

GT DERECHO A TENER DERECHOS

Work group: right to have rights

*Fernanda Denardin Gonçalves**

Palabras clave: Derechos Humanos; Protección de los Migrantes; Derecho a Tener Derechos

Introducción

La selectividad y las restricciones de las políticas migratorias de muchos países provocaron, en los últimos años, un aumento de la inmigración irregular. Millones de personas, sin la documentación necesaria viven y trabajan en situaciones de vulnerabilidad, no teniendo derecho a tener derechos.

Aunque las legislaciones locales garantizan derechos y garantías individuales, la inseguridad y el miedo de retaliaciones y detenciones por parte de las autoridades locales lleva los migrantes a optar por la invisibilidad, renunciando a la búsqueda de sus derechos fundamentales reconocidos internacionalmente.

En este contexto tres aspectos son discutidos en este documento, considerándolos como problemáticas de la gestión migratoria que terminan facilitando la violación de los derechos humanos de los migrantes. Son ellas: la migración irregular; la no ratificación y/o la no incorporación en las legislaciones nacionales de las Convenciones ratificadas que protegen los

* Consultora de la Oficina de Chile de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM-Chile). Participó del Seminario “Migraciones Internacionales y Derechos Humanos” como coordinadora del Grupo de Trabajo: “Derecho a tener Derechos” en representación al Sr. Richard Perruchoud, director del Departamento de Derecho Internacional de los Migrantes de la Oficina de Ginebra de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM – Ginebra).

derechos humanos de los migrantes y la dicotomía entre la soberanía de los Estados y la protección de los derechos humanos de los migrantes.

La migración irregular y el acceso a los derechos y condición administrativa de los migrantes

Según, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos los instrumentos universales de derechos humanos prevén que todo Estado debe respetar y asegurar los derechos humanos de “toda persona en su territorio sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.¹ Por consiguiente, *prima facie*, se garantizan los derechos contenidos en esos instrumentos a todas las personas presentes en un Estado, sea cual fuera su condición jurídica o la duración de su estadía.

No obstante, hay una serie de limitaciones en el goce de los derechos de los migrantes en el marco de los derechos humanos. En primer lugar, como afirma Duran² los derechos humanos son inalienables pero no son absolutos. Aunque algunos derechos no pueden ser objeto de una derogación, sólo en circunstancias excepcionales, varios instrumentos internacionales de derechos humanos establecen una distinción, en ciertas circunstancias, entre los derechos conferidos a migrantes que están legalmente en el territorio del Estado y aquellos que están en situación irregular.

Por consiguiente, en el marco de los derechos humanos se establece una “jerarquía” de beneficiarios: ciudadanos que gozan de plenos derechos, seguidos de migrantes instalados legalmente en el territorio del Estado y, finalmente, migrantes en situación irregular. Obviamente, este último grupo es el más expuesto a abusos y a discriminación, ya que al no gozar de una situación jurídica o de un reconocimiento jurídico son, particularmente, susceptibles a la explotación y a que se les denieguen sus derechos humanos fundamentales.

En este sentido, es necesario prevenir la migración irregular, empezando en los países de origen, desarrollando políticas eficaces de prevención que incluyan la adecuada documentación de los nacionales, campañas informativas y, sobre todo, la generación de condiciones de desarrollo que posibilite el arraigo a estos países. Así, se abre un campo de

¹ *Ibidem*, p. 37.

² DURAN, Carlos Villan. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*.

responsabilidad compartida de parte de los Estados. En este ámbito de la cooperación entre los Estados, ya en los países de origen debe iniciarse una lucha contra la salida irregular, pues la primera víctima de la irregularidad es el propio migrante quien, instalado en el país de destino y habiendo ingresado de manera irregular, en breve tiempo termina condenado a la exclusión y vulnerable para todo tipo de violaciones de sus derechos e incluso al delito de la trata de personas.

Como afirma el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos,³ desde una perspectiva de derechos humanos es necesario desarrollar un marco general de gestión y prevención de la migración irregular. Una gestión migratoria que, basada en la responsabilidad compartida de los Estados frente a sus obligaciones con los migrantes, asegure una gestión ordenada de los flujos migratorios.

La no ratificación y/o la no incorporación en las legislaciones nacionales de las Convenciones ratificadas que protegen los derechos humanos de los migrantes

La adopción de una Convención por la Asamblea General de las Naciones Unidas no supone en sí misma un compromiso obligatorio para Estados individuales. Estos se comprometen una vez han ratificado la Convención.

Con reiterada insistencia y en distintos ámbitos, se pide a los Estados que consideren ratificar la Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus familiares que se adopta en 1990 y entra en vigor sólo el 1º de julio del año 2003 con la firma de los 20 Estados necesarios.

Como bien explicita Alba,⁴ la importancia de la ratificación de esta Convención se debe a tres principales aspectos: 1) La Convención es uno de los tres tratados que, en el marco normativo internacional sobre derechos humanos, protege a un grupo específico, particularmente vulnerable, el de los trabajadores migratorios y sus familiares. 2) Ella tiene un importante alcance, ya que define los derechos de los trabajadores migratorios antes de partir, en el tránsito y en el Estado de empleo. En otras palabras, establece obligaciones para los países de origen, tránsito y destino o empleo. 3) Ella enfrenta grandes retos y desafíos importantes

³ OHCHR. *The United Nations Human Rights Treaty System: an introduction to the core human rights treaties and the treaty bodies.*

⁴ ALBA, Francisco. *Importancia e impacto de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares.*

para la protección de los derechos humanos de los migrantes, que se podrían sintetizar en tres: por un lado, promover los derechos establecidos por la Convención; por otro lado, eliminar los obstáculos que dificulten la ratificación de la Convención; y, además, lo que es sumamente importante, implementar la Convención.

Actualmente, la Convención cuenta con 25 Estados signatarios y 30 Estados Parte. Ningún país occidental receptor de migrantes ha ratificado la Convención, a pesar de que la mayoría de los trabajadores migratorios (casi 100 millones de un total de 175) viven en Europa y Norteamérica. Otros importantes países receptores, como la India, Japón, Australia y los Estados del Golfo, tampoco han ratificado la Convención.

La dicotomía entre la soberanía de los Estados y la protección de los derechos humanos de los migrantes

Todos coinciden en que los Estados tienen la autoridad de reglamentar la circulación de las personas a través de sus fronteras. Este poder emana del concepto de un sistema internacional de Estados, donde los Estados poseen la autoridad primordial sobre su territorio y población.

En este sentido, si bien el migrante tiene derecho a abandonar su propio país, no hay obligación internacional alguna para un país tercero de autorizar el ingreso en su territorio. El Estado tiene derecho a determinar el número de inmigrantes que pueden ingresar, los previos requisitos para el ingreso y las condiciones en virtud de las cuales se concede la autorización.

Otra característica central de la soberanía es el poder que tiene un Estado de defender su propia seguridad. En reconocimiento de la importancia que reviste este principio, las normas internacionales de derechos humanos permiten que se eludan algunos derechos por consideraciones de seguridad nacional en una serie de situaciones.

La seguridad nacional siempre ha sido motivo de preocupación para los Estados y siempre ha existido la tensión entre permitir nuevas llegadas y salvaguardar los intereses de su población. Sin embargo, desde el 11 de septiembre, la seguridad nacional ha pasado a ser una cuestión central y repentinamente, los migrantes son objeto de mayor control que antes, ya se trate de solicitantes de asilo, refugiados o personas con motivaciones económicas, están siendo considerados, injustamente, como enemigos potenciales.

Esa nueva tendencia, ha hecho con que varios países han adoptado medidas para reforzar sus sistemas de inmigración, por ejemplo, mejorando

los sistemas de identificación (biometría, huellas digitales), acrecentando el intercambio de datos y los controles fronterizos; reforzando el control de ingresos a su territorio, a saber antes de dar el visto bueno a un pasajero, colocando a más funcionarios de enlace de migración, y a más funcionarios de enlace de las líneas aéreas, etc. Las voces conservadoras y los sentimientos en contra de los inmigrantes han alentado la adopción de políticas de inmigración estrictas, incluso si ahora a veces se admite que el control de la inmigración sólo puede ser una medida equivalente a “una aguja en un pajar” en la lucha contra el terrorismo.

Reflexiones finales

Considerando este panorama, doctrinadores y prácticos reflejen sobre las causas de la debilidad de la protección de los migrantes y los medios para remediarlas. En lo mismo sentido, como afirma Duran⁵ teóricos de las relaciones internacionales también han analizado la efectividad de los tratados internacionales sobre migración, siendo la problemática de la efectividad un punto esencial de reflexión.

A pesar del derecho internacional de las migraciones garantizar cierto patrón de derechos y garantías individuales para los migrantes, tal protección está siendo cerceada por los estados soberanos. Aquí tenemos uno de los mayores paradigmas del derecho internacional: la ausencia de un sistema jurídico centralizado efectivo. Los Estados con mayor poder económico y mayor influencia en el contexto internacional sobreponen sus intereses políticos internos al derecho internacional y a las garantías individuales que se comprometieron a respetar.

El Grupo de Trabajo “Derecho a Tener Derechos” buscó profundizar este tema desafiador, teniendo como foco tanto las situaciones de mayor vulnerabilidad que afectan los migrantes en situación irregular, como los posibles caminos, políticos y jurídicos, que permitan garantizar el respeto de los derechos fundamentales de cada persona, sin tener en consideración su país de nacimiento, su nacionalidad y, sobre todo, su condición migratoria.

Los principales temas abordados en este grupo de trabajo fueron:

1. La necesidad de instauración de una nueva orden internacional para equilibrar el derecho de la persona a movilidad y el derecho de los Estados a limitar las migraciones en nombre de la soberanía;

⁵ DURAN, Carlos Villan. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*.

2. Las políticas restrictivas como dispositivos de gobernabilidad migratoria y su relación con el Derecho a la Movilidad.
3. Los mecanismos jurídicos de protección de los derechos humanos: la evolución de la jurisprudencia de la protección internacional de la persona humana y la identificación de los status del principio *non-refoulement* como *jus cogens*.
4. La situación de los refugiados y su relación con la cuestión de los derechos humanos: análisis de políticas públicas y la participación de la sociedad civil

Bibliografía esencial

ALBA, Francisco. *Importancia e impacto de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares*. México: Programa Nacional de Derechos Humanos, 2008.

DURAN, Carlos Villan. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: Trota, 2006.

OACNUDH. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Santiago: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007.

OHCHR – Office of the High Commissioner of Human Rights. *The United Nations Human Rights Treaty System: an introduction to the core human rights treaties and the treaty bodies*. Fact Sheet n. 30. Geneva, 2000.