Nro. 4 (1984). Así, reafirma que la nacionalidad es un derecho humano y que aunque su determinación compete al ámbito interno, este margen de apreciación encuentra límites en el régimen de derechos humanos. Esta doctrina vuelve a ser reiterada en el caso “Ivcher Bronstein” (2001).
“Yean y Bosico” (2005)	En este caso se discute nuevamente el derecho a la nacionalidad y los derechos asociados a ella. La Corte reconoce dos grandes límites al margen de discrecionalidad de los Estados para otorgar la nacionalidad: (i) la aplicación del principio de igualdad y no discriminación; (ii) la búsqueda de reducción de la apatridia. Asimismo, afirma que el estatus migratorio no puede ser condición para otorgar nacionalidad, y que éste no se transmite a los/as hijos/as.
“Vélez Loor” (2010)	La Corte reconoce aquí la importancia de las garantías del debido proceso: notificación, recurso judicial (no administrativo), acceso abogado gratuito, etc., para las personas migrantes. Asimismo, precisa los alcances del derecho a la asistencia consular y establece que las medidas punitivas por ingreso irregular son incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos y por tanto, no están permitidas.
“Nadege Dorzema” (2012)	Entre sus puntos salientes, en este caso la Corte menciona que frente a infracciones administrativas, el Estado debe asegurar una capacitación acorde para enfrentar la infracción, teniendo en cuenta la vulnerabilidad de las personas migrantes. También sostiene que la atención médica es obligatoria para todas las personas migrantes, incluso aquellas en situación irregular. Por último, establece ciertas garantías en torno a la expulsión (como el derecho a la información y a la revisión de la situación).
“Pacheco Tineo” (2013)	Sobresale en esta sentencia la aplicación del principio de “no devolución” para todas las personas extranjeras y no sólo para los/as refugiados/as. Basándose en que la determinación de la condición de refugiado es declarativa, la Corte establece que el rechazo en frontera de una persona extranjera sin analizar su petición está prohibido. Asimismo, el derecho a solicitar y recibir asilo también debe contar con un elenco de garantías. Finalmente, establece la obligación de escuchar, en tales procedimientos, a los niños, niñas y adolescentes.
“Personas Dominicanas” (2014)	Este caso condensa los avances logrados en “Yean y Bosico” y en “Nadege Dorzema”. ²⁷ Por un lado, parte de considerar que la nacionalidad forma parte del derecho a la identidad y que en tal marco, los documentos son importantes. Reafirma algunos estándares aplicados en torno a la detención, estableciendo que las “razzias” o detenciones colectivas están prohibidas. Por último, se dirige a la situación de niños, niñas y adolescentes en particular: establece que se requieren garantías adicionales para su expulsión (y brinda ciertos parámetros para el análisis, tales como la historia familiar, el tiempo de permanencia, etc.), se prohíbe su detención y se dispone que las restricciones a derechos sólo pueden ejecutarse si es en el interés superior de ellos/as.

.....

27 García, L. y Penchaszadeh, A. (2015) *Desnacionalizaciones y expulsiones masivas. El caso ‘Personas dominicanas’*, en Revista de Derechos Humanos INFOJUS, pp. 137-152. Disponible en: <http://bit.ly/2dshwMs>



Procesos de integración regional y derechos humanos de los migrantes

Los esfuerzos desplegados en los últimos años por los bloques Comunidad Andina de Naciones (CAN), *Caribbean Community* (CARICOM) y MERCOSUR se encaminan, justamente, a buscar criterios comunes que faciliten la migración y la residencia de los/as ciudadanos/as de los países miembros en el marco de la creación de mercados comunes y, posteriormente, de espacios comunitarios.²⁸ Este objetivo también es perseguido desde la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), donde la nacionalidad de un país miembro es un criterio de residencia y acceso a derechos y, a su vez, un vehículo de integración: “la consolidación de una identidad suramericana a través del reconocimiento progresivo de derechos a los nacionales de un Estado Miembro residentes en cualquiera de los otros Estados Miembros, con el fin de alcanzar una ciudadanía suramericana”.

Precisamente, el lugar central otorgado a la nacionalidad y a los derechos humanos constituye una tendencia reciente en la región,²⁹ que se manifiesta tanto en los procesos regionales de integración como en los procesos consultivos de migración y, finalmente, en las legislaciones y políticas domésticas. Se trata de procesos que confluyen y se retroalimentan.

El MERCOSUR

El MERCOSUR nació con una fuerte impronta económica. En su camino a la integración, tomó nota de la relevancia de la llamada “variable social”. Por la importancia dada a la libre circulación de los factores de producción, mencionada en los instrumentos constitutivos del bloque, la primera preocupación por la migración apareció de la mano de los trabajadores migrantes.

.....
28 Comisión Económica para América Latina, *Migración internacional, derechos humanos y desarrollo*, Santiago de Chile, CEPAL, 2006.

29 Ceriani, Pablo, “Apuntes críticos sobre derechos humanos, migraciones y libre circulación de personas en el MERCOSUR”, en Ceriani, Pablo, *Derechos Humanos. Reflexiones desde el Sur*, 2013. Disponible en: <http://bit.ly/2dsftlm>

Cuando se organizó la estructura institucional del MERCOSUR, la Reunión de Ministros del Interior previó un Grupo de Trabajo especializado Migratorio, el cual respondía a una comisión técnica, conformada por funcionarios de seguridad. Así, “el primer abordaje que se hace de la temática migratoria dentro del MERCOSUR, es un grupo que dependía de una Comisión Técnica en la que primaba la óptica de la seguridad”.³⁰

A fines de 2002 se firma el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR y el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile (Decisión del Consejo Mercado Común Nro. 28/02), que entrará en vigor en julio de 2009.

El objetivo de impulsar la “dimensión social” o la integración del MERCOSUR encuentra en la migración una de sus grandes deudas, transformada así en “uno de los primeros puntos de nuestra agenda regional”.³¹

El objeto del citado tratado se enuncia como destinado a aquellos “nacionales de un Estado Parte que deseen residir en el territorio de otro Estado Parte” (art. 3.1), o bien que se encuentren en territorio de la otra deseando regularizarse (art. 3.2), a cuyo fin podrán obtener una residencia legal en este último. Cumplidos los requisitos, la autoridad consular o migratoria, según corresponda, podrá otorgar una residencia temporaria de hasta dos (2) años, que puede transformarse en permanente mediante solicitud con una antelación de noventa (90) días al vencimiento de aquella (art. 5). De no realizarla, quedarán sometidos a la legislación migratoria interna de cada Estado Parte (art. 6). Por otro lado, un componente importante de los acuerdos de residencia es su contenido en materia de derechos.

.....
30 Organización Internacional para las Migraciones, *Integración y migraciones. El tratamiento de la variable migratoria en el MERCOSUR y su incidencia en la política argentina*, Buenos Aires, OIM, 2012.

Disponibile en: <http://bit.ly/2dsgqjO>

31 Discurso del Presidente Néstor Kirchner ante la Asamblea legislativa, 25 de mayo de 2003.

Disponibile en: <http://bit.ly/2dsfU5F>

Cuadro 12. Estándares que surgen de los Acuerdos de Residencia del MERCOSUR

Igualdad de derechos	Los nacionales de las Partes y sus familias que hubieren obtenido residencia en los términos del Acuerdo gozarán de los mismos derechos y libertades civiles, sociales, culturales y económicas de los nacionales del país de recepción, en particular el derecho a trabajar; y ejercer toda actividad lícita en las condiciones que disponen las leyes; petitionar a las autoridades; entrar, permanecer, transitar y salir del territorio de las Partes; asociarse con fines lícitos y profesar libremente su culto, de conformidad a las leyes que reglamenten su ejercicio.
Reunificación familiar	A los miembros de la familia que no ostenten la nacionalidad de uno de los Estados Partes se les expedirá una residencia de idéntica vigencia de aquella que posea la persona de la cual dependan, siempre y cuando presenten la documentación requerida, y no posean impedimentos. Si por su nacionalidad los miembros de la familia necesitan visación para ingresar al país deberán tramitar la residencia ante la autoridad consular salvo que de conformidad con la normativa interna del país de recepción este último requisito no fuere necesario.
Trato igualitario con nacionales	Los inmigrantes gozarán en el territorio de las Partes de un trato no menos favorable que el que reciben los nacionales del país de recepción en lo que concierne a la aplicación de la legislación laboral, especialmente en materia de remuneraciones, condiciones de trabajo y seguros sociales.
Derecho a transferir remesas	Los inmigrantes de las Partes tendrán derecho a transferir libremente a su país de origen sus ingresos y ahorros personales, en particular los fondos necesarios para el sustento de sus familiares, de conformidad con la normativa y la legislación interna en cada una de las Partes.
Derechos de los hijos de inmigrantes	Los hijos de los inmigrantes que hubieran nacido en el territorio de una de las Partes tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad, de conformidad con las respectivas legislaciones internas. Los hijos de los inmigrantes gozarán en el territorio de las Partes del derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad con los nacionales del país de recepción. El acceso a las instituciones de enseñanza preescolar o a las escuelas públicas no podrá denegarse o limitarse a causa de la circunstancial situación irregular de la permanencia de los padres.

A raíz de estos acuerdos, también se considera que la cuestión migratoria merece un espacio de enlace directo con la reunión de ministros y es así como se creó el Foro Especializado Migratorio (FEM), que “vino a potenciar el enfoque de Derechos Humanos en el abordaje de los temas migratorios”.³²

En el mismo sentido, uno de sus primeros y más distintivos documentos fue la Declaración de Santiago sobre Principios Migratorios, firmada en 2004. En los párrafos más destacables de la esa declaración los Ministros sostienen que “el MERCOSUR debe reafirmar ante el resto del mundo su vocación de trabajar hacia una nueva política migratoria, fundamentada en la dimensión ética del respeto a los Derechos Humanos”.

Al mismo tiempo, hubo una creciente comprensión por parte de los Estados acerca de la necesidad de implementar políticas migratorias conjuntas y al mismo tiempo, presentar posiciones aunadas de cara a los procesos consultivos migratorios, como ser el Diálogo de Alto Nivel sobre Migraciones y Desarrollo, el Foro Mundial sobre Migraciones y Desarrollo o

.....
32 Organización Internacional para las Migraciones, *Supra* nota 30.

la Conferencia Sudamericana de Migraciones.³³ Así, por ejemplo, en el Documento informativo la “Postura Regional sobre Política Migratoria con vistas al Foro Mundial de Migración y Desarrollo”, se pone de manifiesto la visión compartida en la temática migratoria centrada en el respeto irrestricto de los derechos humanos de los migrantes y la importancia de políticas de regularización y facilitación de acceso a la residencia como base para lograr una integración plena de los migrantes en las sociedades de acogida.³⁴

Además, bajo esta idea de cooperación intrarregional, la protección de los derechos humanos de manera integral es central y progresiva. Los procesos regionales han ido incorporando un régimen de protección de derechos que fue ampliando la noción inicial de “trabajador” a “ciudadano” en general.

En 2010, el Consejo del MERCOSUR aprobó la elaboración de un “Plan de Acción para la conformación progresiva de un Estatuto de la Ciudadanía del MERCOSUR”. A través de él, el MERCOSUR ha establecido que el estatuto de ciudadanía “estará integrado por un conjunto de derechos fundamentales” y conformado sobre la base de la política de libre circulación e igualdad de derechos.³⁵

Este desarrollo tuvo varios impactos a nivel doméstico. Así, por ejemplo, de la mano con el posicionamiento del bloque frente al tratamiento de sus nacionales en Europa (en particular por la Directiva de No Retorno), comenzaron a impulsarse legislaciones que mejoraran el trato dispensado a las personas extranjeras en los territorios de los países del bloque, en particular a través de tres ejes principales: la incorporación de una perspectiva de derechos humanos, la expansión de criterios de radicación, y la facilitación de la regularización mediante procesos *ad hoc*.

La UNASUR

Finalmente, también desde el marco de la UNASUR puede advertirse ya desde su Tratado Constitutivo un enfoque de derechos de las personas migrantes. Entre sus objetivos, se menciona: “La cooperación en materia de migración, con un enfoque integral, bajo el respeto irrestricto de los derechos humanos y laborales para la regularización migratoria y la armonización de políticas”.³⁶

.....
33 Es posible consultar la memoria institucional del Foro Especializado Migratorio en el siguiente link:
<http://bit.ly/2dsfKuK>

34 MERCOSUR/RMI/ACTA N° 01/08. Disponible en: <http://bit.ly/2ct32qA>

35 Por más información, consultar: <http://bit.ly/2dshRis>

36 Disponible en: <http://bit.ly/2dsgj47>

En la Declaración de Cochabamba de 2006, uno de los principios rectores es el de los derechos humanos, tanto como el “rostro humano” aparece para definir la promoción de la integración o la migración es pensada también desde los derechos y desde instrumentos internacionales en derechos humanos pertinentes. Entre los objetivos de la UNASUR, esta Declaración se plantea

abordar el tema de la migración con un enfoque integral y comprensivo, bajo el respeto irrestricto de los derechos humanos que conduzca a una cooperación efectiva, particularmente en áreas estratégicas, como la vinculación entre la migración y el desarrollo y la armonización de políticas. En este sentido, destaca la importancia de la Convención Internacional para la Protección de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familias.³⁷

En el mismo sentido, en 2008 la UNASUR consensuó un documento de posicionamiento frente a la Directiva Europea de Retorno,³⁸ reconociendo entre otras cosas que la libre movilidad es un derecho humano.³⁹ Un año después, la Conferencia Sudamericana de Migraciones se expresaría en el mismo sentido, como muestra de la confluencia entre procesos regionales de integración y consultivos en migración.

Asimismo, mediante la Decisión Nro. 8 de 2012, el Consejo de Jefas y Jefes de Estado y Gobierno de la UNASUR decide iniciar el proceso de construcción de la ciudadanía suramericana, dando prioridad a la dimensión migratoria.⁴⁰

A partir de esa decisión, se creó un Grupo de Trabajo sobre Ciudadanía Suramericana (GTCS). Este funciona bajo la coordinación de una Presidencia Pro Témpore y su mandato consiste en la elaboración de una hoja de ruta y un informe conceptual que explore las diferentes dimensiones de la ciudadanía suramericana, tomando en cuenta los instrumentos y experiencias particularmente sub-regionales, la normatividad interna de cada Estado miembro de la Unión, y los avances vinculados a este tema que estén siendo tratados en los diferentes Consejos Sectoriales de la UNASUR. Dicho informe conceptual fue elaborado y aprobado en 2014.⁴¹

.....
37 Disponible en: <http://bit.ly/2dsgsIK>

38 Directiva sobre los procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio (2008).

39 Declaración de la Unión de Naciones Suramericanas sobre la “Directiva de Retorno” de la Unión Europea. Disponible en: <http://bit.ly/2dsgCzJ>

40 UNASUR/CJEG/DECISIÓN/Nº 8 /2012. Disponible en: <http://bit.ly/2dshEeR>

41 UNASUR/CMRE/RESOLUCIÓN Nº 14/2014. Disponible en: <http://bit.ly/2dshiF7>



Derechos humanos y *migration governance* en los procesos consultivos regionales

La perspectiva de derechos humanos ha sido paulatinamente adoptada en varios niveles: en procesos de integración regional, en procesos consultivos de migración y en las políticas y legislaciones domésticas. En particular, existen varios espacios de diálogo sobre migraciones que, reconociéndolas como parte vital de los procesos de integración, también han incorporado una perspectiva de derechos humanos.

Uno de los mayores exponentes en ese sentido es la Conferencia Sudamericana de Migraciones (CSM). Se trata de un proceso de consulta no vinculante, impulsado por los Estados de la región interesados en la coordinación de políticas migratorias, con especial énfasis en la integración y el desarrollo de los países involucrados. La CSM se distingue de otros procesos consultivos en migración “especialmente con respecto a la perspectiva de posicionamientos de los derechos humanos del migrante como centro de sus propuestas de política”.⁴² Así, por ejemplo, en la III Conferencia (2002) se introduce el concepto de “desarrollo humano” de la población de los países suramericanos vinculado directamente al respeto y vigencia de los derechos humanos de las personas migrantes, subrayando al mismo tiempo la importancia de la participación de la sociedad civil. En la siguiente conferencia, en 2003, se avanzó en la perspectiva de la libre movilidad en la región, ratificando el rol central de los derechos humanos para dicho proceso.

Los máximos exponentes de este largo proceso probablemente sean la Red Sudamericana para la Gobernabilidad Migratoria (2008) y el Plan Sudamericano de Desarrollo Humano para las Migraciones (PSDHM) (2010).

El PSDHM, aprobado por la X CSM en 2010, tiene como principios rectores: la integralidad del hecho migratorio (considerando a la persona migrante como sujeto de derechos), el respeto por los derechos humanos de las personas migrantes y sus familiares, el ejercicio ciudadano

.....

42 Conferencia Sudamericana de Migraciones, *Plan sudamericano de desarrollo humano de las migraciones, contexto y perspectivas*, 2010. Disponible en: <http://bit.ly/2dsi992>

de una libre movilidad segura e informada, el derecho de toda persona a la libre circulación y residencia y el derecho de las personas migrantes a una ciudadanía plena, que incluya participación e integración en la sociedad receptora.⁴³

Asimismo, existen otros procesos consultivos donde participan los países de la región. En la Conferencia Regional sobre Migraciones (CRM), más conocida como “Proceso Puebla”, Argentina, Ecuador y Perú tienen estatus de observadores.

Todos estos procesos se enmarcan bajo lo que comúnmente se identifica como “governabilidad” o gobernanza (del inglés *governance*) de las migraciones, entendida como “un proceso en el que el marco conjunto de normas jurídicas y estructuras orgánicas regulan y determinan el actuar de los Estados en respuesta a la migración internacional al abordar derechos y obligaciones y fomentar la cooperación internacional”.⁴⁴ En esta perspectiva, que se presenta como “contrapeso” de la idea de “gestión” migratoria, más cercana esta última al control o a la “contención” de la migración,⁴⁵ los derechos humanos tienen un rol central, sea como la “dimensión ética en el planteo y desarrollo de las políticas migratorias”,⁴⁶ como un factor de “rebalanceo” que permitiría inclinar la política hacia una de fronteras abiertas,⁴⁷ o hasta como el “eslabón perdido” para generar políticas migratorias más eficaces.⁴⁸

.....
43 Conferencia Sudamericana de Migraciones, *Supra* nota 40.

44 Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Migración y derechos humanos. Mejoramiento de la gobernanza basada en los derechos humanos de la migración internacional*, 2013. Disponible en: <http://bit.ly/2cBABKo>

45 Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Supra* nota 42.

46 Mármora, Lelio, *Supra* nota 10.

47 Bruch, Elizabeth, “Open or closed: balancing border policy with human rights”, en *Kentucky Law Journal*, 2007, Nro. 96.

48 Ghosh, Bimal, “Derechos humanos y migración: el eslabón perdido”, en *Migración y desarrollo*, 2008, Nro. 10.

Derechos humanos en legislaciones y políticas migratorias nacionales

La incorporación de los derechos humanos en general y del derecho humano a migrar en particular puede señalarse como el punto de partida de una nueva perspectiva de las migraciones. Tradicionalmente situada en la órbita de la soberanía estatal más absoluta, la perspectiva de las migraciones ha avanzado hacia formas que primero han “humanizado” las políticas migratorias y, luego, han buscado ubicar a la persona migrante en el centro de las preocupaciones.

Existe acuerdo en señalar que las políticas migratorias son parte de las políticas públicas y, por tanto, corresponde al gobierno de cada Estado tomar las decisiones básicas para definir las y poder aplicarlas.⁴⁹ En este sentido, incluso los organismos de protección de derechos humanos a nivel internacional han reconocido que –en el ejercicio de su facultad de fijar las políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de derechos humanos.⁵⁰ Según la Corte IDH, se entiende entonces que la política migratoria de un Estado está constituida por todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, etc.) que verse sobre la entrada, salida o permanencia de la población nacional o extranjera fuera de su territorio.⁵¹

En el ejercicio de estas facultades, los Estados de la región han avanzado hacia la protección de los derechos humanos de las personas migrantes presentes en su territorio.

.....
49 Mámora, Lelio, *Supra* nota 10.

50 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso “Vélez Loor vs. Panamá”*. Sentencia del 23 de noviembre de 2010. Serie C Nro. 218.

51 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, 2003.

Cuadro 13. La Declaración de Santiago sobre Principios Migratorios (2004)

CONVENCIDOS (...) Que el MERCOSUR debe reafirmar ante el resto del mundo su vocación de trabajar hacia una nueva política migratoria, fundamentada en la dimensión ética del respeto a los derechos humanos...

DECLARAN (...) Asegurar a los migrantes el respeto a los derechos humanos y todos aquellos reconocidos por las Convenciones Internacionales vigentes en la material

(...) Destacar la importancia de la reunificación familiar, como elemento necesario para la estabilidad plena de los inmigrantes, reconociendo a la familia como base fundamental de la sociedad;

(...) Condenar prácticas de xenofobia, deportaciones en masa o en grupo, y detenciones sin respaldo legal;

(...) Fomentar la importancia del cumplimiento de las disposiciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y la Carta de las Naciones Unidas;

(...) Reconocer que las migraciones requieren un tratamiento multidisciplinario y multilateral;

Una de las consecuencias más importantes del reconocimiento del derecho a migrar es que, frente a la ausencia de un reconocimiento explícito de tal derecho a nivel internacional, los Estados han dado un paso adelante en el sentido de asumir responsabilidades por la movilidad de personas en la esfera latinoamericana. Por otro lado, la perspectiva de derechos prioriza a la persona humana (migrante, en este caso) por sobre otras consideraciones.

A propósito de esta perspectiva, Sayad plantea que “el Estado se piensa a sí mismo al pensar la migración” y más aún, que “pensar la migración es pensar el Estado”.⁵² Entonces: ¿cuál es el rol de los Estados en las migraciones y, en particular, en una perspectiva de migraciones con derechos humanos?

.....
52 Sayad, Abdelmalek, *La Doble Ausencia. De Las Ilusiones Del Emigrado a Los Padecimientos Del Inmigrado*, Barcelona, Anthropos, 2010.

Desafíos del derecho humano a migrar

Hasta aquí hemos visto en forma breve el desarrollo de un nuevo orden internacional creado a partir de las guerras mundiales y la creación de una nueva institucionalidad a nivel universal y regional. Ahora bien, cabe preguntarse si este nuevo orden que desarticuló el paradigma establecido es totalmente aplicable a las personas migrantes, en particular, respecto de las personas migrantes en situación irregular.

Se puede decir que el reconocimiento pleno de los derechos de las personas migrantes es uno de los desafíos pendientes como consecuencia de los resabios de aquella perspectiva que considera al tratamiento de la población como un asunto interno donde se aplica el principio de no injerencia en los asuntos domésticos.

Si posicionar a la persona humana como sujeto de derechos –frente a su propio Estado– fue una lucha que acaparó la segunda parte del siglo XX, esgrimir derechos de las personas migrantes –frente al Estado del cual no son nacionales– es uno de los grandes desafíos del siglo XXI, caracterizado por grandes estrategias restrictivas y hasta institucionalmente discriminatorias e incluso criminalizadoras en los principales países receptores de migración.⁵³

Los instrumentos internacionales reconocen el derecho a salir de un Estado del cual se es nacional, pero debemos preguntarnos si existe un derecho a entrar a otro Estado del cual la persona no es nacional. Si no hay un derecho a entrar difícilmente pueda además hablarse de un derecho a migrar. Este derecho a ingresar, a entrar físicamente, es el componente necesario para gozar de los derechos vigentes en el territorio del Estado de tránsito o destino.

En principio, como parte del concepto de la soberanía estatal, se reconoce que los Estados tienen la facultad de fijar su propia política migratoria y, en tal ejercicio, pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean “compatibles con las normas de

.....

53 García, Lila, (2013) “Estándares migratorios en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y Derecho a migrar en Argentina”, en *Revista de Derechos Humanos*, Año II, Número II. Disponible en: <http://bit.ly/2dsgYq3>

protección de derechos humanos y la dignidad humana”. En suma, los Estados pueden establecer “distinciones”, siempre que éstas no lesionen los principios de igualdad y no discriminación, ya reconocidos como del *ius cogens*.

En este punto, debe notarse que incluso la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares organiza su contenido de derechos en dos grandes secciones: los destinados a todos los trabajadores migratorios y sus familiares –incluyendo los que están en situación irregular– (parte II y III) y aquellos otros derechos de los trabajadores y familiares “documentados o en situación regular”. Es decir, si bien este tratado ha significado un avance respecto al reconocimiento de los derechos de las personas migrantes, contiene una serie de restricciones para el reconocimiento de ciertos derechos a las personas migrantes y sus familiares que no estén documentados.⁵⁴

Más allá de lo señalado, se debe resaltar que el derecho a migrar está en pleno debate y que los países suramericanos son los que están a la vanguardia en cuanto a considerar a la migración como un derecho y ya no como una cuestión meramente de seguridad y soberanía. Como mencionamos párrafos arriba, las legislaciones argentina, uruguaya, ecuatoriana y boliviana han dado pasos paradigmáticos en términos de reconocimiento del derecho a migrar en sus vigentes leyes de migración.

Entonces, el derecho a migrar puede ser pensado primero en sentido amplio, como relativo al plan de vida de una persona (“el derecho a llevar adelante su proyecto de vida en cualquier país que elija”), incluyendo así varios derechos, como a la integración. En un sentido estricto, hace referencia a un núcleo básico relativo la circulación y al movimiento en sentido puro, físico. Un contenido posible de este derecho incluye el derecho a: no salir (no migrar), a un tránsito seguro, a ingresar a un Estado, a un estatus migratorio regular, a la libre circulación y residencia, y a un egreso consentido que limite la expulsión.⁵⁵

Cuadro 14. El derecho humano a migrar en la legislación migratoria argentina

A propósito del derecho a migrar reconocido por la Argentina (y predicable respecto de igual derecho reconocido en otros ordenamientos), se ha dicho que tal reconocimiento invierte la regla histórica vigente desde la aparición de los Estados territoriales en el siglo XVII: “ya no es el Estado el que decide qué personas y grupos, con qué características fenotípicas y dotación simbólica, qué habilidades y disposiciones se va a incorporar a la comunidad política que el Estado gobierna, sino que son las personas y los grupos humanos quienes tienen en principio el derecho a decidir en qué organización política quieren vivir y ejercer la totalidad de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”.⁵⁶

54 Otra muestra de las tensiones para reconocer los derechos de las personas migrantes por parte de los Estados es que de los nueve tratados fundamentales de derechos humanos de Naciones Unidas, la Convención Internacional para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares es claramente la que menor ratificaciones ha recibido, siendo la mayoría de ellas de países suramericanos, pero ninguna de la Unión Europea ni EEUU.

55 Por una propuesta de contenido del derecho a migrar, consultar García, *Supra* nota 52.

56 Vior, V. y Bonilla, A. (2008) “El derecho humano a la migración y las ciudadanía interculturales emergentes: el caso de la minoría de origen boliviano en la Ciudad de Buenos Aires”, ponencia presentada al X Congreso de Antropología Social, Posadas, 5-8 de agosto de 2008. Disponible en: <http://bit.ly/2dsgVKP>

En el caso del MERCOSUR, este tema ha sido objeto de distintas discusiones que han derivado en acciones diversas y en la valoración del área fronteriza como un objetivo central en el diseño de políticas para consolidar una ciudadanía regional. Una experiencia que abona en la coordinación de este tipo de espacios son los Comités de Integración⁵⁷ (también denominados Comités de Frontera) como mecanismos de relacionamiento bilateral que, aún sin contar con capacidad de decisión, ni carácter vinculante, constituyen cajas de resonancia sobre las problemáticas locales, vinculando a las autoridades de los distintos niveles de gobierno (municipales, estatales, nacionales) con los cónsules correspondientes a cada región.

.....
57 Los comités de integración son encuentros binacionales que se realizan entre regiones fronterizas de dos países para el tratamiento de temas de interés mutuo y que comprenden diferentes aspectos con respecto a la problemática local. Los primeros Comités de Frontera tienen origen en la frontera entre Argentina y Paraguay, en el año 1985 (ver “Los Comités de Integración como importante mecanismo de relacionamiento bilateral”, disponible en: <http://bit.ly/2dshCDP>).



Conclusiones

La segunda mitad del siglo XX ha sido clave para la construcción y el reconocimiento universal de estándares internacionales de derechos humanos, incluyendo los derechos de las personas migrantes. Sin embargo, persisten todavía algunas restricciones en relación con la protección de determinados derechos en función de la condición migratoria de las personas. De todas maneras, se ha avanzado en los últimos años en la consolidación del principio de no discriminación e igualdad de trato en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los países suramericanos han avanzado en el reconocimiento de un derecho a migrar y otros derechos generales asociados a la calidad de nacional.

Específicamente en materia migratoria, la región suramericana en los últimos años ha consolidado un flujo migratorio intrarregional que ha incidido en la consideración de las particularidades y dificultades que se presentan actualmente para la protección de las personas migrantes. Muchos Estados de la región suramericana se han convertido en la actualidad en un modelo que hace viable el ejercicio del derecho a migrar de las personas y reconoce derechos humanos a las personas migrantes. Este es un modelo en pugna, en un mundo que cuestiona a diario la universalidad de los derechos humanos, a través de las políticas migratorias

En definitiva, derechos humanos y migraciones tienen en común el preponderante rol del Estado. Los primeros se caracterizan por ser “estado-céntricos”: en su interpretación actual, son los Estados quienes los reconocen y garantizan. Por otra parte, los Estados definen y administran las migraciones a partir del régimen diferencial que implican las legislaciones de migraciones o de extranjería. Esto provoca que el diálogo entre unos (derechos) y otras (migraciones) encuentre un buen canal en el Estado, articulador de ambas dimensiones a través del papel definitorio que tiene en ambos.

Estos aspectos, por otro lado, hacen que su responsabilidad sea mayor, en tanto Estado garante de los derechos humanos y administrador de las migraciones. En particular, el reconocimiento de un derecho a migrar, lejos de suponer una renuncia de soberanía, pone en funcionamiento el ejercicio de los Estados de su “facultad de fijar políticas migratorias” a que refiere la Corte IDH. Los Estados deciden así hacer énfasis en la persona humana: primero es persona y luego es migrante. Son ellas, las que en un marco de integración regional, tienen reconocido el derecho a decidir en qué organización política quieren vivir, y a ejercer la totalidad de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Compete a los Estados que han reconocido estos derechos, garantizar las condiciones para su ejercicio.

