

Replanteando el debate sobre migración y desarrollo con base en los Derechos Humanos

**Documento preparado para la reunión de la Acción Global de los Pueblos,
Ciudad de México, Noviembre de 2010**

Susan Gzesh¹

Draft

Toda persona goza de todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración, 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.

Artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948

“El debate sobre migración y desarrollo no puede ni debe estar dissociado de la agenda de derechos humanos. Mientras que las tendencias actuales hacia la flexibilidad de los mercados y la reducción de los estándares laborales afecta a todas y todos los trabajadores, en todo el mundo, las y los trabajadores migrantes enfrentan el mayor riesgo y están sujetos a las más vulnerables condiciones sociales y laborales. En este contexto, la AGP busca promover la protección efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales de las y los migrantes y sus familias, aplicando las herramientas propuestas y la definición de ‘desarrollo humano’ del PNUD y la agenda de ‘trabajo decente’ de la OIT.”²

Acción Global de los Pueblos, 2010.

En la sesión de clausura del Foro Mundial sobre Migración y Desarrollo (FMMD) en el año 2009 en Atenas, Grecia, el representante del gobierno mexicano anunció que los Derechos Humanos serían el tema central del FMMD en México en 2010. Cuando los temas oficiales fueron anunciados a principios de 2010, los derechos humanos no estaban entre ellos. Los Derechos Humanos han sido reemplazados por ‘desarrollo humano’, en gran parte por una presión de los Estados poderosos que integran el cuerpo decisorio llamado ‘los Amigos del Foro’.³

Analizando las agendas de los tres FMMD previos, es claro que los gobiernos no van a permitir ninguna discusión seria sobre Derechos Humanos en el marco temático.⁴ Por lo tanto, es la sociedad civil autónoma, representada por la Acción

¹ La autora es profesora y Directora del Programa de Derechos Humanos de en la Universidad de Chicago. Abogada de profesión, ha trabajado en la defensa de inmigrantes y refugiados y como activista por más de 30 años. Todas las opiniones vertidas en este documento son de la autora y no muestran ninguna postura oficial por parte de la Acción Global de los Pueblos.

² http://www.mfasia.org/index.php?option=com_content&view=article&id=189:2010-peoples-global-action-on-migration-development&catid=33:peoples-global-action&Itemid=54 (consultado Octubre 23, 2010)

³ <http://www.gfmd.org/en/media-gallery/mexico-2010/mexico-2010-news/175-mexico-holds-second-round-of-preparatory-meetings.html> (consultado Octubre 23, 2010)

⁴ <http://www.gfmd.org/en/gfmd-process/the-themes-discussed-at-successive-meetings.html> (consultado Octubre 23, 2010)

Global de los Pueblos para Migración, Desarrollo y Derechos Humanos, la responsable de poner a los Derechos Humanos en el centro del debate sobre migración y desarrollo en la importante reunión global que se aproxima. En el marco conceptual de la AGP⁵ distribuido en julio de 2010, los autores⁶ mencionan los Derechos Humanos, pero lo hacen brevemente. Este documento toma como base el reto identificado por los autores y busca extender el análisis con el fin de desarrollar una posición en torno a los Derechos Humanos que sea considerada por la AGP en su reunión de Noviembre y para que se incorpore en la presentación que la AGP hará en el FMMD. Este documento representa un primer paso en este proceso y necesita ser desarrollado y apuntalado desde diversas perspectivas y experiencias.⁷

I. Los Derechos Humanos son universales y acompañan a la persona; los Estados deben rendir cuentas por su promoción y protección.

A. Antecedentes

¿Quiénes son migrantes? Las y los migrantes son seres humanos cuyos países presentan pocas o nulas opciones decentes para la supervivencia personal o familiar y de movilidad social, que deciden moverse, muchas veces sin autorización, a través de las fronteras internacionales. Las personas migrantes no pierden su calidad de seres humanos sujetos de derechos por el simple hecho de cruzar una frontera.

¿Quién tiene Derechos Humanos? Todas las personas por el sólo hecho de serlo y con independencia de cualquier otro factor. Los Derechos Humanos son derechos encarnados en declaraciones e instrumentos internacionales (ratificados por la mayoría de los países del mundo), que reconocen un ámbito de protección individual, imponiendo a su vez obligaciones correlativas en los Estados para protegerlos y garantizarlos. Es muy claro que las Naciones Unidas, al aprobar la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) en 1948, buscaron establecer un régimen de derechos que trascendiera el concepto de ciudadanía nacional. Durante la Segunda Guerra Mundial y el periodo inmediato de la posguerra, millones de personas perdieron sus hogares y ciudadanía y fueron forzadas a moverse a países que no tenían interés en protegerlas como seres humanos. La desnaturalización y expulsión de judíos de los Estados europeos ocupados por el régimen Nazi durante la Guerra, las divisiones de India y Pakistán y de Israel y Palestina en 1948, y el éxodo de ciudadanos de los Estados comunistas de Europa del Este fueron experiencias presentes en la mente de los delegados presentes en la Asamblea General de las Naciones Unidas en San Francisco que aprobó la

⁵ Raúl Delgado Wise, Humberto Márquez Covarrubias, Rubén Puentes “Replanteando el debate sobre Migración, Desarrollo y Derechos Humanos” 2010, PGA. <http://www.accionglobalmexico.org/doc/AGP2010-MarcoConceptual-VF.pdf> (consultado Octubre 23, 2010)

⁶ Ibid, ver págs. 14-16.

⁷ Este documento no es un manual para el uso de los instrumentos de DDHH y de los mecanismos para la defensa de los derechos de las y los trabajadores migrantes. Dicho proyecto va más allá del objeto de este documento y ha sido desarrollado por otros autores. ONGs y otras organizaciones de la sociedad civil han usado las normas internacionales sobre DDHH para iniciar procesos jurídicos ante tribunales y escribir reportes para la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, para la OIT, la Comisión Inter-Americana y la Corte de Derechos Humanos; ante la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana para las Personas y los Derechos Humanos; ante la Corte Internacional de Justicia en la Haya, los Relatores Especiales de Naciones Unidas y Comisiones Inter-Americanas, y ante otros organismos.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Por estas razones, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos representan un consenso en torno a proteger los derechos de todas las personas con independencia de cualquier otra condición personal, incluyendo su ciudadanía o ubicación. En otras palabras, la obligación la tienen los Estados para con todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción. Como lo estipula la DUDH, las y los migrantes son antes que nada seres humanos, y se encuentran incluidos en el término ‘todos’ del Artículo 2º.⁸

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. – Artículo 1

“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, 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..” - Artículo 2

-Declaración Universal de Derechos Humanos,, 1948

Los instrumentos regionales sobre Derechos Humanos también garantizan los principios de universalidad y ‘portabilidad’.⁹ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre estipula en sus primeros párrafos “los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana” y en el Artículo 17, “Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales.”¹⁰ De manera similar, la Carta Africana para los Derechos Humanos de las Personas y la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos reconocen y establecen el principio de derechos universales.¹¹

⁸ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 2, G.A. Resolución 217A, 10 Diciembre 1948.

⁹ *Nota del Traductor*: ‘Portabilidad’ es un término comúnmente aceptado, que se utiliza para hacer referencia de que los derechos están asociados a la persona, y no al entorno que los habilita y promueve, y por lo tanto acompañan a la persona en su movimiento a través de fronteras.

¹⁰ La Declaración Americana fue aprobado por la Organización de Estados Americanos ocho meses antes que la DUDH fuera adoptada en el seno de las Naciones Unidas.

¹¹ “Todos los individuos tienen derecho a disfrutar de los derechos y libertades reconocidas y garantizadas en la presente Carta sin distinción alguna por su raza, grupo étnico, color, sex, lenguaje, religión, opinión política o de otro tipo, origen social o nacional, fortuna, nacimiento u otro estatus.” Carta Africana sobre Derechos Humanos de las Personas adoptada el 27 de Junio 27 de 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, entró en vigencia el 21 de Octubre de 1986, Art. 2; “Los Estados parte garantizarán que todas las personas ejerzan los derechos y libertades de acuerdo a esta Convención,” Art. 1, European Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, (falta website) Adoptada en Roma, el 4 de Noviembre de 1950, Texto modificado por el Protocolo No. 14 (CETS No. 194) a partir de la fecha de entrada en vigencia el 1 de junio de 201. El texto de la convención habría sido previamente por el Protocolo No. 3 (ETS No. 45), que entró en vigencia el 21 de Septiembre de 1970; el Protocolo No. 5 (ETS No. 55), que entró en vigencia el 20 de Diciembre de 1971 y el Protocolo No. 8 (ETS No. 118), que entró en vigencia el 1 de Enero de 1990, y que contenía todo el texto del Protocolo No. 2 (ETS No. 44) que de acuerdo con el Artículo 5, parágrafo 3 era parte integral de la Convención deste su entrada en vigencia el 21 de Septiembre de 1970. Todo el texto que había sido corregido o modificado por estos Protocolos fue remplazado con el Protocolo 11 (ETS No. 155), a partir de la fecha de entrada en vigencia el 1 de Noviembre de 1998. A partir de esa fecha, el Protocolo 9 (ETS No. 140), que entró en vigencia el 1 de Octubre de 1994, fue derogado y el Protocolo 10 (ETS no. 146) perdió razón de ser.

Los principios de universalidad e inalienabilidad implican que los Estados de origen, tránsito y destino son, cada uno, responsables de proteger los derechos humanos de las y los migrantes, incluyendo aquellos de los cuales son titulares con anterioridad a haber cruzado una frontera y convertirse en ‘migrantes’. La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias (Convención de los Trabajadores Migrantes o CTM) establece que “La presente Convención será aplicable durante todo el proceso de migración de los trabajadores migratorios y sus familiares, que comprende la preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el período de estancia y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, así como el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual.” La CTM, consecuentemente, incluye responsabilidades para los Estados de origen, tránsito y destino.

El cumplimiento de las obligaciones que adquieren los Estados en los instrumentos internacionales se verifica en los órganos de tratados, en los procedimientos especiales y en los órganos de la Carta.

Los órganos de tratados, en general, prevén dos tipos de mecanismos: la revisión periódica en la que el Estado presenta un informe y las organizaciones de la sociedad civil presentan informes alternativos, generándose así un diálogo con el Comité del tratado respectivo que culmina con la formulación de recomendaciones. Algunos Comités establecen también la posibilidad en un protocolo o dentro del mismo tratado de que se presenten denuncias individuales por violación a la Convención que terminan en decisiones donde se establece si hubo o no una violación a los derechos establecidos en el respectivo instrumento y se formulan recomendaciones.

El Consejo de Derechos Humanos en la revisión periódica universal (UPR) establece un diálogo con el Estado en torno a la situación general de Derechos Humanos y culmina con recomendaciones que el Estado puede aceptar o rechazar.

Finalmente, los procedimientos especiales pueden dentro de sus respectivos mandatos hacer visitas *in loco* a un Estado para verificar en terreno la situación relativa a un derecho o situación particular. Se elabora un informe que se presenta al Consejo de Derechos Humanos y se formulan recomendaciones. Dentro de éstos últimos es posible destacar el Relator sobre Derechos Humanos de los Migrantes y la Relatora sobre Trata de Personas, como mandatos específicos directamente relacionados con las personas migrantes. No obstante, todos los procedimientos especiales dentro de su ámbito debieran considerar la situación de las y los migrantes de manera específica.

En general, los procedimientos de derechos humanos del sistema universal apuntan a generar en los Estados una cultura de cumplimiento con sus obligaciones internacionales a partir de informes, informes alternativos de las organizaciones de la sociedad civil, y el conocimiento experto de los titulares de los mandatos, miembros de los Comités y de los representantes. Sin duda este es un espacio y una oportunidad para desarrollar e ilustrar a partir de situaciones concretas las situaciones de vulneración de derechos que sufren las personas migrantes.

B. Disposiciones relevantes en materia de Derechos humanos

¿Qué son los Derechos Humanos? El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) es muy claro en torno a las obligaciones que tiene el Estado con todas las personas para proteger sus derechos:

“Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”
– Artículo 2.1

La obligación para todos los Estados de cooperar para que ‘todas las personas’ ejerzan su derecho al desarrollo económico y social está claramente enunciada por la DUDH,

“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.” – Artículo 22, DUDH

Después de que el seno de las Naciones Unidas aprobó la DUDH y ratificó la Convención para los Refugiados y la Convención contra el Genocidio, pasaron dos décadas antes de que se consideraran nuevos instrumentos en materia de derechos humanos, que profundizaran o desarrollaran las obligaciones contenidas en ellos. Los principales tratados internacionales son el PIDCP¹² y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).¹³

El PIDCP protege los derechos civiles y políticos, incluyendo el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, el derecho a la libertad, privacidad y la seguridad personal, el derecho al debido proceso y de igualdad ante la ley, libertad de escoger una religión, libertad de expresión, y el derecho de libre asociación (incluyendo asociarse a sindicatos), el derecho a la participación política, el derecho al matrimonio, y el derecho a no sufrir discriminación por raza. El PIDCP también otorga a la niñez el derecho a la protección, a tener un nombre y a tener una nacionalidad.

El PIDESC, por su parte, garantiza que los Estados avancen hacia la ‘realización progresiva’ de un amplio conjunto de derechos económicos y culturales.¹⁴ Entre

¹² El PIDCP entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Al día de hoy, 116 Estados han ratificado la PIDCP.

¹³ El PIDESC entró en vigor el 3 de enero de 1976. Al día de hoy, 116 Estados han ratificado la. Los Estados Unidos no han ratificado la PIDESC.

¹⁴ En contraste con las responsabilidades de los Estados de acuerdo a la PIDCP, que deben garantizar los derechos civiles y políticos, de acuerdo al PIDESC los Estados están obligados solamente a realizar avances para que las personas ejerzan sus derechos económicos, sociales y culturales, con base en el máximo de recursos disponibles. Pienso, por mi parte, que los Estados deben mostrar que están haciendo su mejor esfuerzo y asignando recursos para dichos avances. Sin embargo, todos los Estados están obligados a proteger estos derechos a través de la asistencia y cooperación internacional. Ver Artículo 2.1

éstos se encuentran el derecho al trabajo y a condiciones de trabajo justas y favorables, incluyendo salarios suficientes para proveer una vida digna, el derecho a gozar de días de descanso pagados, a asociarse a y crear sindicatos, a la seguridad social, y a ‘un nivel de vida adecuado...incluyendo comida, ropa y una casa adecuada’. El PIDESC también provee ‘la más amplia protección y asistencia posible para la familia,’ en especial para las madres y sus hijas (os), el derecho a tener una vida mental y físicamente saludable, el derecho a la educación, y el derecho a disfrutar de la cultura y la ciencia.

El desarrollo progresivo de los derechos económicos y sociales significa que el Estado debe mantener el nivel de prestaciones y políticas que desarrolla para garantizar estos derechos y que no puede formular o ejecutar políticas públicas que tengan un impacto regresivo sobre éstos.

Tratados internacionales posteriores de Derechos Humanos garantizan los derechos de ciertos grupos vulnerables (mujeres, infancia, migrantes, discapacitados), prohíben la tortura, y protegen a las personas contra la discriminación por motivos de raza sexo y nacionalidad¹⁵. Otros instrumentos de Naciones Unidas y de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) reconocen los derechos de las y los trabajadores, personas indígenas, personas privadas de la libertad, y derechos emergentes como el derecho al desarrollo o el derecho al agua¹⁶.

La CTM entró en vigor en 2003 y establece algunas obligaciones para los Estados de origen (evitar la doble tributación sobre las ganancias de las y los migrantes y prevenir el cargo excesivo por la expedición de documentos o pasaportes), enfatizando las obligaciones en los Estados de tránsito y destino. Después de una campaña global conducida por organizaciones de la sociedad civil para su ratificación, el tratado ha sido ratificado casi exclusivamente por los Estados de origen de migrantes y por algunos, muy pocos, de los Estados que reciben trabajadoras (es) migrantes y en donde sus derechos están más en riesgo.¹⁷ Es importante notar que ninguno de los 43 Estados con mayor Índice de Desarrollo Humano ha ratificado la CTM.¹⁸ Esta Convención es útil para formular y definir el marco de Derechos Humanos relevante para las y los migrantes con relación a los Estados de origen de tránsito y de destino. No obstante, pocos Estados de destino son parte de esta Convención.

¹⁵ Esta enumeración incluye además de los ocho instrumentos del sistema universal de derechos humanos, los instrumentos internacionales sobre apatridia.

¹⁶ Nótese que las ‘declaraciones’ como la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo son declaraciones aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que no son vinculantes. No obstante, es importante destacar que los órganos de tratados, pueden desarrollar en sus Comentarios u Observaciones Generales estos derechos y vincularlos a los derechos del respectivo instrumento.

¹⁷ Entre los 41 países que han ratificado la CTM, hay pocos que son receptores de migrantes, como son Argentina y Chile. Algunos de los países son de origen y destino.

¹⁸ Países 44 (Chile), 49 (Argentina), y 50 (Uruguay) sigue. No es hasta después de Montenegro (país 65) que la lista comienza a incluir países que han firmado y ratificado el tratado. Después del país 100 (Jamaica) aproximadamente la mitad de los países con niveles *Medios* y *Bajos* de IDH han firmado o ratificado, estos países son en su mayoría países de origen de migrantes. Tabla F. “Algunas Convenciones relacionadas con Derechos Humanos y migración,” *Overcoming Barriers: Human mobility and development*, Human Development Report 2009, PNUD, <http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr2009/>

II. Utilizando un enfoque de derechos humanos para evaluar las condiciones y las políticas que promueven la emigración

“La distribución de las oportunidades en el mundo es extremadamente desigual. Esta falta de equidad es una de las principales determinantes de la movilidad humana y ello implica que los desplazamientos tienen enorme potencial para mejorar el desarrollo humano. Nuestra visión del desarrollo como un proceso que propicia la libertad de las personas para llevar adelante la vida que cada una elija reconoce que la movilidad es un componente esencial de dicha libertad.” Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Superando Barreras: Movilidad Humana y Desarrollo humanos, Informe sobre Desarrollo Humano*, 2009.¹⁹

A. Antecedentes

Los factores económicos no son los únicos factores que influyen en la decisión de emigrar.²⁰ Sin embargo, la falta de oportunidades para el desarrollo personal y económico es una determinante clave para muchas y muchos migrantes. La Declaración sobre el Derecho al Desarrollo es una herramienta interesante para evaluar las condiciones en los países de origen.²¹ La Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1986 sostiene que “el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable... para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar del él.”²² En 2008, el Grupo Global sobre Migración argumentó que

“La privación del derecho humano al desarrollo es una de las causas principales de la migración. Un enfoque de derechos humanos que enfatice la responsabilidad del Estado para garantizar los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos *ab initio* contribuiría a reformular las políticas sobre desarrollo de tal manera que se reduciría la emigración causada por la incapacidad de los Estados para garantizar que las personas puedan ejercer su derecho al desarrollo”.²³

En 2009, El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) publicó un Informe de gran relevancia, que argumenta que la migración es producto de la desigualdad en la distribución de oportunidades para el desarrollo humano. El PNUD utiliza el “enfoque de las capacidades básicas,” un marco analítico promotor

¹⁹ http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2009_ES_Complete.pdf , pag. 8 (consultado octubre 21, 2010).

²⁰ “El factor determinante de la migración desde México y en todo el mundo [son]: profundas desigualdades, inseguridad, y la falta de oportunidades La migración sigue siendo forzada por el impulso saludable y humano de la reunificación familiar..” Oscar Chacon & Amy Shannon, “Migration and Development: Moving beyond NAFTA,” en *The Right to Stay Home*, Global Exchange, 2008, www.globalexchange.org/the-right-to-stay-home

²¹ Es importante tener en cuenta que la Declaración del Derecho al Desarrollo es solo eso –una declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas y no un instrumento internacional vinculante para los Estados que la suscribieron. Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución, Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, 4 de Diciembre de 1986, UN Doc. A/Res/41/128..

²² Artículo 1.1

²³ Global Migration Group, *International Migration and Human Rights: Challenges and Opportunities on the Threshold of the 60th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights*, 2008, http://www.globalmigrationgroup.org/pdf/Int_Migration_Human_Rights.pdf

de políticas que permitan a las personas desarrollar al máximo sus capacidades por medio del acceso a la educación, acceso a recursos y un estándar de vida adecuado.²⁴ Este análisis no enfatiza el derecho de las personas para exigir bienes y servicios del Estado, sino que de manera más general promueve el bienestar humano en el mundo.²⁵ Sin embargo, una vez que los instrumentos de derechos humanos son ratificados, los Estados adquieren obligaciones y se comprometen a rendir cuentas sobre la manera en que garantizan y protegen los derechos humanos establecidos en el respectivo instrumento – civiles, políticos, económicos, sociales y culturales – de todas las personas.²⁶

Hacer de los Derechos Humanos un paradigma permite enfatizar la responsabilidad de todos los Estados. Un punto de inicio son los Estados de origen. En Estados con altos niveles de emigración, la retórica oficial expresa pesar por “la fuga de cerebros”, el éxodo de personas con múltiples habilidades y por la explotación de sus ciudadanos en el extranjero. Sin embargo, algunos Estados de origen consideran la emigración a gran escala como un factor positivo que promueve la seguridad nacional. Las remesas enviadas por los migrantes mitigan el impacto del desempleo y la falta de desarrollo que, de otra forma, desestabilizaría a los Estados. La voluntad de los Estados para frenar o terminar la emigración dependerá de que se pueda poner en marcha un modelo económico que ayude a los países de origen eliminar paulatinamente su adicción a las remesas. De acuerdo con Stephen Castles,

“Muchos países menos desarrollados han identificado la exportación de mano de obra como determinante clave para reducir el desempleo, mejorar la balanza de pagos, garantizar habilidades e inversión de capital, y estimular el desarrollo. En algunos casos, la exportación del descontento y la reducción de la tensión política también se convierten en metas. La migración podría convertirse en un sustituto al desarrollo en lugar de un factor que contribuye al desarrollo.”²⁷

Por supuesto, no todos los residentes de países en vías de desarrollo que sufren privaciones de tipo económico, social, ambiental o cultural eligen o pueden emigrar. Muchos se quedan y participan en movimientos de oposición política llevando a cabo labores de incidencia para promover el respeto a los Derechos Humanos. Otros se resignan a la difícil situación, mientras que otros muchos se hunden más en la pobreza y la desesperanza.

Es más fácil visualizar la relación que existe entre las violaciones a los Derechos Humanos en los países de origen y el éxodo de refugiados cuando las personas escapan de la represión o la persecución. Al igual que los refugiados, los “migrantes por razones económicas” escapan de situaciones en las que sus Estados han

²⁴ El “enfoque de capacidades” fue primero teorizado y popularizado por Amartya Sen, ganador del premio Nobel, y la filósofa Martha Nussbaum. PNUD, *Overcoming Barriers: Human mobility and development*, Human Development Report, 2009, “Este concepto...ha estado en el centro del imaginario colectivo desde el Primer Informe sobre Desarrollo Humano en 1990 y es más relevante que nunca para diseñar una política efectiva de combate a la pobreza.” p. 14.

²⁵ Martha Nussbaum, “Twentieth Anniversary Reflections: Human Capabilities and Human Rights,” *Harvard Human Rights Law Journal*, Vol. 20 (Spring 2007)

²⁶ PIDPC, PIDESC

²⁷ Stephen Castles, “The Factors that Make and Unmake Migration Policies,” *International Migration Review*, Vol. 38, No. 3, 2004; at p. 860

resultado incapaces de proteger y garantizar sus derechos.²⁸ Una de las soluciones posibles para atender a la problemática de los refugiados es mejorar las difíciles condiciones en los países de origen. De igual forma, la solución al problema de la emigración no autorizada podría encontrarse en la obligación de los países de origen de respetar y garantizar los derechos humanos del sector de su población *en riesgo* de emigrar de manera no autorizada. Más aún, los tratados básicos obligan a todos los Estados, por medio de la cooperación internacional, a proteger los derechos económicos, sociales y culturales de todas las personas.

B. **El uso de los derechos humanos para evaluar políticas públicas y llamar a cuentas a los países de origen**

¿Qué normas de Derechos Humanos pueden usarse para evaluar si los Estados cumplen con su obligación de promover el desarrollo y un estándar de vida adecuado para sus ciudadanas (os) – en otras palabras, para garantizar a las personas ‘el derecho a no migrar’?

1) La Declaración Universal de Derechos Humanos²⁹, que todos los Estados miembros de las Naciones Unidas están obligados a respetar, contiene la garantía mínima en términos de derechos económicos, sociales y culturales:

- “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.– Artículo 22
- Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.- Artículo 25.1

2) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁰, firmado y ratificado por 160 Estados:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos...” - Artículo 2

²⁸ Susan Gzesh, *Redefining Forced Migration using Human Rights*, Migración y Desarrollo, 2008 First Semester, pag. 87-113.

²⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. **Ver nota al pie 8.**

³⁰ [Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales](#), A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 49, ONU Doc. A/6316 (1966), 993 U.N.T.S. 3, *entrada en vigor* 3 de enero de 1976.

Algunos de los derechos garantizados por el PIDESC incluyen:

- El derecho al trabajo, a tener condiciones de trabajo justas y favorables, a formar y unirse a sindicatos – Artículos 6, 7, 8.
- El derecho a un nivel adecuado de vida, incluyendo un nivel adecuado de alimentación, vestido y casa – Artículo 11
- El derecho de “toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.” – Artículo 12;
- El derecho a la educación – Artículo 13

3) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³¹, ratificado por 166 Estados, obliga a los Estados miembros a proteger los derechos civiles y políticos de ‘todas las personas en su territorio’ – Artículo 2.1

Donde los derechos civiles y políticos de muchos ciudadanos son violados por el Estado, los gobiernos no-democráticos promueven políticas económicas y sociales que ignoran los intereses de esos sectores, creando condiciones que hacen de la emigración una alternativa de supervivencia, y la única vía de movilidad social. La multicitada referencia del economista ganador del Premio Nobel, en el sentido de que ‘en las democracias no hay hambruna’ es un botón de muestra de que los procesos políticos abiertos tienden a promover el bienestar económico de la mayoría de las personas. Subsecuentemente, las violaciones a los Derechos Humanos civiles y políticos en los Estados de origen se encuentran usualmente entre las causas de la emigración.

Los derechos protegidos por el PIDCP incluyen, el derecho a:

- La libertad de opinión y expresión – Art. 19;
- La libertad de escoger una religión y practicarla – Art. 18;
- La libertad de movimiento al interior de un país – Art. 12;
- Salir de cualquier país y regresar al país propio – Art. 12
- Participar en los asuntos públicos y el derecho al voto – Art. 25
- Asociarse y a la libertad de asociación – Art. 21, 22
- Crear y unirse a sindicatos para la protección de las y los trabajadores – Art. 22
- No ser discriminado por ningún motivo en el ejercicio de los derechos contenidos en la ICCPR – Art. 2;
- Ser reconocido como una persona ante la ley y de igualdad ante la ley – Art. 16 & 26;
- El debido proceso antes de ser privado de la libertad – Art.9, 10, & 11

4) La Convención de los Derechos del Niño³² ratificada por 193 Estados obliga a los Estados a asegurar que:

- La niña o niño crezca en un ambiente familiar, donde prive una atmósfera de

³¹ [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos](#), A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 52, ONU Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, *entrada en vigor* 23 de marzo de 1976.

³² [Convención sobre los Derechos del Niño](#), A.G. res. 44/25, anexo, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 167, ONU Doc. A/44/49 (1989) *entrada en vigor* 2 de septiembre de 1990.

felicidad, amor y entendimiento – Preámbulo

- La niña o niño no debe ser separado de su madre o padre contra su voluntad – Art. 9 y 10
- El derecho a la nacionalidad – Art. 7
- El derecho a la educación – Art.

5) La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer³³ (CEDAW) ratificada por 186 Estados pone el acento en la obligación estatal en la discriminación por razones de sexo, tanto de iure como de facto, insistiendo en la obligación del Estado de reformar legislación, políticas, prácticas y también promover cambios culturales. Concretamente, la CEDAW incluye los siguientes derechos relevantes para el análisis desarrollado:

- El derecho a la no discriminación en la participación política – Art. 7
- El derecho a la nacionalidad - Art.9
- El derecho a la educación – Art. 10
- El derecho al empleo – Art. 11
- El derecho a la salud – Art. 12
- El derecho a prestaciones familiares – Art. 13
- El derecho al crédito – Art. 13
- El derecho a la recreación – Art. 13
- A la no discriminación contra la mujer rural – Art. 14
- A la personalidad jurídica – Art. 15
- A la libertad de movimiento y de residencia – Art. 15
- A la no discriminación en el matrimonio y las relaciones familiares – Art. 16

6) La Convención de los Trabajadores Migrantes³⁴ ratificada por 43 Estados Aplica “durante todo el proceso de migración... [incluyendo] que comprende la preparación para la migración, la partida, .. así como el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual.” (Art. 1); y obliga a los Estados de origen a proteger a todas y todos los migrantes y sus familias (“trabajador migratorio” es toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional.” (Art. 2.1).

Es claro que la CTM establece obligaciones a los Estados de origen antes y después de que sus ciudadanas(os) migren. La CTM garantiza que todas y todos los migrantes y sus familias:

- Tienen derecho a “la protección efectiva del Estado contra toda violencia, daño corporal amenaza o intimidación por parte de funcionarios públicos o de particulares, grupos o instituciones.” – Art. 16.2 (Esta provisión aplica a amenazas contra las familias en el país de origen perpetradas por las redes de tráfico que buscan cobrar cuotas o forzar a las y los migrantes a

³³ [Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer](#), A.G. res. 34/180, 34 U.N. GAOR Supp. (No. 46) p. 193, ONU Doc. A/34/46, entrada en vigor 3 de septiembre de 1981.

³⁴ [Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares](#) A.G. res. 45158, anexo, 45 U.N. GAOR Supp. (No. 49A) p. 262 ONU Doc. A/45/49 (1990).

que continúen trabajando al a fuerza.)

- A ser libres de salir de su país de origen – Art. 8.1. (Esta provisión implica una prohibición a cobrar cargos excesivos por expedir pasaportes o a aceptar pago algún para agilizar la expedición de un contrato.)
- De regresar o quedarse en su país de origen Art. 8.2; y
- De tener el derecho a que su Estado les informe sobre sus derechos de tránsito y de un empleo digno – Art. 33.

La CTM, implícitamente, obliga a los Estados de origen garantizar el derecho de sus migrantes (y sus familias) a la protección consular estableciendo oficinas que los asistan. (Art. 23.)

7. La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial³⁵ es un instrumento relevante en contextos en los que la diferencias entre nacionales y migrantes puede hacerse a partir de factores étnicos. Incluso en sociedad con características relativamente similares, es relevante considerar la situación de las personas migrantes pertenecientes a pueblos originarios.

8. Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

La OIT ha adoptado convenios relevantes para los trabajadores migratorios. Además de ello, es importante destacar que los convenios de la OIT son aplicables a los trabajadores migratorios, ya que ellos no establecen diferenciaciones en materia de derechos laborales entre trabajadores con su situación migratoria en regla e irregular, o entre nacionales y no nacionales. Los Convenios específicos a los trabajadores migratorios son:

- [Convenio 97 de la OIT Convenio sobre los trabajadores migrantes \(revisado\)](#), 1949
- [Convenio 143 de la Oit Convenio sobre los trabajadores migrantes \(disposiciones complementarias\)](#), 1975
- [Recomendación 86 de la OIT Recomendación sobre los trabajadores migrantes \(revisado\)](#), 1949
- [Recomendación 151 de la OIT Recomendación sobre los trabajadores migrantes](#), 1975

III. **El uso de los derechos humanos para evaluar las condiciones y políticas que promueven la emigración**

A. **Antecedentes**

“Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la protección

³⁵ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 660 U.N.T.S. 195, *entrada en vigor* 4 de enero de 1969.

efectiva del Estado contra toda violencia, daño corporal amenaza o intimidación por parte de funcionarios públicos o de particulares, grupos o instituciones.”

- Convención Trabajadores Migratorios, Artículo 16.2

El reciente asesinato de 72 migrantes latinoamericanos en el Rancho de San Fernando en el norte de México es una recordatorio trágico de que difícilmente y en muy contadas ocasiones es posible llamar a cuentas a los Estados de tránsito y hacerlos responsables del bienestar y los derechos humanos de las personas migrantes que atraviesan sus territorios. Las y los migrantes no autorizados en tránsito son vulnerables a la extorsión por parte de servidores públicos, traficantes, y ladrones; a ser víctimas de secuestro, violación, explotación laboral, encarcelamiento sumario, a ser deportadas/os, a que se les niegue la protección de las fuerzas de procuración de justicia, a condiciones inhumanas de detención, y abuso físico.

Por su condición de tránsito, estos migrantes carecen incluso del apoyo a migrantes no autorizados que brindan sus compatriotas y aliados en los países de destino. Las y los migrantes en tránsito dependen en gran medida del apoyo que les proveen defensoras(es) de derechos humanos usualmente sobrecargados laboral y emocionalmente, que son parte de grupos religiosos, organizaciones civiles y activistas. Este apoyo incluye orientación, refugio, protección, alimentación y atención médica. Estas valientes defensoras y activistas se han convertido, además, en la voz de las y los migrantes en tránsito para reclamar por las violaciones cometidas a sus derechos humanos. Muchos gobiernos de los países de tránsito son completamente negligentes en cuanto a su obligación de proteger a los migrantes en tránsito.

B. Instrumentos relevantes de Derechos Humanos

La tarea de las personas migrantes y sus familias, así como de sus defensoras/es, consiste en utilizar los instrumentos internacionales de derechos humanos disponibles para hacer a los Estados responsable por los derechos humanos de las personas que atraviesan su territorio, y para hacer a los Estados de origen responsables de los derechos humanos de sus ciudadanos en el exterior. Utilizando los instrumentos relevantes –particularmente la CTM– se puede sustentar la *Responsabilidad de Proteger* de parte de los Estados de tránsito. Las obligaciones de los Estados de origen pueden encontrarse en los instrumentos que establecen y desarrollan las funciones de protección consular.

1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El PIDESC obliga a los Estados parte “a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” Art. 2

Los derechos enunciados en este Pacto relevantes para las y los migrantes en tránsito incluyen:

- El derecho a la vida – Art. 6;
- A no ser sometida (o) a ningún tipo de tortura – Art. 7;
- A no ser sometida (o) a esclavitud y servidumbre – Art. 8;
- A no ser sometida (o) a la detención arbitraria sin el debido proceso ante la ley – Art. 9;
- El derecho a ser tratado “con humanidad y el respeto inherente a la condición humana” en caso de ser detenido – Art. 10;
- De salir de cualquier país – Art. 12;
- Cumplir el debido proceso en la expulsión de las personas – Art. 13;
- Al reconocimiento como una persona ante la ley y la igualdad ante la ley sin ser víctima de discriminación, sin importar la nacionalidad u otro estatus – Art. 16 & 26; y;
- Al debido proceso en todos los procedimientos criminales – Art. 14 & 15.

2. La Convención para los Trabajadores Migratorios

Muchos de los Estados que han ratificado la CTM son Estados de tránsito de migrantes. El tratado establece las siguientes obligaciones relacionadas con el maltrato perpetrado por servidores públicos, traficantes, y otras personas que buscan explotar a las y los migrantes vulnerables en tránsito –

- “Protección efectiva del Estado contra la violencia, lesiones físicas, amenazas e intimidación, ya sea por servidores públicos o por individuos, grupos o instituciones privadas,” Artículo 16.2; [énfasis de la autora]
- El derecho a la libertad y a la seguridad personal – Artículo 16.1;
- El derecho a la vida - Artículo 9;
- El derecho a no ser sometido a ningún tipo de tortura, o a algún tipo de acto degradante o inhumano, o castigo - Artículo 10;
- No ser sometida/o a esclavitud, servidumbre o trabajo forzado – Artículo 11;
- Que la verificación de la identidad por las autoridades sea conducida de acuerdo a un procedimiento con apego a la ley – Artículo 16.3; y a que sus documentos de identidad, migratorios o pasaporte, no sean destruidos o removidos de la persona de manera ilegal – Artículo 21;
- No ser sujeto a una detención o arresto arbitrario – Artículo 16.4;
- A estar informado del derecho de protección consular con las autoridades de su país de origen – Artículo 16.7;
- Al debido proceso si es detenida y al de compensación si es sujeto a una detención o arresto ilegal – Artículo 16.9;
- Cuando es detenida, ser tratada con “humanidad y respeto por la condición inherente de ser humano y por su identidad cultural” que se le sitúe en una ubicación diferente de donde están las personas convictas, etc. – Artículo 17;
- No ser sujeto a la expulsión colectiva – Artículo 22

En su Art. 23, la CTM incluye una obligación afirmativa por parte de los gobiernos de los Estados de origen para con sus ciudadanos en el exterior, cuando estipula que

“Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recurrir a la protección y la asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen, o del Estado que represente los intereses de ese Estado, en todos los casos en que queden menoscabados los derechos reconocidos en la presente Convención. En particular, en caso de expulsión, se informará sin demora de ese derecho a la persona interesada, y las autoridades del Estado que haya dispuesto la expulsión facilitarán el ejercicio de ese derecho.” Art. 23.

Es interesante observar que un actor clave en materia laboral, como lo son los sindicatos, ha reflejado grandes dificultades para integrar el marco de los derechos de los trabajadores migratorios dentro de sus demandas y su agenda.

3. La Convención de Protección Consular de Viena de 1963

Las obligaciones de los Estados de proveer protección consular y garantizar el derecho de acceso a ésta de las personas se encuentran estipuladas en la Convención de Protección Consular de Viena de 1963.³⁶ Pueden encontrarse otras obligaciones en las legislaciones nacionales y acuerdos bilaterales. El Artículo 5 de la Convención de Viena define entre las funciones consulares (consecuentemente estableciendo *obligaciones* para los Estados de origen):

“(a) proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional;...

i) representar a los nacionales del Estado que envía o tomar las medidas convenientes para su representación ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor, de conformidad con la práctica y los procedimientos en vigor en este último, a fin de lograr que, de acuerdo con las leyes y reglamentos del mismo, se adopten las medidas provisionales de preservación de los derechos e intereses de esos nacionales, cuando, por estar ausentes o por cualquier otra causa, no puedan defenderlos oportunamente;

El Artículo 35 desarrolla el derecho a la información sobre la protección consular consistente en el acceso de las personas detenidas a las autoridades consulares de su país de origen, garantizando la comunicación entre el personal consular y sus connacionales. La Convención también garantiza que las personas detenidas deben ser notificadas de su derecho de pedir que las autoridades consulares de su país de origen sean notificadas de su detención o arresto. Sin embargo, las personas deben consentir a la notificación consular. Las autoridades consulares también tienen garantizado el acceso a visitar a las personas detenidas.³⁷

IV. Uso de los Derechos Humanos para hacer a los Estados de destino y asentamiento responsables de proteger los derechos humanos de las y los migrantes.

Sobre la base de los principios de universalidad e inalienabilidad explicados previamente en este documento, los Estados de destino están obligados a proteger los derechos humanos de las y los migrantes en condiciones de igualdad con sus ciudadanas/os con contadas excepciones. Prácticamente todos los derechos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el PIDESC y el PIDCP y otros instrumentos internacionales relevantes son otorgados a ‘todas las personas’, ‘todas las niñas y niños’, ‘todas y todos’, ‘Hombres y mujeres’, etc. No obstante, es importante mencionar que la libertad de movimiento fuera

En consecuencia, todos los derechos estipulados en los instrumentos básicos de Derechos Humanos (PIDCP, PIDESC, Convención sobre los Derechos del Niño, CEDAW;) en teoría están garantizados a las ciudadanas/os y no-ciudadanas/os por igual. La Convención internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial, (CERD, por sus siglas en inglés), es especialmente importante, porque muchas de las violaciones a los Derechos Humanos que sufren

³⁶ La Convención de Relaciones Consulares de Viena de 1963 entró en vigor el 19 de marzo de 1967 y hasta 2010, 174 países la habían ratificado. <http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/vccr/vccr.html>

³⁷ Ver El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, Opinión Consultiva OC-16/99, 1 de octubre 1999, Inter-Am. Ct. H.R., (Ser A) No. 16 (1999).

las y los migrantes en todo el mundo tienen su origen en el racismo y la xenofobia. También se garantizan a nacionales y extranjeros las obligaciones establecidas en la Convención contra la Tortura.

La Convención de los Trabajadores Migrantes explícitamente garantiza un amplio rango de derechos bajo el principio básicos de igualdad en el trato entre nacionales y todas las personas migrantes –como una ‘personas ante la ley,’ derechos de asociación sindical y laborales, acceso a la educación y a servicios de salud en caso de emergencia, y al debido proceso en procedimientos penales, etc.³⁸ Las y los migrantes documentados (‘en una situación regular’) tienen aún más protecciones – el derecho de libertad de movimiento y de escoger su lugar de residencia, de regresar a su país después de estar ausente, de participar en actividades públicas y al voto (si lo permite por la legislación nacional), de acceso a todos los servicios públicos bajo el principio de igualdad con los nacionales, etc.³⁹ Son tan pocos los Estados de destino que han firmado y ratificado la Convención de los Trabajadores Migrantes, sin embargo, que sus mecanismos de protección siguen siendo más una aspiración que un instrumento internacional relevante y vigente a nivel mundial.

A pesar del principio de igualdad proclamado en los tratados de DDHH, ha existido un alarmante crecimiento en la disposición de los Estados de tolerar –o en ocasiones de iniciar – la discriminación en todas las áreas de la vida de las y los migrantes y sus familias. A pesar de que nombrar todos los Derechos Humanos estipulados en todos los tratados internacionales que establecen que las y los migrantes deben ser tratadas (os) bajo el principio de igualdad va más allá del propósito de este documento, es importante destacar que esto aplica para los derechos laborales, acceso a los servicios de salud y educación, casa y empleo y a un trato justo ante las cortes y por las autoridades que hacen cumplir la ley. También existe una creciente y alarmante tendencia de criminalizar a la inmigración irregular en sí misma.

Los tratados internacionales básicos sobre derechos humanos permiten a los Estados limitar ciertos derechos políticos para que sean ejercidos únicamente por sus ciudadanas/os,⁴⁰ y permiten a los países en desarrollo determinar si pueden a garantizar derechos económicos de las personas que no son ‘nacionales’⁴¹, requieren a los Estados permitir la libertad de movimiento al interior de sus territorio sólo a “todas las personas que se encuentran en su territorio de manera autorizada”⁴² y explícitamente permite la expulsión de las y los extranjeros garantizándoles ciertos elementos mínimos del debido proceso.⁴³

Las niñas y niños migrantes son víctimas de violaciones a sus derechos humanos

³⁸ Convención de los Trabajadores Migrantes, Art. 8 - 35

³⁹ Convención de los Trabajadores Migrantes, Art. 36-56.

⁴⁰ El Artículo 25 PIDPC describe los derechos de los “ciudadanos” (en lugar de las “personas”, el término usado en todo el Tratado) a participar en los asuntos públicas y votar.

⁴¹ PIDESC Artículo 2.3

⁴² PIDPC Artículo 12.1

⁴³ Artículo 13 del PIDPC; sin embargo, la Convención de los Refugiados prohíbe a los Estados a retornar a los individuos a cualquier territorio donde su “vida o libertad puedan estar amenazadas” por motivos de raza, nacionalidad, religión, opinión política, o membresía a un grupo social en particular” Art. 33 de la Convención y el Protocolo Relacionado al Estatus de los Refugiados.

con frecuencia, sin importar si nacieron en el país en donde su padre y madre se establecieron o no, o si son nacionales o no. En la mayoría de los países se ha priorizado el cumplimiento de las políticas migratorias por encima de los principios de la unidad familiar y la protección de las y los niños reconocidos en los instrumentos de Derechos Humanos⁴⁴; miles de familias de varias nacionales han sufrido separación internacional cuando la madre o el padre es deportada/o o expulsado.

En los países que garantizan la ciudadanía bajo el principio de *ius solis*, a algunas hijas e hijos de migrantes se les ha denegado el acceso a servicios y protección con fundamento en interpretaciones restrictivas de la legislación⁴⁵. En otros países que se basan en el mismo principio, movimientos anti-inmigrante están presionando para que se modifiquen o desaparezcan algunos derechos reconocidos y protegidos a los no nacionales.⁴⁶

Los instrumentos internacionales permiten que cada Estado establezca las condiciones en que otorga la nacionalidad (*ius solis o ius sanguini*) y si cumple con dichas condiciones, no está violando derechos, tampoco lo está el Estado que opta por establecer políticas regresivas en materia migratorias. Algunos países están también restringiendo regímenes legales previos que permiten la regularización de las y los migrantes. Una tendencia reciente para abrir el proceso de naturalización a las y los hijos de migrantes parece estar retrocediendo, como resultado del poder político que adquieren grupos nativistas. No hay un estándar mundial o un acuerdo de Derechos Humanos en torno a la obligación de los Estados de otorgar ciudadanía a las y los migrantes o sus hijas e hijos o incluso nietas y nietos.

Un último elemento esencial de mencionar es el derecho a la protección judicial. La garantía de los derechos se materializa en la posibilidad que tiene una persona de acudir ante una autoridad judicial para denunciar una violación, y encontrar respuesta. Las y los migrantes tienen limitadas posibilidad de hacerlo por diversas razones que se relacionan con su situación migratoria, el acceso a servicios legales que puedan pagar, el conocimiento del sistema jurídico, en otros. Todo el andamiaje jurídico nacional en el que se concretizan las obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos dependen de la efectiva protección judicial.

V. Los derechos humanos en la diáspora

El derecho a regresar al país de origen está garantizado en varios de los tratados en materia de Derechos Humanos, “Nadie será privado arbitrariamente del derecho de regresar a su país,” PIDCP 12.3 “Todos tienen el derecho ... de regresar a su país,” DUDH Art. 13.2

En un mundo globalizado con comunidades transnacionales, en el que impera la

⁴⁴ Convención sobre los derechos del Niño, Artículo 9; PIDESC “La mayor protección posible debe ser acordada con la familia,” Artículo 10.

⁴⁵ Ver Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Demanda de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2006. Serie C No. 156.

⁴⁶ Convención sobre los derechos del Niño, Artículo 7; PIDPC Artículo 24.3; Convención de los Trabajadores Migrantes, Artículo 29 (“el derecho a la nacionalidad”)

dependencia de muchas economías en las remesas que envían los migrantes, el derecho de los migrantes a participar en la política de sus países de origen recibe cada vez mayor atención. Algunos países han experimentado con el voto desde el exterior mientras que muchos otros han tratado de propiciar la inversión y/o el retorno de las personas migrantes. La CTM garantiza sólo a las y los migrantes y sus familias que están “documentados o en situación regular” derechos políticos limitados en sus países de origen –por ejemplo, el derecho a “participar en los asuntos públicos de su Estado de origen y votar y ser votado en las elecciones del Estado de acuerdo a su legislación,” obligando al Estado a facilitar el ejercicio de esos derechos “de acuerdo con su legislación” Art. 41.

Otros países cuentan con políticas cuestionables –o carecen de políticas- para la reintegración de los migrantes que retornan, particularmente aquellos migrantes que fueron condenados penalmente y que luego de cumplir sus condenas son deportados o expulsados.

Más allá del derecho de regresar al país de origen previamente mencionado, el régimen internacional de Derechos Humanos ha prestado muy poca atención a las particularidades en materia de Derechos Humanos de las diásporas y los migrantes que retornan.

Evidentemente, diversas preguntas en torno a los derechos de la diáspora y las condiciones de retorno (ya sea voluntario o por medio de la deportación) merecen un mayor análisis y más atención. Este es un tema incipiente.

VI. Conclusión

Como se mencionó en la Introducción, corresponde a la sociedad civil autónoma, representada en el Foro Global sobre Migración y Desarrollo por la Acción Global de los Pueblos sobre Migración, Desarrollo y Derechos Humanos (AGP), colocar los Derechos Humanos al frente y en el centro de la discusión sobre políticas de migración y desarrollo en este importante foro. La autora espera que este documento sea un primer paso en este sentido, que deberá ser ampliado y enriquecido con las contribuciones de diversas voces, activistas, académicos, representantes de sindicatos y -más importante aún- de las y los migrantes.

Anexo

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS

Derecho a la Vida, a la Libertad, a la Integridad Personal, a la Igualdad y de Justicia

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, [Informe de Fondo No. 51/96](#), Caso 10.675, Personas Haitianas -Haitian Boat People- (Estados Unidos), 13 de marzo de 1997.

Derecho a la Vida, Integridad Personal, Circulación y Residencia y Especial Protección a la Niñez y a la Familia

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Provisionales, Ciudadanos Haitianos y Dominicano Haitianos en la República Dominicana, Decisiones del 14 de septiembre de 2000; 12 de noviembre de 2000; y 26 de mayo de 2001.

Derecho a la Vida, de Justicia, y a la Información sobre la Protección Consular

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, [Informe de Fondo N° 52/02](#), Petición 11.753, Ramón Martínez Villareal (Estados Unidos), 10 de octubre de 2002.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, [Informe de Fondo N° 90/09](#), Petición 12.644, Medellín, Ramírez Cárdenas y Leal García (Estados Unidos), 7 de agosto de 2009.

Derecho de Justicia y de Asilo

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, [Informe de Admisibilidad N° 6/02](#), Petición 12.071, 120 ciudadanos cubanos y 8 ciudadanos haitianos detenidos en las Bahamas (Bahamas), febrero 27 de 2002.

Derecho de Justicia y a la Protección de la Familia

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, [Informe N° 19/02](#), Petición 12.379 Mario Alfredo Lares-Reyes, Vera Allen Frost y Samuel Segura (Estados Unidos), 27 de febrero de 2002.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, [Informe N° 81/102](#), Petición 12.562 Wayne Smith, Hugo Armendariz et al (Estados Unidos), 12 de julio de 2010.

Derecho a la Integridad Personal, a las Garantías Judiciales, a la Honra, a la Propiedad, a la Protección Judicial, Libertad de Conciencia y de Religión, y de Asociación

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, [Informe de Fondo N° 49/99](#), Caso 11.610, Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz (México), 13 de abril de 1999.

Libertad Personal, Derecho a las Garantías Judiciales, y Derecho a la Información sobre la Protección Consular

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, [Opinión Consultiva OC-16/99](#), El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, 1 de octubre de 1999.

Libertad Personal, Derecho a las Garantías Judiciales, Derecho de Circulación y Residencia y Derecho a la Protección Judicial

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, [Informe de Fondo, Resolución No. 30/81](#), Caso 7378, Carlos Stetter (Guatemala), 25 de junio de 1981.

Derecho a la Libertad y Protección contra la Detención Arbitraria

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, [Informe de Admisibilidad y Fondo N° 51/01](#), Caso 9903, Rafael Ferrer-Mazorra y Otros (Estados Unidos), 4 de abril de 2001.

Derecho a la Igualdad y a la No Discriminación

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, [Opinión Consultiva OC-18](#), Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 17 de septiembre de 2003.

Derecho a la Nacionalidad

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baruch Ivcher Bronstein (Perú), Sentencia de 6 de febrero de 2001.

Derecho a la Nacionalidad y a la Educación

- Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Demanda de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2006. Serie C No. 156.

Derecho a la Libertad Personal a las Garantías Judiciales y a la Propiedad

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, [Caso Daniel Tibi](#) (Ecuador), Sentencia de 7 de septiembre de 2004.