

# IMPACTO DE LA MIGRACIÓN EN LOS DERECHOS HUMANOS<sup>†</sup>

*Amalia Uriondo de Martinoli\**

**Resumen:** El artículo esboza algunas ideas en torno a la migración a escala internacional, ya que se considera que cerca del 3% de la población mundial no vive en su país de origen. El migrante, como toda persona, se encuentra bajo el manto protector de los instrumentos jurídicos de derechos humanos y libertades fundamentales. No obstante, en el proceso de integración en la sociedad de acogida afloran los conflictos que se traducen en el rechazo, la xenofobia y la estigmatización de los sujetos migrantes, que arrojan sombras sobre el presente. No es posible hablar de la integración social de los inmigrantes si no se tienen garantizados los derechos inherentes a todos los seres humanos. El principio que permitirá unir la diversidad y la diferencia es la tolerancia con otros mundos y realidades.

**Palabras clave:** Migración internacional - derechos humanos - integración social - tolerancia.

## I. Introducción

El presente trabajo forma parte de la investigación desarrollada en el marco del proyecto titulado “Migraciones internacionales y su incidencia en el estatuto personal” (Código 05/D547) y pretende abrir un nuevo espacio de debate que plantea la emigración a escala internacional y el modo en que los derechos humanos de los migrantes son protegidos. No es un tema nuevo ni mucho menos, ya que existe una extensa literatura que ha sido estudiada desde diferentes disciplinas y enfoques dentro de ellas (sociología, antropología, historia, filosofía, derecho, política, educativa, etc.). El eje de la cuestión radica en compatibilizar el principio de la libertad de tránsito, que recoge la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948<sup>1</sup>, con el derecho soberano de cada Estado de de-

---

<sup>†</sup> Recibido el 07/05/2013, Aprobado el 23/12/2013.

\* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesora Titular, Cátedra “B”, Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Par Evaluadora de Proyectos de Investigación. Docente-Investigadora Categoría I. Profesora de Posgrado en Universidades nacionales y extranjeras. Autora de libros, capítulos y artículos publicados en el país y en el extranjero. Miembro de Asociaciones de Derecho Internacional. e-mail: martinoli@fibertel.com.ar.

<sup>1</sup> Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), cuyo art. 13 establece que 1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a seguir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene el derecho a salir de

cidir quién entra y quién sale de su territorio. Los Estados pueden asegurar sus fronteras y resolver sobre las condiciones de ingreso y permanencia, así como sobre las condiciones de expulsión de las personas que ingresan en su espacio territorial. Ahora bien, un hecho incuestionable es que las poblaciones migrantes constituyen grupos altamente vulnerables en cuanto a la vigencia de sus derechos fundamentales. Es por ello, que la comprensión del fenómeno migratorio no puede entenderse desligado de la integración de los extranjeros en la sociedad receptora y de la necesidad de proponer o adaptar las soluciones existentes, a partir de un estricto respeto de los derechos de las personas migrantes. De ese modo, se insta la necesidad de combinar dos exigencias a menudo contrapuestas: la integración del inmigrante en el país de destino y el respeto a sus orígenes.

Para reflexionar sobre estos problemas dividiré el trabajo en dos partes: en la primera, me referiré a los distintos aspectos que presentan los flujos migratorios. En la segunda, me centraré en la normativa internacional sobre derechos humanos que constituye el sustento jurídico de los principios de la tolerancia, cuyo objetivo es promover actitudes y valores que fortalezcan la coexistencia, el pluralismo y el respeto a los diferentes grupos e individuos que forman la sociedad. De allí que surjan estos interrogantes: ¿Qué es migración?; ¿Quién es un migrante?; ¿Se protegen los derechos de los migrantes?

### **1. Migración internacional**

La primera cuestión que nos plantea la migración internacional es precisar ¿Qué es migración? Muchas veces se utiliza la definición en un sentido amplio para referirse a todo movimiento de las personas de un lugar a otro por razones de satisfacción de necesidades generalmente económicas o mejora de las condiciones de vida. La migración es una de las formas de movilidad humana, por lo general, la decisión de emigrar suele estar influida por el contexto social. Tal vez por ser el modo más generalizado también se la emplea para referirse a casi todos los tipos de desplazamientos<sup>2</sup>, que conllevan un cambio de residencia bien sea temporal o definitivo. Así, cabe identificar el caso de las “migraciones mixtas”, movimientos que incluyen refugiados, peticionantes de asilo, migrantes económicos, menores

---

cualquier país, incluso del propio, y regresar a su país. Así también lo establecen, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (art. 22); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 12). Los instrumentos también garantizan muchos otros derechos aplicables a situaciones que son comúnmente experimentadas dentro del contexto de la migración.

<sup>2</sup> Cfr. “Los migrantes, sus derechos y legislación aplicable. Guía práctica”, disponible en: [www.iom.int/jahia/webdav/.../oim\\_colombia\\_guia\\_practica.pdf](http://www.iom.int/jahia/webdav/.../oim_colombia_guia_practica.pdf).

no acompañados, migrantes ambientales, personas traficadas, víctimas de trata y migrantes varados, entre otros, y cuya principal característica es la condición de vulnerabilidad asociada con la irregularidad de las personas involucradas<sup>3</sup>. Aunque la migración tiene ciertas especificidades respecto a otros géneros como el refugio y el desplazamiento forzado, que comprenden a las personas que huyen de situaciones que atentan contra la integridad y la seguridad.

Seguidamente nos preguntamos ¿Quién es un migrante?

Esta es una pregunta interesante ya que, de alguna manera, todas las personas podemos identificarnos de una forma u otra con la inmigración. A nivel internacional no hay una definición aceptada de migrante, no obstante ha sido entendido como aquél que ha tomado, en forma libre, la decisión de migrar por conveniencia personal y sin ningún tipo de presión externa. Este término se aplica a aquellas personas y los miembros de su familia, que se desplazan a otro país u otra región con el fin de mejorar sus condiciones materiales y/o sociales<sup>4</sup>. También se lo ha conceptualizado como un término genérico que abarca tanto al emigrante —persona que deja un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él— como al inmigrante —persona que llega a otro Estado con el propósito de residir en él—<sup>5</sup>.

Son diversas las causas de la migración y el perfil de los migrantes. Incita la movilidad de la población a escala internacional una serie de causas: las tendencias demográficas, los conflictos armados<sup>6</sup>, los desastres naturales, las desigualdades de las economías nacionales, las condiciones de pobreza de amplios sectores, la falta de oportunidades laborales y, en general, el abismo cada vez mayor entre pobreza y riqueza. En la historia sabemos de desplazamientos de personas de un lugar a otro y a veces de un país a otro por razones de hostigamiento político o religioso o simplemente en búsqueda de trabajo que desde África, Iberoamérica y algunas partes de Asia se trasladan hacia zonas desarrolladas del mundo. Con el progreso de la tecnología y de las comunicaciones, los intercambios son más frecuentes

---

<sup>3</sup> *Migración internacional en América Latina y el Caribe- Nuevas tendencias, nuevos enfoques*, Editor JORGE MARTÍNEZ PIZARRO, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, mayo de 2011, p. 21.

<sup>4</sup> Organización Internacional para las Migraciones; *International Migration Law. Glossary on Migration*: OIM, Ginebra 2004, p. 40.

<sup>5</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003 solicitada por México bajo el epígrafe “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes indocumentados” (párr. 69).

<sup>6</sup> En los últimos meses miles de personas que escapan de la guerra civil de Siria comenzaron a llegar a campos de refugiados del Líbano (Sabra y Shatila), cfr. diario La Nación de 15 de septiembre de 2012.

y sobre todo más complejos. Se habla de la globalización y ese concepto agrupa una serie de elementos que llevan a una mayor cercanía entre países y a un estrecho contacto entre culturas diversas.

Las migraciones internacionales han sido un componente socio-cultural básico en el curso del siglo XX, y podemos asegurar que durante el XXI persistirán los amplios movimientos de personas sin que sus características predominantes varíen substancialmente, pues *“los factores socio-culturales, políticos y sobre todo económicos que hicieron del pasado siglo ‘la era de la migración internacional’ (Castles y Zlotnik, 1999), no parecen desaparecer por el momento, de modo que su configuración actual le confiere a ésta un carácter de ‘fenómeno a largo plazo’ (Suárez-Orozco, 2001)”*<sup>7</sup>, cada día más dinámico y fluido. Estudios e informes de organismos internacionales<sup>8</sup> señalan que la totalidad de migrantes alcanza al 3% de la población mundial, y afecta a casi todos los países, ya sea como país de emigración, de inmigración, de tránsito, o incluso, los tres caracteres a la vez. Actualmente, se estima que el número de personas que se han establecido en un país distinto del que nacieron oscila entre 185 y 192 millones en todo el mundo. Ello permite afirmar que la migración internacional o la libre circulación de personas entre territorios autónomos, con sistemas políticos, jurídicos, económicos y sociales heterogéneos, se ha convertido en una característica intrínseca de la globalización, en donde la brecha entre países desarrollados y en desarrollo se puede agudizar.

### **a) Destinos de la emigración**

Históricamente en los países de Sudamérica las migraciones fueron marcadas por corrientes venidas de Europa. Hoy han cambiado de dirección, se han invertido las tendencias migratorias, pasando de ser una zona de inmigración para convertirse en una región con movimientos migratorios que circulan por diferentes lugares, gran parte van a Estados Unidos y hacia los países más cercanos. El deterioro de las economías, el empobrecimiento de la clase media y la elevada desocupación han hecho que gran parte de los migrantes hayan elegido países de la misma región y aquellos con mejores posibilidades económicas y preparación intelectual hayan optado por Europa, Estados Unidos o incluso Japón.

---

<sup>7</sup> VALIDO, ANA MARÍA, “Migración internacional y Derecho de familia: realidades y retos”, *Aldea Mundo Revista sobre Fronteras e Integración*, Año 11, No. 22 / Noviembre 2006 - Abril 2007.

<sup>8</sup> Ver “La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Migrantes”, publicado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) 2005.

En tanto, dentro de América Latina y el Caribe, la cifra de inmigrantes total representa únicamente el 1% de la población regional, mientras tanto, el porcentaje de emigrantes sube al 4%. O sea que por cada inmigrante que llega a la región, cuatro personas están afuera. Algunas excepciones que se han convertido en polos de atracción dentro de la zona son los casos de Argentina, Costa Rica y Venezuela en América Latina y Puerto Rico, Barbados y Bahamas en el Caribe. Las poblaciones inmigrantes en estos países giran alrededor del 10% y en los casos caribeños superan esta cifra<sup>9</sup>. Para complicar aún más la escena, cabe añadir que los flujos migratorios atraviesan las fronteras no sólo del o los países inmediatamente vecinos, sino que muchas veces se ven obligados a cruzar las de varios Estados en su camino al país al que migran. La situación de los “transmigrantes” o “migrantes de paso” conlleva la necesidad de establecer una regulación propia además de la prevista para los supuestos de inmigración y emigración de personas o grupos<sup>10</sup>.

En Europa occidental, en los últimos años, se han establecido alrededor de veinte millones de migrantes, es decir, casi un 15% de la población activa, siendo un 40% de ellos provenientes de países del tercer mundo. Esta circunstancia denota que la adaptación y la convivencia de algunos grupos de inmigrantes con la sociedad receptora resultan en verdad conflictivas, pues proceden de lugares que presentan gran variedad de etnias, culturas, lenguas y religiones, que no muestran una gran afinidad con la cultura europea<sup>11</sup>.

Desde mediados del siglo XIX, la República Argentina ha sido un país receptor de inmigrantes, tanto intra-continenciales como extra-continenciales. Por diversos motivos, la presencia de la migración ultramarina comenzó a disminuir notablemente a mediados del siglo XX<sup>12</sup>, en tanto que la inmigración proveniente de países limítrofes se mantuvo relativamente estable a lo largo del siglo. Cabe señalar el incremento de la corriente migratoria proveniente de otros países latinoamericanos, entre los que se destaca Perú, de países asiáticos, principalmente China y Corea del Sur,

<sup>9</sup> PERALTA GAINZA, PATRICIA, “Tendencias migratorias en América Latina”, en *Revista GLOOBAL Hoy*, 27/7/2006, disponible en: [www.gloobal.net](http://www.gloobal.net).

<sup>10</sup> CARRILLO CASTRO, ALEJANDRO, “La migración en América latina”. disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/24/11.pdf>, p. 116.

<sup>11</sup> CARBALLO ARMAS, PEDRO, “Inmigración y Derechos Fundamentales en la Unión Europea: una aproximación a los instrumentos jurídico-políticos de integración de los extranjeros en España”, ReDCEn° 5, enero-junio de 2006, p. 6, disponible en: <http://www.ugr.es/~redce/RED-CES5/articulos/11pedrocarballo.htm>.

<sup>12</sup> COURTIS, CORINA, “Marcos institucionales, normativos y de políticas sobre migración internacional en Argentina, Chile y Ecuador”, en *Migración internacional en América Latina y el Caribe. Nuevas tendencias, nuevos enfoques*, JORGE MARTÍNEZ PIZARRO (editor), Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, mayo de 2012.

de países de Europa del Este y de diversos países de África (especialmente Senegal y Nigeria). Asimismo, que Argentina cuenta con una importante cantidad de emigrados residiendo en el extranjero.

El 17 de diciembre de 2003, el Congreso de la Nación sancionó una nueva ley de migraciones N° 25 871<sup>13</sup>, que distingue como objetivo los compromisos internacionales de la República respecto a los derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes (art. 3). Ha supuesto un cambio esencial en el enfoque de la política migratoria en el país, al ser la migración vista como un derecho que se debe garantizar sobre la base de los principios de igualdad y universalidad (art. 4). Ofrece, además, un marco jurídico protector de la infancia migrante, tanto para permitir su ingreso y residencia en el país como para evitar que algunas decisiones (vgr. de expulsión) impliquen la separación de la familia. El derecho a preservar la unidad de esta institución social y jurídica fundamental, se ve fortalecido cuando se garantiza el derecho a la reunificación familiar; reconocimiento que impacta también en la protección de los derechos de la niñez migrante y de los hijos de las personas migrantes.

La normativa tiene la particularidad de conceder el derecho a residir y trabajar libremente a los ciudadanos de los países limítrofes e incorporó el criterio único de la nacionalidad del Mercosur para el otorgamiento de la residencia en el país, sin depender de otros criterios migratorios tradicionales de radicación (trabajo, familia, etc.). Establece los siguientes derechos de los extranjeros: a la migración y a la reunificación familiar; a la igualdad de trato; a la información; al acceso, no discriminatorio, del inmigrante y su familia, a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social. Con posterioridad, se firmó un tratado con la República del Perú reconociendo los mismos derechos a sus ciudadanos.

Mediante el decreto 1169/2004, se puso en marcha la “Regularización migratoria de ciudadanos nativos fuera de la órbita del Mercosur”, que alcanza a los ciudadanos provenientes de China, Taiwán, República Dominicana y ciertos países de África. En virtud de esta medida, se estima que aproximadamente 12.000 personas regularizaron su situación migratoria<sup>14</sup>. En 2005, se implementó el programa nacional de normalización documentaria migratoria denominado Plan Patria Grande<sup>15</sup>, con el fin de

---

<sup>13</sup> La ley fue reglamentada en mayo de 2010 (Decreto 616/2010). La Dirección Nacional de Migraciones (DNM) es la autoridad de aplicación de esta ley, a quien corresponde regular la admisión, el ingreso, la permanencia y el egreso de personas migrantes en el territorio nacional.

<sup>14</sup> COURTIS, CORINA, “Marcos institucionales, normativos y de políticas sobre migración internacional en Argentina, Chile y Ecuador”, art. cit., p. 110.

<sup>15</sup> Disposición DNM N° 53.253, diciembre de 2005. A través del Decreto N° 836/04, se creó en el ámbito de la Dirección Nacional de Migraciones el programa nacional de normalización

conceder la residencia a los inmigrantes provenientes de países fronterizos y Perú que se encontraban en situación irregular, extendiéndose también para los ciudadanos de origen ecuatoriano, colombiano y venezolano. A fines de 2009, concluyó este programa, otorgándose 221.814 radicaciones. De acuerdo al informe del año 2012 de la síntesis estadística de radicaciones elaborada por la DNM —Ministerio del Interior— el total de solicitudes iniciadas y resueltas por categoría: permanente y temporaria durante el período 2004-2012 (al mes de diciembre) fue de 1.688.106 (iniciadas) y 1.503.430 (resueltas) de personas de distintas nacionalidades<sup>16</sup>.

### **b) Feminización migratoria**

Un estudio de la CEPAL (ONU)<sup>17</sup> destaca que “...la región cuenta con alrededor del 10% de los migrantes del mundo y una creciente participación de personas, comunidades y países en la migración internacional...” y como hecho sobresaliente ocurrido durante las últimas décadas en la región, es la participación de las mujeres en la migración internacional. Este último dato tiene especificidades y significados profundos, asociados tanto a las transformaciones económicas mundiales, a la reestructuración de los mercados laborales como a la consolidación de redes sociales y familiares. Los motivos que llevan a las mujeres a emigrar deben mirarse desde el contexto social y cultural del país del que proceden. Así, una de las características distintivas de la migración latinoamericana y caribeña, es la participación de mujeres en numerosos flujos migratorios internacionales, que guardan estrecha relación con la demanda laboral en actividades de servicios en el país de destino. En esta dirección apunta la fuerte representación de trabajadoras en el servicio doméstico, en el cuidado de ancianos y menores como modalidad de inserción laboral preferente en Europa y, en menor grado, en los Estados Unidos y Canadá. Es decir, las trabajadoras migratorias predominan en el mercado laboral informal de la mayoría de

---

documentaria migratoria cuyo objetivo es la regularización de la situación migratoria y la inserción e integración de los extranjeros residentes en forma irregular en el país. Por Decreto N° 578/05, se instruyó a la Dirección Nacional de Migraciones a implementar en el marco del citado Programa, la regularización migratoria de los extranjeros nativos de los Estados Parte del Mercosur y sus Estados Asociados.

<sup>16</sup> Paraguay: 674.791; Boliviana: 447.086; Peruana: 251.679; Colombiana: 53.472; Chilena: 38.359; Uruguay: 32.071; Brasileña: 31.267; China: 24.019; Estadounidense: 22.318; Ecuatoriana: 11.728; Española: 11.464; Mexicana: 9.413; Venezolana: 8.953; Italiana: 8.822; Colombiana: 47.758; Dominicana: 8.099; Filipina: 7.202; Francesa: 7.167; Alemana: 4.817; Ucraniana: 4.113; India: 2.211; Cubana: 1.004; Rusa: 975; otras nacionalidades: 29.055 (Base SADEX; incluye trámites ordinarios y Patria Grande).

<sup>17</sup> ONU. CEPAL, *El mapa migratorio de América Latina y el Caribe, las mujeres y el género*, 2003.

los países receptores y realizan tareas domésticas, industriales, agrícolas o en el sector de los servicios, quienes, en general, son mal remuneradas y las colocan en una situación de aislamiento, subordinación y estigmatización. Esta situación se ve agravada cuando el Estado receptor la tolera implícitamente<sup>18</sup>.

“No obstante que aún presenta escasa visibilidad, la feminización de la migración entraña la oportunidad de abrir nuevos espacios a la mujer dentro del ámbito de la familia y de la sociedad como un todo, pues está llamada a contribuir a que se flexibilice la división sexual del trabajo y transformen los modelos y roles de género. Sin embargo, también esconde el riesgo de afectar negativamente los proyectos de vida de las mujeres, de reforzar sus condiciones de subordinación y las jerarquías asimétricas de género, de menoscabar su dignidad y atentar contra sus derechos. Un ejemplo de ello es el trabajo doméstico transfronterizo, que representa un alto componente de la inserción laboral femenina y está fuertemente vinculado con una preocupación de la comunidad internacional sobre la situación de vulnerabilidad que afrontan las mujeres migrantes respecto a ser víctimas de discriminación y de la violación de sus derechos humanos y libertades fundamentales”<sup>19</sup>, específicamente los laborales y sindicales.

Este pensamiento está en sintonía con las recomendaciones realizadas por la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE, 2009) respecto a la necesidad de formular políticas de inmigración laboral sensibles al género que desarrollen ambientes habilitantes que proporcionen igualdad de oportunidades de empleo y de acceso a los beneficios tanto a los inmigrantes hombres como mujeres, inclusive el reencontro familiar.

### c) Flujos migratorios interregionales

Los migrantes intrarregionales totalizan una cifra cercana a los tres millones de personas, las que se desplazan fundamentalmente entre países fronterizos o con proximidad geográfica. La migración entre los países de la región es un fenómeno que sigue vigente, produciéndose una yuxtaposición de las condiciones de recepción con las de emisión, tránsito y

---

<sup>18</sup> Primer informe de actividades de Gabriela Rodríguez Pizarro, ex Relatora Especial para los Derechos Humanos de los Migrantes de las Naciones Unidas, (Rodríguez, 2001, disponible en: <http://www.ohchr.org/spanish/issues/migration/rapporteur/>).

<sup>19</sup> “Migración internacional de latinoamericanos y caribeños en Iberoamérica: características, retos y oportunidades”. Documento preparado por el Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) - División de Población de la CEPAL con ocasión del Encuentro Iberoamericano sobre Migración y Desarrollo, Madrid, 18 y 19 de julio de 2006. Santiago de Chile, julio de 2006.

retorno de migrantes. El análisis y la acción en las zonas fronterizas son sin duda importantes, si consideramos la compleja trama de interacciones que se desarrollan en los espacios limítrofes de los países miembros y que atraviesan todas las dimensiones: económicas, políticas, laborales, sociales y culturales<sup>20</sup>.

En el Mercosur se han adoptado medidas para facilitar la movilidad de las personas dentro del espacio integrado, así lo confirma el Acuerdo sobre residencia para nacionales de los Estados Partes del Mercosur<sup>21</sup>, que produce un salto cualitativo en el tratamiento de la cuestión. El Acuerdo establece lo que puede considerarse como “un área de libre residencia” para los ciudadanos de sus Estados, con el requisito de acreditar su nacionalidad y falta de antecedentes penales. El derecho a residencia se aplica tanto a quienes desean ingresar como a los ya residentes, extendiéndose también a su familia. Declara la igualdad de derechos civiles, sociales, culturales y económicos entre nacionales del país de recepción y nacionales de otros países firmantes; el principio de reunión familiar; el derecho a transferir remesas a su país; el derecho de los hijos de los inmigrantes a tener un nombre, una nacionalidad y a la educación, aún en caso de que sus padres estén en situación irregular, etc. En esa misma fecha, los cuatro Estados más Bolivia y Chile también suscribieron el Acuerdo de regularización migratoria de los ciudadanos del Mercosur, cuyo objetivo es legalizar la situación de los ciudadanos de las naciones firmantes que se encuentran residiendo en forma irregular en el territorio de otro Estado parte, permitiendo su regularización sin tener que regresar al país de origen y con independencia de la categoría con que hubieran ingresado, lo cual constituye un importante avance en la materia.

A fines de 2003, se concreta el Acuerdo de creación de la Visa Mercosur (Dec.CMC 16/03) con el fin de establecer reglas comunes para el movimiento temporal de personas físicas prestadoras de servicios en la región. La concesión de la Visa no estará sometida a ninguna prueba de necesidad económica ni a cualquier autorización previa de naturaleza laboral y estará exenta de cualquier requisito de proporcionalidad en materia de nacionalidad y de paridad de salarios. Se establece que la visa dará derecho a múltiples entradas y salidas.

---

<sup>20</sup> PÉREZ VICHICH, NORA, “Fundamentos teóricos del tratamiento de la movilidad de personas en Mercosur”, Entelequia, *Revista interdisciplinar*. Monográfico, junio 2007, disponible en: <http://www.eumed.net/entelequia/pdf/2007/e04a13.pdf>.

<sup>21</sup> El proyecto se aprobó en la reunión realizada entre el 9 y el 11 de noviembre de 2002 en la ciudad de Salvador de Bahía (Brasil). Los presidentes de los cuatro países más Bolivia y Chile, en tanto países asociados, refrendaron este Acuerdo en la Declaración Conjunta Presidencial del Mercosur de 6 de diciembre de 2002 (Brasilia, Dec. CMC 28/02).

La necesidad de adoptar medidas para prevenir, detectar y penalizar el tráfico de personas y migrantes en la región, llevó a los Presidentes de los Estados Parte del Mercosur, Bolivia y Chile a suscribir el 16 de diciembre de 2004, en Belo Horizonte (Brasil), el Acuerdo contra el tráfico ilícito de migrantes<sup>22</sup> (Dec. CMC 37/04). Entre las acciones previstas se incluyen la cooperación, el intercambio de información y la acción conjunta entre las partes<sup>23</sup>.

En caso de que se registren graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en una de las partes, se aplicará el Protocolo de Asunción sobre compromiso con la promoción y protección de los Derechos Humanos del Mercosur de 19 de junio de 2005 (Dec. CMC 17/05)<sup>24</sup>. El instrumento promueve la plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales como condiciones esenciales para la vigencia y evolución del proceso de integración entre las partes. Para cumplir con su objetivo, establece la cooperación mutua a través de los mecanismos institucionales establecidos en el Mercosur e instituye la vía de las consultas entre los integrantes del bloque y la parte afectada en los supuestos en que ésta haya incurrido en graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales, en situaciones de crisis institucional o durante la vigencia de estados de excepción previstos en los ordenamientos constitucionales respectivos.

La XXX Reunión de Ministros del Interior del Mercosur y Estados Asociados<sup>25</sup> pone de manifiesto que la adhesión de Ecuador y Perú al Acuerdo sobre residencia de 2002, representa un gran avance en la consecución de un espacio común en que los nacionales de la región puedan circular y residir, garantizando a todos sus derechos civiles, sociales y económicos en los países del bloque. No obstante, una de las características generales de los inmigrantes a nivel internacional es la de constituir un sector de la población relativamente más vulnerable en lo que se refiere a la protección de sus derechos humanos, a diferencia de la población nativa. De allí, que nos preguntemos:

## II. ¿Se protegen los Derechos humanos de los migrantes?

La inmigración es uno de los fenómenos mundiales más controvertidos y multifacéticos. Si bien los Estados tienen la capacidad y facultades

<sup>22</sup> Argentina aprobó el Acuerdo por ley 26.382, la cual fue promulgada de hecho el 10/06/2008.

<sup>23</sup> El acuerdo complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y se interpretará juntamente con dicha Convención y su Protocolo Adicional en materia de "Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire".

<sup>24</sup> Mediante ley 26.109 (BO, 03/07/2006) Argentina aprobó el Protocolo de Asunción.

<sup>25</sup> Montevideo, 25 de noviembre de 2011.

des de establecer reglas para la migración de las personas, al mismo tiempo debe haber reconocimiento de derechos básicos e igualdad, se trate de connacionales de un Estado o extranjeros, quienes deben ser respetados en cualquier circunstancia<sup>26</sup>. Tal afirmación deriva porque los derechos humanos son derechos inherentes a toda persona por el simple hecho de su condición humana, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, orientación sexual, opinión política o de cualquier otra índole, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles<sup>27</sup>.

La mayoría de las doctrinas jurídicas distinguen tres grupos de derechos humanos: los de primera generación son los derechos civiles y políticos, vinculados con el principio de libertad (vida, libertad, seguridad jurídica, libertad de expresión, libertad religiosa, etc.). Los de segunda generación son los derechos económicos, sociales y culturales, conexos con el principio de igualdad (seguridad social, trabajo, salud, alimentación, vivienda, educación, etc.). Exigen para su realización efectiva de la intervención de los poderes públicos, a través de prestaciones y servicios públicos. Los de tercera generación, mucho más recientes, se vinculan con la solidaridad y se refieren al progreso social, la ecología, etc. (el cuidado del medio ambiente, el patrimonio común de la humanidad, el desarrollo científico y tecnológico, etc.). Los unifica su incidencia en la vida de todos, a escala universal, por lo que precisan para su realización una serie de esfuerzos y cooperaciones en un nivel planetario<sup>28</sup>.

Cada persona involucrada en el proceso de migración, se encuentra bajo el amparo de un conjunto de tratados sobre derechos humanos en general. Estos imponen límites a lo que los Estados pueden y no pueden hacer a las personas dentro de su territorio. Además, gozan de un sistema de protección que tiene jurisdicción sobre la casi totalidad de los países del mundo, cuya principal función es la de supervisar la aplicación de los tratados por los Estados Parte y denunciar su incumplimiento<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> Cfr. "Advierte la ONU retos en protección a migrantes", disponible en: El Universal.com.mx.

<sup>27</sup> Cfr. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

<sup>28</sup> PÉREZ LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE, *La tercera generación de Derechos Humanos*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 28 y ss.

<sup>29</sup> Por ejemplo: el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos, la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías, el Centro de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores

## 1. Declaraciones de las Naciones Unidas

### a) Declaración Universal de Derechos Humanos

La Declaración del 10 de diciembre de 1948, está firmada por un gran número de gobiernos representando diferentes culturas, áreas geográficas y sistemas políticos. Su texto “hace un esfuerzo por plasmar, en un total de treinta artículos, los principios y valores considerados como elementales a lo largo de la historia desde distintas concepciones del hombre o del mundo”<sup>30</sup>. En el marco de la migración, cobra relevancia el principio de no discriminación que garantiza que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona tiene todos los derechos y libertades sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro tipo, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, o cualquier otra condición.

El derecho de toda persona a emigrar, como condición inherente al principio de libertad de tránsito, se encuentra recogido en el art. 13 cuando garantiza la libertad de circulación y desplazamiento tanto en el ámbito territorial nacional como en el espacio internacional, y cuando le reconoce el derecho a escoger libremente el lugar de su residencia en el territorio de un Estado.

### b) Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en el que viven

Con la resolución 40/144 del 13 de diciembre de 1985, la Asamblea General de las Naciones Unidas “*Consciente* de que, al mejorar las comunicaciones y establecerse relaciones de paz y amistad entre los países, cada vez hay más personas que viven en países de los que no son nacionales”<sup>31</sup>, proclamó esta Declaración para asegurar que los derechos humanos fundamentales proporcionados en los pactos internacionales específicos también estarían garantizados para los no ciudadanos. Instituye los derechos de los extranjeros a: la vida, *intimidad, igualdad ante los tribunales, elegir cónyuge, casarse, fundar una familia, la libertad de pensamiento*, conservar su propio idioma, *cultura y tradiciones, abandonar el país* y el derecho a *transferir al exterior sus ganancias, ahorros y otros bienes monetarios perso-*

---

dores Migratorios y de sus Familiares y el Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>30</sup> SOLANES CORELLA, ÁNGELES, “Inmigración y derechos humanos”, disponible en: <http://www.fundacioncajamar.es/mediterraneo/revista/me0107.pdf>.

<sup>31</sup> Preámbulo de la Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en el que viven.

nales (art. 5). Se deja claro que los extranjeros tienen el derecho a un ambiente de trabajo seguro y a igual remuneración sin distinciones de ningún género, garantizándose especialmente a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a aquellas de que disfrutaban los hombres, con igual salario por igual trabajo (art. 8).

## **2. Tratados relativos a los Derechos Humanos**

### **a) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

La Declaración Universal de 1948 no es legalmente obligatoria por sí misma. Sin embargo, ha establecido importantes principios y valores que más tarde fueron contemplados en tratados legalmente obligatorios de la ONU. Las nuevas circunstancias políticas, económicas o sociales han tenido su reflejo en el catálogo de derechos humanos, incorporándose progresivamente derechos completamente alejados de los reconocidos inicialmente<sup>32</sup>. De esta forma, el 16 de diciembre de 1966 se elaboraron los Pactos que abordan de forma más amplia los derechos enumerados en aquélla y tienen como distintivo su carácter jurídicamente vinculante. Se garantizan una serie de derechos aplicables a situaciones que son comúnmente experimentadas en un proceso de migración, por ejemplo, el ejercicio de los derechos sin discriminación alguna (art. 2 de ambos Pactos); la libertad de circulación de un país a otro sin limitaciones y la elección del lugar de su residencia, así como el derecho de una persona de regresar a su propio país (PIDCyP, arts. 12 y 13). Pues los factores que motivan el movimiento de una persona de su país de origen, a menudo surgen a partir de violaciones o de la negación de derechos básicos, sean civiles, sociales, económicos u otros derechos humanos, o discriminación en su aplicación. Los “transmigrantes” o “migrantes de paso” también podrían ver afectados sus derechos durante el viaje o a la llegada al país de destino.

### **b) Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial**

La Convención del 21 de diciembre de 1965 (ICERD), promueve los principios universales de derechos humanos, al considerar que todos los

---

<sup>32</sup> ARENAS GARCÍA, RAFAEL, en el artículo “El Derecho internacional privado (DIPr.) y el Estado en la era de la globalización: la vuelta a los orígenes”, considera que últimamente, se ha venido reivindicando un Derecho fundamental al acceso a Internet, en *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz* (coord. por FRANCISCO JAVIER QUEL LÓPEZ, JUAN JOSÉ ÁLVAREZ RUBIO), 2008, p. 75.

hombres tienen derecho a igual protección ante la ley contra todo tipo de discriminación racial y segregación, ofreciendo garantías que podrían ser relevantes para los migrantes. No obstante, el tratado se cuida de aclarar que éste no puede ser utilizado de ningún modo para afectar las normas internas de los Estados en materia de ciudadanía e inmigración, en tanto no se establezcan discriminaciones en contra de ciertas nacionalidades. Mediante el art. 5, los Estados Parte se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de una lista no exhaustiva de derechos<sup>33</sup>. La Convención no garantiza estos derechos como tales; más bien estipula que, en tanto estos derechos existan en el derecho nacional, deben de ser disfrutados sin discriminación.

### **c) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer**

La Convención del 18 de diciembre de 1979 (CEDAW) tiene como objetivo eliminar efectivamente todas las formas de discriminación contra la mujer, obligando a los Estados a reformar las leyes vigentes a tal fin<sup>34</sup>. Prescribe las medidas que han de adoptarse para suprimir todas las formas de trata de mujeres, que es una forma amplia de migración internacional, para fines que signifiquen degradación de la dignidad humana como la explotación sexual (prostitución forzada) o laboral (trabajos peor remunerados o no regulados). También se relaciona con la creciente participación de las mujeres en los flujos migratorios y el grado al que éstas son a menudo discriminadas, tanto por el hecho de ser mujer como por ser inmigrante. Singular importancia reviste el derecho a preservar la integridad de la familia, generalmente reconocido por instrumentos universales y regionales<sup>35</sup> en los casos en que la mujer haya quedado separada por el motivo que

---

<sup>33</sup> Como consecuencia de haber otorgado jerarquía constitucional a la Convención, en Argentina se sancionó la ley 24.515/1995, por la cual se creó el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), cuya función es recibir y centralizar denuncias sobre actos discriminatorios, emitir una opinión o dictamen y proveer asesoramiento.

<sup>34</sup> El art. 1 precisa que la expresión discriminación “denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquiera otra esfera”.

<sup>35</sup> Entre otros: art. 16 de la Declaración Universal de 1948; art. 10 del PIDESyC de 1966; art. 23 PIDCyP; arts. 9, 10, 22 de la CDN de 1989; art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969; art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos

fuere, a través de la figura de la reunificación familiar. Porque el derecho internacional relacionado con la unidad familiar, limita la autoridad del Estado de utilizar sus leyes nacionales para regular quién puede ingresar, permanecer, o abandonar su territorio. De esta forma, surge la responsabilidad de garantizar a la mujer la igualdad de condiciones con el hombre en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares (art. 16).

#### **d) Convención sobre los Derechos del Niño**

La Convención del 20 de noviembre de 1989<sup>36</sup>, es el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante destinado a los menores de 18 años de edad que incorpora toda la gama de derechos humanos: civiles, culturales, económicos, políticos y sociales. El principio del interés superior del niño como consideración primordial (art. 3), entendido como la satisfacción integral de todos sus derechos, resulta medular en los procedimientos migratorios. La prohibición contra toda forma de discriminación por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento o cualquier otra condición del niño, del padre o de sus representantes legales, significa que cualesquiera beneficio que un Estado otorgue a los menores que sean sus nacionales, debe otorgarlos a todos los menores extranjeros con independencia de su situación de legalidad, incluyendo refugiados y otros migrantes.

El derecho de todo niño a preservar su identidad (art. 8), es decir, a tener un nombre, una nacionalidad y a conocer su procedencia, obliga a las autoridades de los Estados parte a utilizar todos los medios necesarios para que el menor extranjero sea reconocido por su “propio nombre, edad, nacionalidad, procedencia, origen, cultura, así como otros rasgos conformadores de su personalidad”<sup>37</sup>. La afirmación consciente del derecho internacional sobre la necesidad de salvaguardar la unidad de la familia, implica imponer a los países ratificantes una obligación positiva de adoptar medidas destinadas a tal fin (vgr. establecer políticas públicas con

---

y de las Libertades Fundamentales de 1950; y art. 16 de la Carta Social Europea, revisada en 1996.

<sup>36</sup> Con la finalidad de proporcionar a la infancia protección jurídica contra las peores formas de explotación, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 25 de mayo de 2000 los dos Protocolos Facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño (sobre la participación de los niños en los conflictos armados y sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía).

<sup>37</sup> ESTEBAN DE LA ROSA, GLORIA, “Inmigrantes menores de edad y su situación jurídica en España: algunas cuestiones controvertidas”, *Diario La Ley* n° 5714, 7 de febrero de 2003, p. 4.

un enfoque en los derechos de la niñez migrante). En esa línea apunta la Convención cuando consagra el principio de no-separación del niño de sus padres en contra de la voluntad de éstos, que los Estados Partes “garantizarán” (art. 9.1). Esta disposición establece el derecho del niño a la reunificación de la familia y es corroborada por el artículo siguiente, el cual dispone, además de otros postulados, que “toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expedita” y “no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares” (Art. 10. 1). Según el apartado dos del mismo artículo, “los países de origen deben respetar el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país”.

En relación con el retorno al país de origen de menores migrantes no acompañados y separados de su familia, es preciso señalar que el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha expresado que “*sólo podrá contemplarse en principio si redunde en el interés superior del menor*”, por lo que “*Excepcionalmente, el retorno al país de origen podrá decirse, una vez ponderados debidamente el interés superior del menor y otras consideraciones, si estas últimas están fundadas en derechos y prevalecen sobre el interés superior del menor*”. Asimismo, agregó: “*Los argumentos no fundados en derechos, por ejemplo, los basados en la limitación general de la inmigración, no pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior*”<sup>38</sup>.

En materia migratoria, otro aspecto relevante es el derecho del niño a ser oído por las autoridades competentes como así también el derecho a que sus deseos y opiniones sean tenidas en cuenta a la hora de tomar decisiones que le incumban (art. 12). Esta directiva repercute en la esfera legislativa, administrativa o judicial de los Estados Parte, ya que deberán diseñar e implementar mecanismos adecuados a la edad y etapa evolutiva del niño para poder hacer efectivo este derecho.

En el informe anual ante el Consejo de Derechos Humanos —2 de junio de 2009— el relator especial de la ONU para los derechos de los migrantes, Jorge Bustamante, exhortó a los países de origen, de tránsito y destino de esas personas a proteger a los niños en cada paso del proceso migratorio<sup>39</sup>. También subrayó la importancia de un marco legal adecuado

---

<sup>38</sup> Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, Observación General N° 6 (2005), “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”, (párrs. 84 y 86).

<sup>39</sup> Como ejemplo de un enfoque específico de la niñez en la política migratoria, cabe mencionar que el 21 de marzo de 2013, el pleno de la Cámara de Diputados de México aprobó

para resguardar los derechos de los menores. En tal sentido, expresó: “Los Estados, sobre todo los de tránsito y destino, deben consagrar una atención especial a proteger a los niños indocumentados y no acompañados, así como a los que buscan asilo y a los que son víctimas del crimen transnacional organizado”<sup>40</sup>.

### e) Instrumentos regionales

En el plano regional, se han adoptado otros instrumentos sobre derechos humanos que ofrecen garantías similares y aplican a todas las personas dentro de la jurisdicción de las partes contratantes. Tienen como objetivo promover y proteger los derechos humanos y libertades básicas tanto a ciudadanos como a no ciudadanos dentro de la respectiva región. Los tratados regionales incluyen, por ejemplo, la **Convención Europea sobre Derechos Humanos, y Libertades Fundamentales** del 4 de noviembre 1950, la **Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos**, también conocida como la Carta de Banjul del 21 de octubre de 1986, la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** del 22 de noviembre de 1969 y el **Protocolo Adicional** a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, de 1988, difundido como Protocolo de San Salvador<sup>41</sup> que operan en el marco de la OEA y el **Protocolo de Asunción sobre compromiso con la promoción y protección de los Derechos Humanos del Mercosur** del 19 de junio de 2005.

### f) Convención de las Naciones Unidas sobre la protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

Todas las naciones desarrolladas (y buena parte de los países en vías de desarrollo) restringen fuertemente la inmigración, justificando económicamente esta política en la competencia desleal que configuraría para los ciudadanos una mano de obra a bajos costes y la carga que representarían los inmigrantes a los servicios sociales de carácter públi-

---

por unanimidad reformas al art. 112 de la Ley de Migración para garantizar el respeto a los derechos humanos y protección a los menores migrantes que viajen sin la compañía de un adulto. Mientras que la ley argentina 25.871 de 2003 carece de regulaciones expresas respecto de ciertos temas que atañen especialmente a la niñez migrante —vgr. derecho a la identidad— al regular aspectos de la residencia en el país y los procedimientos migratorios.

<sup>40</sup> Informe suministrado por ACNUR (agencia de la ONU para los refugiados).

<sup>41</sup> Organización Internacional para las Migraciones (OIM), disponible en: <http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/migration-management-foundations/migration-history/lang/es>.

co. La porosidad de las fronteras ha inspirado sentimientos antimigrantes, provocando el resurgimiento de la xenofobia y el racismo, lo cual conlleva discriminación y desigualdad de trato. En este sentido, bien se ha expresado que “en un contexto internacional globalizado... es necesario pugnar por que se reconozca el compromiso de la comunidad internacional con la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familias”<sup>42</sup>.

Con el fin de humanizar su trato se aprobó la **Convención sobre la protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares** del 18 de diciembre de 1990<sup>43</sup>, pues enfatiza la conexión entre migración y derechos humanos. Ello no implica crear nuevos derechos para los migrantes, sino que busca garantizar el trato igualitario y las mismas condiciones laborales para migrantes y nacionales, así como reconocer el derecho de aquéllos a mantener contacto con su país de origen. En su Preámbulo, reconoce la importancia y magnitud del fenómeno de las migraciones, la situación de vulnerabilidad del migrante y sus familiares, y la necesidad de protección internacional en este ámbito. Cabe mencionar que se excluyen ciertas categorías de inmigrantes, entre otros, la de refugiados y apátridas (art. 3).

La Convención efectúa una distinción entre los derechos humanos que los Estados deben garantizar a todas las personas migrantes, independientemente de su condición migratoria (arts. 8-35) y ciertos derechos que podrían restringirse para quienes tienen una residencia legal en el país de destino (arts. 36-56). Ratifica las libertades básicas de los migrantes consagradas a lo largo de la historia por otros tratados, entre ellas, el derecho a libre entrada y salida de su Estado de origen, a la prohibición contra tratos degradantes, a no ser sometidos a esclavitud y servidumbre, a la libertad de pensamiento, religión y culto. Confirma el derecho de los trabajadores migratorios y de sus familiares a mantener vínculos culturales con sus Estados de origen (art. 31). Establece el derecho a la unidad y reunificación de la familia de los trabajadores migratorios, incluyendo el deber de los Estados de facilitar dicha reagrupación. El término “familiares” tiene una definición amplia que incluye las uniones legales y las consensuales de conformidad con el derecho aplicable, así como los hijos resultantes de

---

<sup>42</sup> Cfr. CASTAÑEDA, JORGE G., extraído de su exposición en el Día internacional del migrante (18 de diciembre de 2000) versión disponible en [www.sre.gob.mx/comunicados/prensa/dgcs/2000/dic](http://www.sre.gob.mx/comunicados/prensa/dgcs/2000/dic).

<sup>43</sup> Entró en vigor el 1° de julio de 2003, tras haber sido ratificada por un mínimo de 20 países en marzo de 2003; Argentina la ratificó el 23/02/2007. Por otro lado, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aprobó dos instrumentos relacionados con el tema, cuyo objetivo es la protección de trabajadores migrantes: Convenio 97 (1949) y Convenio 143 (1975).

ellas y otras cargas legalmente reconocidas<sup>44</sup>. El trabajador migratorio es descrito como “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”. Asimismo, abarca y define los derechos aplicables a determinadas categorías de trabajadores migrantes: trabajador fronterizo, trabajador de temporada, trabajador itinerante, trabajador vinculado a un proyecto, trabajador con empleo concreto, trabajador por cuenta propia.

Si bien no anima su presencia, el convenio extiende también su manto de protección a los migrantes indocumentados o que se encuentran en situación irregular, a quienes asegura que tengan acceso a los derechos humanos fundamentales. El conjunto de derechos que enumera de orden civil, político, económico y cultural deben ser respetados sin distinción de ningún tipo y asegurados “de conformidad con los instrumentos aplicables relativos a derechos humanos”. Conmina a los Estados Parte a tomar medidas para erradicar movimientos clandestinos, esto es, dirigidas a eliminar el ingreso ilegal y el empleo ilegal de trabajadores migrantes, fundamentalmente a través de la lucha contra la información engañosa que pueda incitar a la gente a emigrar irregularmente. Las medidas sugeridas incluyen la imposición de sanciones a traficantes y empleadores de migrantes indocumentados<sup>45</sup>. A tal fin, promueve la cooperación entre los Estados para las diferentes acciones de políticas migratorias, lo cual adquiere particular relevancia en el proceso de integración regional mediante acuerdos formulados entre sus miembros (vgr. Acuerdo sobre residencia para nacionales del Mercosur). Con relación a las previsiones relativas a la infancia, el Preámbulo hace mención expresa de la Convención sobre los Derechos del Niño. Es por ello que, en cuanto a los derechos de niños e hijos de migrantes, el texto de 1990 establece que “Todos los hijos de los trabajadores migratorios tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad” (art. 29).

A pesar que la mayoría de los migrantes viven en Australia, Europa y Norteamérica, estos países con alto nivel de migración no han ratificado la Convención, lo cual conspira contra su efectividad. “Sus numerosas disposiciones, que exigen un examen cuidadoso antes de su ratificación, y la inquietud de algunos Estados en el sentido de que su aplicación podría fomentar el ingreso de más personas en situación irregular, explicarían esta

---

<sup>44</sup> Según el art. 4, el término familiares se circunscribe a: cónyuges de los trabajadores migratorios; personas que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio; hijos a su cargo; otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate.

<sup>45</sup> Informe publicado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), noviembre de 2005, disponible en [www.unesco.org/shs](http://www.unesco.org/shs).

reticencia (CEPAL, 2002)<sup>46</sup>. El creciente reconocimiento internacional del nexo entre la migración y los derechos humanos, se ha canalizado marcadamente a través del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes de las Naciones Unidas<sup>47</sup>. Este mandato fue creado en 1999 por la Comisión de Derechos Humanos —resolución 1999/44<sup>48</sup>— y abarca todos los países, independientemente de si un Estado ha ratificado esta Convención. Los informes son de público conocimiento y describen tanto las vulneraciones de los derechos de las personas migrantes como las respuestas que ofrecen las autoridades nacionales. Desde esta perspectiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos enfatizó la obligación de adecuar las políticas migratorias a los tratados de derechos humanos, y afirmó que *“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, puesto que (...) dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio (...) Lo importante es que (...) los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa”*<sup>49</sup>.

Lo anteriormente expuesto tiene como propósito señalar que la soberanía estatal en materia migratoria, se encuentra cada vez más acotada como resultado de los principios y salvaguardas que la comunidad internacional ha venido estableciendo para garantizar los derechos humanos de los migrantes.

### **III. Jerarquía de los tratados de Derechos humanos en el orden jurídico interno**

La Constitución Nacional argentina de 1994 especificó la relación jerárquica entre el derecho interno e internacional, al otorgar jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos nominados en el art.

---

<sup>46</sup> América Latina y el Caribe: migración internacional, derechos humanos y desarrollo (CEPAL) Capítulo V- Los derechos humanos de los migrantes, p. 323.

<sup>47</sup> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos hizo lo propio en 1997, a partir de una resolución de la Asamblea General de la OEA.

<sup>48</sup> El mandato fue prorrogado por otros tres años por la Comisión de Derechos Humanos en 2005, en su 62° período de sesiones (resolución 2005/47). Por medio de la resolución 8/10 del 10 de junio de 2008, el Consejo de Derechos Humanos reforzaría el mandato del Relator Especial y decidiría prorrogarlo por un período de tres años.

<sup>49</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003 solicitada por México bajo el epígrafe “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes indocumentados”, párr. 118.

75, inc. 22, entre ellos, los dos Pactos de 1966 y las Convenciones de 1965, 1979 y 1989, antes citadas. Al ratificar estos instrumentos jurídicos, los Estados adquieren compromisos éticos para con la colectividad, lo cual reviste singular importancia para la protección de los inmigrantes, pues supone extender el respeto a los derechos y la dignidad de la persona a todos los habitantes del país, nacionales o extranjeros, por su sola condición humana. Esta política se refleja en la Constitución Nacional que mantiene el Preámbulo del texto de 1853 que explícitamente extiende los derechos fundamentales a “todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”, e incluso el artículo 25 establece: “El Gobierno federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes”. La integración como participación social se asegura cuando dispone que los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles de los ciudadanos, sin obligación de naturalizarse (art. 20). Asimismo, los artículos 14 y 14 bis consagran claramente la protección de los derechos civiles, culturales y económico-sociales a todos los habitantes de la Nación: “...conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio...”

#### IV. Reflexión final

La multiculturalidad es una realidad en muchos países hace ya largos años y designa la coexistencia de diferentes modelos de vida, culturas, etnias o religiones en los países de destino. Para lograr la integración social de las personas que viven en contacto con más de un país y un ordenamiento jurídico, esto es, la convivencia pacífica entre la población autóctona y extranjera que residen de forma habitual en un mismo territorio, será fundamental la cooperación entre los países a nivel bilateral, regional y multilateral, a fin de encarar fenómenos de alcance mundial como la migración internacional. Al ratificar los tratados, los Estados adquieren el compromiso de “*respetar, proteger y garantizar los derechos humanos: respetar significa no interferir de modo alguno en la capacidad de las personas de ejercer sus derechos, proteger consiste en administrar medidas contra los violadores de derechos y garantizar*<sup>50</sup> *implica emprender acciones legislati-*

---

<sup>50</sup> Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “garantizar” implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del Art. 1.1 de la Convención (opinión con-

vas, presupuestarias y judiciales para el ejercicio cabal de los derechos”<sup>51</sup>. El encuadre de los principios de igualdad y no discriminación como normas imperativas y, en consecuencia, de obligatorio cumplimiento para los Estados ha sido difundida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la citada Opinión consultiva en los siguientes términos: “*El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares*”<sup>52</sup>. De esta forma, se limitan las distinciones que por vía legislativa o reglamentaria el Estado puede hacer entre sus ciudadanos y los inmigrantes dentro de su territorio. No obstante, en el proceso de integración en las sociedades de acogida afloran los conflictos que se traducen en el rechazo, la xenofobia y la estigmatización de los sujetos migrantes. Estos actos de intolerancia, alimentados por la recesión y el desempleo, han llevado a un incremento de las hostilidades que amenazan la dignidad y los derechos humanos fundamentales de las personas involucradas en la migración. Mientras rigen los instrumentos jurídicos específicos para su protección, las tensiones culturales y las actitudes negativas arrojan sombras sobre el presente. Por ese motivo, la UNESCO hizo un llamado al mundo mediante la Declaración de Principios sobre la Tolerancia, proclamada y firmada por los Estados miembros el 16 de noviembre de 1995<sup>53</sup>. El documento tiene por objeto fundamental desterrar las intolerancias modernas como la violencia, el terrorismo, la xenofobia, el nacionalismo agresivo, el racismo, el antisemitismo, la exclusión, la marginación y discriminación perpetrados contra minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas,

---

sultiva N° 11/90 del 10/8/90 – “excepciones al agotamiento de los recursos internos”, párr. 34). Garantizar comprende, asimismo, “el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (í.d., parágrafo 23).

<sup>51</sup> Migración internacional, derechos humanos y desarrollo. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Documento preparado por el Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) - División de Población de la CEPAL, para la reunión del Comité Especial sobre Población y Desarrollo del XXXI período de sesiones de la CEPAL del 2006. Capítulo V. Los derechos humanos de las personas migrantes, p. 286.

<sup>52</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva número 18 de 17 de septiembre de 2003, p. 129.

<sup>53</sup> Aprobada por la Conferencia General de la UNESCO en su 28a reunión llevada a cabo en París.

refugiados, trabajadores migrantes, inmigrantes y grupos vulnerables de la sociedad, etc.

La Declaración afirma que la tolerancia no es lo mismo que concepción, condescendencia o indulgencia. Es el reconocimiento de la gran variedad de culturas en el mundo, de las formas de expresión y de las maneras de “ser humanos”. La tolerancia es el respeto de los derechos humanos universales y las libertades fundamentales de los demás. La gente es naturalmente diversa, sólo la tolerancia puede asegurar la supervivencia de comunidades heterogéneas en cada región del mundo. Describe la tolerancia no sólo como un deber moral, sino como un requerimiento legal y político de los individuos, grupos y Estados. La sitúa en el marco del derecho internacional sobre derechos humanos, elaborado en los últimos cincuenta años y pide a los Estados que legislen para proteger la igualdad de oportunidades de todos los grupos e individuos de la sociedad<sup>54</sup>. Se considera que la tolerancia tiene varios niveles que van desde la aceptación resignada de la diferencia para mantener la paz, hasta la actitud de adhesión y admisión entusiasta por la diferencia<sup>55</sup>. Este último estadio podría ayudar a mitigar los efectos nocivos de la intolerancia y hacer posible la convivencia pacífica —no sólo la coexistencia— entre grupos humanos con diferentes historias, culturas e identidades<sup>56</sup>. No es posible hablar de la integración social de los inmigrantes si no se tienen garantizados los derechos inherentes a todos los seres humanos.

Una sociedad sustentada en los principios de la tolerancia debería tratar a quienes la integran con igual consideración y respeto, así como establecer las normas de convivencia que faciliten el entendimiento mutuo, porque “La tolerancia hace posible la diferencia; la diferencia hace necesaria la tolerancia”<sup>57</sup>.



<sup>54</sup> Cfr. sitio oficial relativo al Día Internacional para la Tolerancia de las Naciones Unidas, disponible en: <http://www.un.org/es/events/toleranceday/background.shtml>.

<sup>55</sup> Los otros niveles de la tolerancia son: estado de indiferencia, estoicismo moral y curiosidad que coinciden con los cinco modelos históricos de WALZER, MICHAEL, en el *Tratado sobre la tolerancia*, Barcelona, Paidós, 1998, pp. 25-26.

<sup>56</sup> TEJEDA GONZÁLEZ, JOSÉ LUIS, “La política de la tolerancia”, *Política y cultura*, n° 21, México, 2004, pp. 21/35.

<sup>57</sup> WALZER, MICHAEL, *Tratado sobre la tolerancia*, Barcelona, ob. cit., p. 13.