

**EL ENFOQUE PROGRESISTA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS FRENTE A LA MIGRACIÓN**

**SANDRA ALEYDA MONTEZUMA MISNAZA
LUISA FERNANDA OBANDO GUERRERO**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
SAN JUAN DE PASTO**

2009

**EL ENFOQUE PROGRESISTA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS FRENTE A LA MIGRACIÓN**

**SANDRA ALEYDA MONTEZUMA MISNAZA
LUISA FERNANDA OBANDO GUERRERO**

**Trabajo de Grado presentado en la modalidad de Tesis para optar por el
título de Abogado**

Asesor:

Dr. JOSE ANTONIO ALAVA VITERI

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
SAN JUAN DE PASTO**

2009

LAS IDEAS Y CONCLUSIONES PRESENTADAS EN ESTE TRABAJO DE GRADO SON RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DEL AUTOR

Artículo 1ro. Acuerdo No. 324 de Octubre 1ro. De 1996 emanado por el Honorable Consejo Académico de la Universidad de Nariño

Nota de aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

San Juan de Pasto, noviembre 18 de 2009

*A Dios, por permitirnos cumplir una meta más
A nuestros padres, por ser la fuerza incansable en el camino
A todos nuestros seres queridos, por su compañía y su comprensión*

Y por nuestra eterna amistad...

El presente Trabajo de Grado es el resultado a un arduo proceso de investigación, que inició hace aproximadamente un año y que encontré como recompensa nuestra participación en el 14º. Concurso Interamericano de Derechos Humanos, organizado por la American University y que tuvo lugar en la ciudad de Washington D.C. en el mes de mayo de 2009. Hoy, buscamos compartir los conocimientos adquiridos dentro de esta labor, con el propósito de lograr que esta iniciativa se convierta en el punto de partida hacia nuevos proyectos de estudio y análisis sobre estos temas de especial importancia, pero que hasta el momento se han encontrado relegados a un segundo plano y sea esta la oportunidad para agradecer a la Universidad de Nariño y a todas aquellas personas que fueron parte en la construcción de este sueño que hoy se materializa y en especial gracias al Dr. Ivan Fernando Zarama Concha por su apoyo incondicional...

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	
1. CONCEPTUALIZACIÓN	15
1.1 DE LOS DERECHOS HUMANOS	15
1.1.1 Características	15
1.1.2 Historia de los Derechos Humanos	16
1.2 DE LA MIGRACIÓN	23
1.2.1 Historia de la Migración	23
1.2.2 Causas	34
2. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL	40
3. LA MIGRACIÓN Y EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS	51
3.1 DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS	51
3.2 SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS MIGRANTES ANTE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS	54
3.3 LA POSICION DE LA CORTE INTERAMERICANA FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES	67
3.4 LA FUNCIÓN LEGISLATIVA DE LOS ESTADOS A LA LUZ DEL	71

SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

3.5	LA MIGRACIÓN IRREGULAR Y LA REALIDAD DE ESTE FENÓMENO	77
3.6	EFFECTOS DE LA MIGRACIÓN	80
3.6.1	Migración calificada y fuga de cerebros	81
3.6.2	Remesas	82
3.6.3	Pobreza y Migración	84
3.6.4	Efectos de la Migración en los países de destino	85
3.6.5	El impacto fiscal de la Migración	85
3.6.6	Integración	86
4.	CONCLUSIONES	87
5.	RECOMENDACIONES	88
	BIBLIOGRAFÍA	90

GLOSARIO

Back pay: “Salarios caídos” hace relación al dinero dejado de cancelar por parte de un empleador a un trabajador sin justa causa.

Capital humano: Se trata de las capacidades, actitudes, destrezas y conocimientos que cada miembro de la empresa aporta a ésta, es decir, forman activos individuales, e intransferibles.

Costo fiscal: Derivado de los distintos gravámenes que deben abonar las empresas por disposiciones emanadas de los Fiscos Nacional, Provinciales y Municipales.

Clausula Martens: Aquella que indica que cuando en la normatividad vigente no esta previsto de manera expresa el canje o intercambio humanitario, las personas en este caso privadas de su libertad en poder de una y otra parte en confrontación política armada, quedan al amparo, la tutela y salvaguardia de los principios de la humanidad y de la conciencia pública.

Declaraciones: No son de naturaleza obligatoria, sino que mas bien proporcionan una indicación del compromiso político en algún aspecto.

Fenómeno social: Es la actitud consciente del hombre ante los fenómenos de la vida social y su propia condición social, iniciándose espontánea y conscientemente contra los factores que lo limiten, lo opriman y lo exploten, de manera tal que lo impulse de manera inevitable a un cambio social.

Ius cogens: Una norma de *ius cogens* se caracteriza por ser de obligado cumplimiento y no admitir acuerdo en contrario de los Estados. Esto la diferencia de la costumbre internacional, que tradicionalmente ha requerido del consentimiento de los Estados y permite su alteración mediante tratados. Por el contrario, no cabe que una norma contradiga a otra de *ius cogens*, salvo que también tenga esta naturaleza: en tal caso, la nueva norma reemplazará a la antigua.

País de destino: Lugar de residencia actual del migrante.

País de origen: Lugar de residencia anterior del migrante.

Permisos migratorios: Licencias concedidas a los trabajadores extranjeros con el fin de que ejerzan actividades remuneratorias dentro de un Estado del cual no son Nacionales.

Protocolo: Son adiciones a los tratados, que generalmente tienen que acordarse en forma separada al tratado en sí.

Migrante: Persona que traslada su residencia habitual de un lugar a otro.

Ratione Materiae: Por razón de la materia

Ratione Personae: En razón de la persona.

Regimen Politico: Conjunto de instituciones que regulan la lucha por el poder y el ejercicio del poder y de los valores que animan la vida de tales instituciones.

Remesas: Dinero que ingresa a los países de origen por concepto de la labor desempeñada por el migrante dentro del país del que no es nacional.

Sujeto de derecho: Es todo ente capaz de ser titular de deberes y derechos. Debe entenderse este concepto en relación a la capacidad jurídica que es la medida de la aptitud que tiene el sujeto para ser titular de obligaciones y derechos

Status migratorio: Condición que reviste un no nacional dentro de un determinado estado.

Trasnacionalismo: Capacidad de los migrantes de vincular a sus comunidades de origen con la de destino, a través del mantenimiento de relaciones sociales y la realización de proyectos y acciones que solo pueden llevarse a cabo porque interactúan con ambas sociedades.

Tratados: Son convenciones o tratados que una vez acordados y firmados por los países, imponen el mayor nivel posible de obligaciones sobre dichos países. La mayoría de tratados vienen acompañados por recomendaciones, las cuales son documentos que explican la forma en que se ha de interpretar y aplicar un tratado.

Trabajadores migratorios: Personas involucradas en una actividad remunerada en un país del cual no es Nacional. Un trabajador migrante establece su residencia en un País durante el periodo de su trabajo.

Xenofobia: Sentimiento de odio u hostilidad hacia los extranjeros.

RESUMEN

El presente proyecto abarca el estudio de la migración desde un contexto histórico, que permite conocer las diferentes etapas que marcaron su surgimiento y que delimitan la importancia de considerar a la misma como un fenómeno social de implicaciones culturales, políticas y socioeconómicas. Por otra parte se hace alusión al ENFOQUE PROGRESISTA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS en materia de migración, la cual se consolida a partir de la opinión consultiva OC-18-2003, en donde la corte de manera enfática determina que los trabajadores migratorios deben tener garantizados sus derechos laborales y las condiciones mínimas de protección que nacen a partir de toda relación contractual de trabajo, independientemente del status migratorio que los mismos revistan, de igual manera resalta la importancia del principio de igualdad y no discriminación en aras de generar su reconocimiento a partir de su vinculación con el IUS CONGENS.

Por otra parte se analizan diferentes fallos de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS en materia de las garantías mínimas que cualquier estado está obligado a reconocer a toda persona privada de la libertad, por cuanto en materia de migración los indocumentados se encuentran expuestos a detenciones injustificadas, en donde el aparato judicial no les brinda una asistencia legal expedita, un plazo razonable para determinar su situación jurídica y lo que es más grave en donde se genera igual tratamiento a la migración que al de un delito, circunstancia que no se acopla con el deber de respeto y garantía que le asiste a todo estado en materia de derechos humanos.

El proyecto busca crear conciencia en los diferentes estados con el fin de que se creen políticas migratorias proporcionales y acordes con una justicia real y efectiva dentro del marco de los estándares internacionales requeridos.

ABSTRACT

This project involves the study of migration from a historical context, which allows to know the different stages that marked its emergence and that limit the importance of considering it as a social phenomenon of cultural implications, political and socioeconomic. On the other hand refers to the concerted approach is PROGRESSIVE AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS on migration, which has continued since the Advisory Opinion OC-18-2003, where the court determines emphatically that migrant workers should have secured their employment rights and minimum standards of protection arising from any contractual employment relationship, regardless of immigration status that they are of, likewise emphasizes the importance of the principle of equality and non discrimination in order to generate recognition from its link with the IUS cogens.

Also discusses various judgments of the Interamerican Court of Human Rights concerning the minimum guarantees that any state is required to recognize a person deprived of liberty, because in the undocumented migration are exposed to unjustified arrests, where the judiciary does not offer them legal assistance expeditiously, within a reasonable time to determine their status and what is more serious in areas which generate the same treatment that the migration of a crime, which is not coupled with a duty respect and guarantee that you attend every state in human rights.

The project aims to create awareness among the different states for the purpose of creating immigration policies proportionate and consistent with a real and effective justice within the framework of international standards required.

INTRODUCCIÓN

La historia de los Derechos Humanos refleja una línea evolutiva orientada al reconocimiento del ser humano como centro de toda acción pública a nivel global; sin embargo, esta evolución y la importancia que se ha logrado se configuró solo a partir de los desafortunados acontecimientos que dejó la Segunda Guerra Mundial, acontecimientos que no únicamente desataron el rechazo de toda la humanidad frente a cualquier actuación que afectara los Derechos del individuo, sino que además, exigió la congregación internacional en aras de estructurar un sistema universal de protección hacia los mismos.

Desde entonces, muchos han sido los logros alcanzados, al punto que en la actualidad, el tema de los Derechos Humanos y su protección se ha convertido en el eje central dentro de todas las políticas públicas adoptadas por los Estados y hoy por hoy su reconocimiento no solo exige la intervención de los gobiernos locales, sino que implica además la configuración de una sistema internacional, encaminado exclusivamente a velar por su garantía.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos que nació en respuesta a esta coyuntura dentro de un sistema progresista, encargado de velar por la protección de los Derechos Humanos contemplados principalmente la Convención Americana, se ha convertido en uno de los pilares fundamentales dentro de todo este objetivo y es así como sus múltiples pronunciamientos hoy delimitan toda actuación estatal en beneficio del ser humano; propósito que se ha cumplido gracias a la obligatoriedad y el carácter vinculante de sus pronunciamientos frente a los países suscriptores.

Siendo la Migración el eje central de nuestra investigación y destacando dentro de este contexto sus fuertes repercusiones sociales y políticas, resulta necesario anotar inicialmente que la labor legislativa de los Estados cumple un papel muy importante dentro de este proceso de reconocimiento y protección en favor de los Derechos Humanos, pues es a partir de su función donde se configuran las principales políticas públicas encaminadas a sortear esta situación, que si bien era considerada en el pasado como un tópico reservado de manera excluyente a los estados, sujeto únicamente a las normas de Derecho Interno, hoy despierta el interés mundial porque afortunadamente se aceptó que era el Ser Humano el protagonista de este fenómeno, reiterando con esto la necesidad de respeto y garantía frente a cualquier acción que amenace o vulnere sus derechos.

Nuestra tesis busca entonces demostrar que en materia migratoria la intervención de los estados es determinante, pero ha de entenderse siempre bajo los parámetros de respeto y garantía definidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues se trata de estructurar un sistema normativo incluyente pero sostenible que guarde absoluta proporcionalidad frente a los fines que

persigue sin que con ello se afecten esferas individuales como lo son los Derechos Humanos y es aquí donde nace la importancia de fijar límites respecto a la libertad de configuración legislativa de los Estados y su consecuente repercusión, que no se consuma en el derecho de circulación sobre su territorio, sino que trasciende a múltiples y serias afectaciones a principios como el de la dignidad y la igualdad.

El Sistema Interamericano surge como una forma adecuada para mitigar esta problemática, así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha formulado una posición progresista frente a la amenaza y afectación de Derechos Humanos dentro de este contexto, todo en procura de resarcir de alguna manera los daños ocasionados a las víctimas, de tal suerte que la figura de la Responsabilidad Internacional de un Estado se ha convertido en una condena que intenta materializar la idea de reparación como consecuencia de una conducta u omisión por parte de un Estado, que afecte o ponga en riesgo tales prerrogativas; de aquí se deriva nuestro propósito frente al análisis de varios de sus fallos a fin de determinar la posición que esta instancia ha asumido respecto a la definición y reconocimiento de un status migratorio el cual debe ser analizado de acuerdo con cada circunstancia en particular y no solo esta llamado a atender un estándar general que culmine con una deportación en la mayoría de los casos ilegal.

Cabe resaltar que a lo largo de nuestra investigación puntualizaremos sobre las diferentes calidades que puede revestir una persona que no sea nacional de determinado Estado, todo con la intención de diferenciar el tratamiento que en cada caso procede, sus consecuencias y mecanismos que le asisten para la protección de sus derechos.

1. CONCEPTUALIZACION

1.1 DE LOS DERECHOS HUMANOS

“Los derechos humanos (...) son derechos históricos, es decir, nacen gradualmente, no todos de una vez para siempre, en determinadas circunstancias, caracterizadas por luchas por la defensa de nuevas libertades contra viejos poderes”¹

Definir con exactitud el concepto de los Derechos Humanos, implica una ardua tarea que a la postre únicamente logrará limitar sus verdaderas implicaciones; sin embargo y sea cual fuere su definición, basta con afirmar que se trata de un conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada. Estos derechos deben ser reconocidos y garantizados por el Estado, su tarea entonces será la de protegerlos y en igual sentido proveer y mantener las condiciones necesarias para que, dentro de una situación de justicia, paz y libertad, las personas puedan gozar realmente de todos sus derechos. El bienestar común supone que el bien público debe hacer todo lo necesario para que, de manera paulatina, sea superada toda forma de desigualdad, pobreza y discriminación.

1.1.1 Características

Los Derechos Humanos son *UNIVERSALES* porque pertenecen a todas las personas, sin importar su sexo, edad, posición social, partido político, creencia religiosa, origen familiar o condición económica; son *INCONDICIONALES* porque únicamente están supeditados a los lineamientos y procedimientos que determinan los límites de los propios derechos, es decir, hasta donde comienzan los derechos de los demás o los justos intereses de la comunidad; son *INALIENABLES* porque no pueden perderse ni transferirse por propia voluntad; son *INHERENTES* a la idea de dignidad del hombre.

Los Derechos Humanos han sido clasificados de diversas maneras, de acuerdo con su naturaleza, origen, contenido y por la materia que refieren; la más representativa es la conocida como la de *“Tres Generaciones”*, es de carácter histórico y considera cronológicamente su aparición o reconocimiento por parte del orden jurídico normativo de cada país, sin embargo ha sido asumida desde una perspectiva eminentemente académica, que se aparta en cierta medida de los conceptos internacionales que imperan en la actualidad, pues los derechos humanos ya no demuestran una distinción tajante, sino que exigen una forma de

¹ NORBERTO BOBBIO. El tiempo de los derechos, Madrid, editorial Sistema.

integración que los convierte en prerrogativas que merecen el reconocimiento y protección por parte de todo Estado.

Pese a ello, resulta necesario anotar que los Derechos de *PRIMERA GENERACIÓN*, se refieren a los derechos civiles y políticos, también denominados "libertades clásicas"; fueron los primeros que exigió y formuló el pueblo en la Asamblea Nacional durante la Revolución francesa. Dentro de este primer grupo, se condensan los reclamos que motivaron los principales movimientos revolucionarios en diversas partes del mundo a finales del siglo XVIII.

Los Derechos de *SEGUNDA GENERACIÓN*, los constituyen los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales permitieron el tránsito hacia una etapa superior en la organización estatal a través de la configuración del Estado Social de Derecho.

Posteriormente, el constitucionalismo social refleja la necesidad de que los derechos sociales y económicos, descritos en las normas constitucionales, sean realmente accesibles y disfrutables, de esta manera se demanda un Estado de Bienestar que implemente acciones, programas y estrategias, a fin de lograr que éstos sean reconocidos de manera efectiva.

Los Derechos de *TERCERA GENERACIÓN*, también conocidos como *derechos de la solidaridad o de la fraternidad*, surgen a partir de la década de los setenta para incentivar el progreso social y elevar el nivel de vida de todos los pueblos, en un marco de respeto y colaboración mutua entre las distintas naciones de la comunidad internacional, esta etapa está integrada por el derecho a la preservación del medio ambiente, al desarrollo económico de todos los pueblos, derecho a la paz y el derecho al patrimonio común de la humanidad.

1.1.2 Historia de los Derechos Humanos

El deseo de un mundo más justo, más libre y más solidario seguramente ha sido una aspiración común desde que existe el ser humano.

Las primeras noticias documentadas que podemos considerar como precursoras del concepto de Derechos Humanos, corresponden al siglo XVII a C., en Mesopotamia, con el **Código de Hammurab**, es el primero que regula la conocida Ley del Talión, estableciendo el principio de proporcionalidad de la venganza, es decir, la relación entre la agresión y la respuesta, un principio que en la actualidad parece bárbaro, pero que para entonces era una forma eficaz de contención a la venganza sin límite. El Código de Hammurabi no distingue entre derecho civil y derecho penal, simplemente es una sucesión de leyes que enumeran los posibles casos y lo que se debe obrar en consecuencia.

Más tarde, la cultura griega supuso un avance substancial, estableciendo el nacimiento de la democracia y un nuevo concepto de la dignidad humana, basado en el hombre libre, el ciudadano. De todas formas, en Grecia no todas las personas tenían derecho a la ciudadanía, a la condición de hombres libres, así, los esclavos estaban excluidos y en el mejor de los casos eran considerados imprescindibles para el mantenimiento del sistema social vigente. Por ejemplo, en la Odisea, podemos leer como Zeus sacó la mitad de la mente a los esclavos. Y Platón, recogiendo el mito homérico, afirmaba en sus leyes que en el esclavo no había nada de sano ni de entero. Aristóteles sencillamente justificaba la esclavitud como parte necesaria del sistema socioeconómico entonces imperante.

Roma es otro de los grandes referentes de la antigüedad, su mayor mérito consistió en reunir los logros de las civilizaciones que la habían precedido (griega, egipcia, fenicio-cartaginesa) refundiéndolos y expandiéndolos por la cuenca mediterránea y Europa. Roma fue una gran organizadora, y uno de los ámbitos en el que se manifestó de forma más poderosa esta capacidad organizadora fue en el desarrollo de un amplio cuerpo de leyes.

Al mismo tiempo, *el pueblo judío*, y en especial sus profetas, hacen relevantes declaraciones que exhortan a los poderosos a actuar con justicia, recogidas en los distintos libros del Antiguo Testamento, dentro del cual se destaca el texto de “*Los Diez Mandamientos*”, considerados por el cristianismo como el germen de las modernas declaraciones de derechos humanos.

Mientras alrededor del Mediterráneo se desarrollan las culturas egipcia, mesopotámica, griega y romana (al mismo tiempo que nacen las grandes religiones monoteístas), en la India y la China surgen también grandes pensadores que contribuyen a la transformación de aquellas sociedades. Los más influyentes fueron **Buda** y **Confucio**, el primero cuestionó en sus enseñanzas el sistema de castas asociado al hinduismo, mientras que Confucio tuvo una influencia determinante en China. Entre otras cosas Confucio exhortaba el buen gobierno (el ejercicio de la caridad y la justicia), al mismo tiempo que promulgaba el respeto a la jerarquía, aspecto este que facilitó que el confucianismo acabara convirtiéndose en la religión oficial del estado.

En los primeros años después de Cristo, se produce otro salto cualitativo con **los estoicos y los cristianos**, iniciando una nueva etapa en el desarrollo histórico de los derechos humanos. Continuando con la tradición griega, se insiste y se profundiza más en la idea de dignidad e igualdad de los seres humanos, rechazando al mismo tiempo la violencia.

A principios del siglo VII, **Mahoma** empieza a divulgar el Islam, lo cual supone un proceso de humanización de las costumbres de las sociedades del Norte de África, en el mismo sentido, insistió en la igualdad de los seres humanos proclamada por el cristianismo.

En Europa, la invasión de los pueblos germánicos y la descomposición del imperio romano dan lugar al nacimiento de distintos reinos y surge entonces una nueva organización social, **el feudalismo**, que llega a su culminación política durante los siglos XI y XII. No es una organización original de este tiempo, ni exclusivamente europea, su configuración se da en periodos de decadencia del poder central, por ejemplo durante el Egipto faraónico o el Japón de los siglos XVII y XIX. El feudalismo se caracteriza por la división de la sociedad en tres estamentos desiguales, basados en el linaje (o nacimiento) y el privilegio (ley privada para cada estamento): La Iglesia, representante del poder divino en la tierra; Los nobles, poseedores del poder político y, juntamente con la Iglesia, de la propiedad de la tierra; Los siervos, sin derechos, y que podían ser vendidos o transferidos.

Con la implantación de las monarquías absolutas durante el siglo XV, el feudalismo desaparecerá como régimen político de la Europa Occidental, a pesar de que su dimensión social (convertida en el llamado Antiguo Régimen) llegará hasta la Revolución francesa.

Al disminuir las invasiones se inicia una lenta recuperación, renacen las ciudades y, a partir del siglo XII toma fuerza una nueva clase social: **la burguesía**. Sus miembros, al sentirse desvinculados de las sumisiones feudales, inician una larga lucha en pro de los derechos civiles. De esta época de transición, surge la **Carta Magna** (1215), favorable a los nobles y burgueses ingleses.

A mediados del siglo XV se inicia **el Renacimiento** en Italia, que inspirado en la antigüedad clásica, recobra la concepción griega del hombre como medida de todas las cosas y la libertad de pensamiento y de acción se vuelven irrenunciables. El derecho natural abandona la base teológica sobre la que se había asentado durante la edad media y adopta una concepción puramente racionalista. Los derechos giran alrededor de la persona individual independiente de la colectividad, una concepción unilateral y combativa: los derechos enfrentados al poder, desarrollados a través de una lucha entre el Estado y el individuo, o entre éste y la Iglesia.

En 1492 se produce el descubrimiento de América, que comportó grandes abusos sobre los indígenas, los cuales acabaron propiciando una reflexión sobre los aspectos más inadmisibles de la colonización, no obstante, Las Leyes de Indias y la misma Corona Española establecieron normas para proteger a la población indígena.

Pero si la población nativa durante la colonización tuvo sus defensores, los auténticos olvidados fueron los esclavos de origen africano, importados de forma masiva para hacer funcionar las sociedades esclavistas que se pusieron en marcha en las colonias. Paradójicamente, durante el siglo XVI, mientras la servidumbre estaba en proceso de desaparición en Europa, en las colonias renacía la esclavitud, y bajo sus peores formas, mientras tanto, en América del

Norte, los efectos de la colonización fueron todavía más devastadores, produciéndose un genocidio que afectó a la mayoría de las poblaciones indígenas, al mismo tiempo que se recluía a los pocos supervivientes en reservas.

Durante el siglo XVII, en Inglaterra, se producen tres hechos importantes: La **Petición de Derechos** (1628), que protegía los derechos personales y patrimoniales; El **Acta de Habeas Corpus** (1679), que prohibía las detenciones sin orden judicial; La **Declaración de Derechos** (1689), que consagraba los derechos recogidos en los textos anteriores.

El inglés John Locke (1632-1704), es una figura capital del siglo XVII. Considerado el padre del liberalismo moderno, propuso que la soberanía emanaba del pueblo, que el Estado debía proteger los derechos de los ciudadanos y, anticipándose a Montesquieu, que el poder legislativo y el judicial habían de estar separados. Tuvo una gran influencia en la redacción de las grandes declaraciones de derechos humanos de finales del siglo XVIII.

Las primeras grandes declaraciones se produjeron en las colonias inglesas de Norteamérica, impulsadas por sus conflictos con la corona inglesa: en junio de 1776 se proclamó la **Declaración de Derechos de Virginia** y en julio la **Declaración de Independencia de los Estados Unidos**. La Declaración de Independencia, redactada por Thomas Jefferson, afirmaba lo siguiente: *"Sostenemos como verdaderas evidencias que todos los hombres nacen iguales, que están dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, entre los cuales se encuentra el derecho a la vida, a la libertad y a la búsqueda de la felicidad..."*.

Una década más tarde, de nuevo en Europa, en los tiempos agitados de la Revolución Francesa, en 1789 se proclama en París la **Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**, a esta declaración le siguió en 1793 una segunda más radical (con la llegada de Robespierre y los Jacobinos al poder) y una tercera, en 1795, más conservadora (a raíz de la caída de Robespierre).

Durante el siglo XVIII fueron fundamentales las ideas de Montesquieu y Rousseau. Montesquieu (1689-1755), criticó severamente los abusos de la Iglesia y del Estado; al estudiar las instituciones y costumbres francesas de la época, dio formas precisas a la teoría del gobierno democrático parlamentario con la separación de los tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, como mecanismo de control recíproco entre los mismos, acabando teóricamente con la concentración del poder en una misma persona y los consecuentes abusos que históricamente había producido el ilimitado poder del monarca. Rousseau (1712-1778), por su parte, denunció vigorosamente las injusticias y miserias resultantes de la desigualdad social de su época, propugnó la idea de una sociedad basada en igualdad absoluta, en la que cada miembro, a la par que se somete a las decisiones del colectivo, es al mismo tiempo parte del pueblo soberano, cuya

voluntad general constituye la Ley. Estas ideas de Rousseau favorecieron a la elaboración del concepto de los derechos humanos al plantear la necesidad de la existencia de una igualdad entre los hombres, quienes deben someter su voluntad individual a la voluntad del colectivo, con el objeto de alcanzar el bienestar para todos.

El siglo XVIII fue un siglo de logros importantes y al mismo tiempo de considerables limitaciones. Dos ejemplos: 1. Las declaraciones hablan de los "Derechos de los Hombres" (las mujeres quedaban excluidas). 2. Frecuentemente eran "compatibles" con la esclavitud. En Estados Unidos no se abolió la esclavitud hasta la Guerra de Secesión, en 1865. En España, se abolió en 1814, aunque se permitió que continuara en las colonias (concretamente en Cuba, hasta 1880).

El siglo XIX es un siglo de avances y retrocesos. En conjunto, es un siglo de lenta consolidación de los ideales proclamados en la revolución francesa. El liberalismo y el romanticismo de este siglo tienen un peso específico en el fortalecimiento de la libertad de los individuos y en que las constituciones nacionales que se van creando la tengan en cuenta. Es también el siglo de la Revolución Industrial, de las reivindicaciones proletarias y de la conquista del reconocimiento del derecho de asociación. Aparecen además nuevas teorías sociales: el socialismo utópico, el socialismo científico (marxismo) y el anarquismo, las cuales tendrán, a principios del siglo siguiente, un gran protagonismo.

También es el siglo del inicio de una nueva lucha, la de los derechos sociales. Los movimientos obreros emprenden la defensa de los derechos humanos desde una perspectiva colectiva, de manera más amplia, es el momento en el que los trabajadores exigen sus reivindicaciones. Ya en el siglo XX, las revoluciones mexicana y rusa de 1917 constituyen hechos históricos determinantes para la consagración jurídica de estos derechos colectivos, los derechos económicos y sociales.

Durante el siglo XIX, el filósofo, político y economista inglés John Stuart Mill (1806-1873), tuvo una gran influencia. En su libro "Sobre la libertad", reflexionó acerca de la naturaleza y los límites del poder que puede ser legítimamente ejercido por la sociedad sobre el individuo, argumentando que toda persona debería ser libre para realizar las conductas que desee, siempre y cuando no dañe a los demás. Fue un defensor de la libertad de expresión y como miembro del parlamento británico, propuso varias reformas del sistema electoral, especialmente sobre las cuestiones de la representación proporcional y la extensión del sufragio.

Alguien ha dicho que la historia no es más que una sucesión de crímenes. Evidentemente es una definición incompleta, pero aceptando esta limitación, quizás en el siglo que más encaja, es en el siglo XX: dos guerras mundiales, innumerables guerras regionales, guerras civiles, sangrantes revoluciones... y un balance estremecedor de millones de muertos. Toda esta locura ha sido a la vez el

catalizador de una reacción en sentido contrario, encaminada a evitar (con resultados diversos) su repetición.

A la Primera Guerra Mundial siguió la creación de la Sociedad de Naciones, que aunque no fue capaz de evitar la Segunda Guerra Mundial, sí tuvo el mérito de ser el precedente de una organización supranacional de carácter vinculante. Otros logros de la Sociedad de Naciones fueron la creación del Tribunal Internacional de la Haya, la firma del "Convenio internacional para la supresión de la esclavitud" (firmado en 1926 y completado y ratificado por las Naciones Unidas en 1956) o la creación de la Organización Internacional del Trabajo.

A la Segunda Guerra Mundial siguió la creación de la Organización de las Naciones Unidas. Los horrores de la guerra y los juicios de Nuremberg y Tokio contra los altos responsables nazis y japoneses, acusados de crímenes de guerra y genocidios, mostraban la necesidad de regular de forma precisa el concepto de derechos humanos y, sobre todo, de establecer claramente cuáles eran. El resultado fue la aprobación, en 1948, de la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**. Con el paso de los años, la Declaración Universal, que como tal no es de carácter vinculante, se ha ido completando con una serie de convenios, convenciones y pactos, estos sí vinculantes, que van desarrollando y en algunos casos ampliando, los contenidos de la Declaración Universal. El objetivo además es que estos derechos lleguen a formar parte del derecho positivo de todas las naciones, lo que en muchos casos ya ha sucedido (otra cosa es que luego sean respetados).

Las normas y principios empezados a promulgar hace siglos de forma fragmentada y difusa en distintos entornos culturales (con una incidencia en general limitada sobre la vida cotidiana de los ciudadanos de las correspondientes épocas históricas), con el paso del tiempo se han ido consolidando y difundiendo: por un lado, detallando cada vez con más precisión los distintos derechos y, por otro lado, construyendo sociedades dotadas de los mecanismos necesarios para velar por el respeto efectivo de estos derechos.

La Declaración Universal es la culminación, hasta el momento, de este afán de universalización y concreción de los derechos de las personas.

Indudablemente la historia de los derechos humanos devela el recuerdo de muchos siglos de luchas y batallas en contra de los poderes opresores del Estado, la arbitrariedad que durante tantos años irrumpió en las esferas propias del individuo, hoy se transforma en la peor forma de afectación a estas libertades, así, es la naturaleza humana la que otorga la titularidad a estos derechos universales, inviolables e irrenunciables, de tal suerte que estos no pertenecen al hombre por una disposición estatal, sino que le pertenecen por el solo hecho de ser persona.

En respuesta a lo anterior, los Estados se encuentran obligados a encausar toda su acción en pro de salvaguardar estos intereses de rango universal, son ellos los encargados de levantar un sistema de protección interno, acorde con los estándares internacionales y de esta manera materializar aquellas aspiraciones

Los Derechos Humanos deberán entonces ser **reconocidos**, a partir de una concepción amplia, real y efectiva para de esta manera garantizar su defensa; **respetados**, con el propósito de asegurar el respeto por la dignidad humana; **tutelados** por parte de cada persona, del estado y de la comunidad internacional y finalmente **promovidos**, es decir, deben darse a conocer de manera universal y ubicarse en el rango que por su importancia les corresponde, asegurando con esto su protección. Así, los derechos humanos han de entenderse siempre universales, porque pertenecen a todos los seres humanos, a todos por igual, en todo tiempo y lugar, sin distinción alguna.

Ahora bien, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la actualidad representa un gran avance dentro de la idea de protección y garantía, surgió en respuesta a la carencia evidente de un sistema de regulación eficaz que atendiera aquellas afectaciones flagrantes a los derechos humanos, en aras de lograr en la mayor medida posible la reparación para sus víctimas. Se trata de una estructura internacional, complementaria a los ordenamientos jurídicos internos, que condensa aquellos principios inalienables al ser humanos y los convierte en esferas individuales impenetrables, de tal suerte que todo sistema de gobierno, sea cual fuere su origen o fundamento, se encuentra vedado para intervenir y más aún, esta obligado a dirigir todos sus esfuerzos hasta garantizar su protección.

Esta protección se ha logrado a partir de la consolidación de una serie de instrumentos internacionales que regulan el tema de los Derechos Humanos y que como todo *corpus juris* se sustenta en principios de rango universal. Dentro de este estudio, haremos principal referencia al principio *PRO HOMINE*, que actualmente ha adquirido un matiz diferente y que nos permite llamarlo principio *PRO PERSONA*, el cual ha de entenderse como “... un criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria ...”²

² Conf. **Pinto, Mónica**: “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”; en: “La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales”; Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS, Buenos Aires, Argentina, Editorial Del Puerto, 1997.2 Si

Son fundamentalmente dos los tipos de instrumentos internacionales que rigen en materia de derechos humanos; los *tratados* y las *convenciones*, sometidos a la ratificación o adhesión de los estados de la comunidad internacional, su función se orienta a constituir un complemento adecuado de los ordenamientos internos de cada estado, de esta forma el propio sistema jurídico interno se coloca al servicio de los derechos internacionalmente consagrados, integrando un conjunto normativo más amplio, en defensa de estas prerrogativas, propias del individuo.

1.2 DE LA MIGRACIÓN

A partir de una concepción muy amplia, se denomina *migración* al movimiento o desplazamiento de los seres humanos sobre la superficie terrestre, sin embargo abordaremos este concepto desde una acepción mucho más restringida y para ello acudiremos a la definición que de ella hace la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), de acuerdo con la cual se entiende a la *migración* como el movimiento de una persona o grupo de personas de una unidad geográfica a otra, a través de fronteras administrativas o políticas, que desean establecerse definitiva o temporalmente en un lugar distinto a su lugar de origen.

1.2.1 Historia de la Migración

Migración Prehistórica:

Se han formulado hipótesis de las migraciones humanas, que coinciden en localizar el origen de la especie *Homo sapiens* en África hace 140 a 200 mil años. Este gran grupo originario, asentado en la parte centro - occidental de África (en lo que ahora es Nigeria República Central de África y Camerún), previa migración se encargó de la colonización en las partes sur y oriental de África, lugar que sirvió de plataforma para la posterior expansión fuera del continente. Descendientes de este grupo salieron de África hace 90 a 50 mil años y sus descendientes poblaron los demás continentes. Restos de una primera migración humana desde el norte de Africa al Asia occidental han sido encontrados, pero no se han registrado descendientes de ella, tal vez porque pereció durante la desertificación del Medio Oriente durante un cambio climático.

De los descendientes supervivientes de los primeros pobladores que caminaron por el sur de Asia, tras llegar hasta el actual Yemen, se genera una expansión que se extendió desde la India al oriente de Asia, Australia, Melanesia incluso hasta Papúa y Nueva Guinea.

Desde Asia central se estima que hace 57.000 millones de años entre los migrantes se generó la colonización de Europa por parte de este mismo grupo de descendientes y para el resto de Asia (actualmente Rusia y Siberia) para posteriormente pasar a las Américas aproximadamente en el mismo periodo

temporal. En sentido opuesto, entre un grupo regreso desde la India hacia occidente hace 45.000 años, el cual se estableció de nuevo en África los cuales son los ascendientes de los grupos humanos que se encuentran en dicho continente actualmente.

Cabe anotar que se realizaron migraciones posteriores hacia América, en los periodos comprendidos de 35.000 a 25.000 millones de años hacia la zona de América del Norte (centro), de 15.000 a 12.000 millones de años hacia el Matto grosso Brasileiro.

Época Antigua y Edad Media

La formación de los primeros imperios en el Oriente Medio (Mesopotamia, Egipto, Persia, Grecia, Macedonia, Cartago y Roma) trajo consigo grandes desplazamientos de pobladores y soldados, que se encargaron de ocupar, tanto libremente como por la fuerza, nuevas tierras. El caso de los colonos romanos que se establecieron en actual Rumania puede servir de ejemplo de estos desplazamientos.

El periodo de las grandes migraciones sirvió para que muchos pueblos indoeuropeos se establecieran a ambos lados de los antiguos límites del Imperio Romano por lo cual a pesar de ser pueblos de pastores, eran considerados por el pueblo Romanos como Barbaros .

El Feudalismo tuvo un efecto dual en cuanto se refiere a las migraciones de población: por una parte fijó a los campesinos al suelo, es decir, a la tierra y aldeas de los distintos feudos. Por la otra, aunque redujo el comercio, aumentó enormemente las guerras de conquista entre los feudos existentes, lo cual dio origen a verdaderas invasiones y desplazamientos masivos de la población.

En la Baja Edad Media se desarrollaron las redes de las Ciudades Estado en el noroeste europeo y las ciudades surgidas a ambos lados de los pasos a través de los Alpes y en las ciudades del Norte de Italia, con el predominio de Venecia, que llegó a ser la mayor ciudad del mundo gracias al desarrollo del comercio. Estas ciudades crecieron enormemente por el desarrollo del comercio y dieron lugar a grandes desplazamientos o migraciones entre el mundo rural y dichas ciudades, así como el surgimiento de otras aldeas transformadas en burgos dedicados a la manufactura artesanal que alimentaba ese comercio

La Era de Exploración y Migración Colonial

Los historiadores sobre migración coinciden en que un punto crucial en la historia de la migración ocurrió hace 500 años aproximadamente con los viajes realizados por los exploradores europeos y que llevaron inicialmente al descubrimiento del "nuevo mundo", tales como las, y después al desarrollo de esfuerzos coloniales.

Los factores más importantes que en cierto modo, impulsaron la migración fueron netamente mercantiles y estratégicos. Todas las principales potencias económicas

y políticas europeas compitieron por el acceso a fuentes de abastecimiento de productos de gran demanda y por el control de ubicaciones estratégicas.

Un número de factores se combinaron para crear las condiciones apropiadas para lo que estaba por convertirse en un flujo sin precedentes de migración del viejo al nuevo mundo: La recopilación de conocimiento geográfico detallado y confiable así como la invención de nuevos instrumentos de navegación que servirían de base para futuras expediciones hacia el nuevo mundo.

Un gran número de hombres y mujeres viajaron hacia América, luego a Asia y África como migrantes, algunas de estas personas ya se habían desplazado de un país a otro dentro de Europa. Convictos, soldados, granjeros, comerciantes, artesanos, administradores y sacerdotes emigraron y sirvieron a las crecientes empresas de comercio, minería y agricultura.

Conforme las necesidades de la producción se incrementaron en las nuevas colonias, la escasez de mano de obra se satisfacía a través del desarrollo de una completamente nueva clase de migración internacional: el comercio de esclavos. Los primeros barcos de esclavos navegaron de Europa a las Indias Occidentales a mediados del siglo dieciséis y por los siguientes dos siglos, aproximadamente 15 millones de esclavos fueron transportados a las Américas y otros al Caribe encontrando así las primeras manifestaciones de migración laboral transoceánica. El comercio de esclavos fue organizado sobre la base de un patrón triangular. Los barcos rentados transportarían productos manufacturados hacia mercados a lo largo de la costa, en donde serían intercambiados por esclavos secuestrados por comerciantes locales. Los esclavos después serían llevados y vendidos a poblaciones coloniales en Norte o Sudamérica, con frecuencia con la pérdida de la vida en el camino.

Después de la abolición del comercio de esclavos a mediados del siglo diecinueve, emergió otro sistema de migración laboral –trabajo contractual/contratado. En teoría, los trabajadores contratados eran trabajadores que habían aceptado un contrato para trabajar por un período específico de tiempo en el extranjero. En la práctica, su condición no era distinta a la de un esclavo e incluso algunas veces podría ser peor. Los salarios eran pobres, la disciplina laboral era aplicada de forma dura, y los estándares generales de vida muy pobres

Revolución Industrial y su Impacto

El surgimiento de nuevas tecnologías industriales, la mecanización de los medios de producción, y la consolidación de la actividad industrial, contribuyeron al desplazamiento de un gran número de personas.

Entre 1846 y 1890, alrededor de 17 millones de personas dejaron Europa para dirigirse al Nuevo Mundo especialmente, personas oriundas de Gran Bretaña. Esto fue en parte debido a que Inglaterra era uno de los primeros países en sentir el impacto de la revolución industrial y también porque un gran número de personas salió de Irlanda después de la hambruna de las patatas de 1845-47.

El clímax de la migración fue alrededor del cambio de siglo. Durante todo el periodo – 1846 a 1939 – más de 50 millones de personas habían abandonado Europa. Los principales destinos fueron los Estados Unidos (38 millones); Canadá (7 millones); Argentina (7 millones); Brasil (4.6 millones); Australia, Nueva Zelanda y Sudáfrica (2.5 millones).

Aún cuando había un número importante de personas saliendo de Europa, otros estaban llegando en busca de trabajo o asilo. Mientras la mayoría de los migrantes irlandeses se fueron a EEUU o Australia, aproximadamente 700,000 se fueron a Inglaterra, Gales o Escocia a encontrar empleo en las fábricas o en la construcción. Entre 1875 y 1914, 120,000 provenientes de Rusia y otros Países Asiáticos encontraron asilo en Inglaterra. Flujos internos importantes de migrantes, principalmente de Polonia y Ucrania, se registraron en Alemania, en donde se colocaron como trabajadores agrícolas y tomaron el lugar de granjeros locales que habían encontrado algún empleo mejor remunerado en la industria pesada.

La fundación de los marcos administrativos y legales de la inmigración moderna estuvo sustentada en este período. El primer estatuto sobre inmigración general en los Estados Unidos fue aprobado por el Congreso en 1882 y reflejó un claro deseo por identificar con el más alto grado de precisión posible a aquellos que podrían y aquéllos que no podrían entrar al país. Los criterios para el ingreso fueron diseñados y la Ley prohibió específicamente el ingreso de convictos, personas enfermas, y personas que podrían convertirse en una carga pública. Australia y Canadá promulgaron una legislación similar.

Periodos de las Dos Guerras y Décadas Posteriores

El período entre las dos Guerras Mundiales fue uno de migraciones internacionales reducidas. Esto se debió, en parte al estancamiento económico, y en parte al clima general de incertidumbre e inseguridad. En la depresión de 1930, los trabajadores migrantes eran vistos como competidores por trabajos escasos, y surgieron niveles de hostilidad en torno a ellos. Los gobiernos de los países de destino respondieron introduciendo legislaciones en las que se autorizaba un estrecho control sobre los procedimientos de entrada, restringiendo posibilidades de empleo para extranjeros, e introduciendo estrictos castigos en contra del empleo de migrantes irregulares.

La Segunda Guerra Mundial se identifica a menudo como otro divisor importante en la historia de la migración. La devastación creada en Europa por la guerra contribuyó directa o indirectamente al desplazamiento dentro del continente de

entre 1 y 2 millones de personas. Muchas de estas personas fueron refugiados que huían de persecuciones, teniendo impacto permanente que la migración ha tenido en todos los países de destino ha sido los cambios sociales, conforme las sociedades homogéneas se han transformado y evolucionado en sociedades multiculturales complejas. En algunos países esto ha sido visto como apropiado y aún deseable, mientras que en otros es sujeto de mucho debate.

Una gran parte de las personas desplazadas por la Segunda Guerra Mundial tomó ventaja de los programas de migración establecidos por los Estados Unidos, Canadá, Australia y Argentina. Estos países vieron la migración como una forma apropiada para incrementar su población y para incrementar la capacidad de su fuerza de trabajo en un momento en que estos países deseaban tomar completa ventaja del auge económico de la posguerra desarrollando una “industria de la migración” para apoyar aspectos del proceso migratorio a esos países, incluyendo la promoción, reclutamiento y selección, administración de esquemas de viaje altamente subsidiados y logística de transportación construyendo grandes centros de recepción y estableciendo programas de capacitación para facilitar el asentamiento inicial y la adaptación a una nueva vida y un nuevo trabajo.

A partir de 1950 en adelante se ha venido desarrollando un proceso migratorio de dimensiones incalculables en los países del Tercer Mundo, especialmente en los más poblados. También relacionado con el éxodo rural, que en el tercer mundo comenzó después que en Europa, millones de personas de los países no desarrollados iniciaron un proceso de migraciones hacia Estados Unidos, Europa, Canadá, Japón y Australia, principalmente.

En las siguientes dos décadas, se desarrollaron programas de inmigración a gran escala que se basaban exclusivamente en la voluntad de los europeos por separarse ellos mismos de su ambiente afectado por la guerra y comenzar nuevas vidas en el extranjero. Los criterios de legislación y de los programas fueron formulados específicamente para permitir la migración de Europa y restringir la migración de otras partes del mundo. A mediados de 1970, los objetivos de los programas de migración habían sido ajustados para concentrarse más en las cualidades, habilidades y experiencia laboral de los migrantes. Tanto la estructura demográfica como la composición de las sociedades receptoras se transformaron sustancialmente, así como los estilos de vida y valores experimentaron un cambio significativo. Por el lado económico, pero el peso de opinión se inclina hacia la visión de que los países de destino se beneficiaron del crecimiento económico, y que los países de origen se ayudaron tanto de la migración de la fuerza laboral excedente como por las remesas que enviaban.

En el siglo XXI, la llegada de una economía acelerada y excluyente dentro de la idea de globalización ha ocasionado un incremento significativo en los flujos migratorios, situación que ha llegado a colapsar incluso con los sistemas internos de cada país, así, en la actualidad, se calcula que la cifra de migrantes

internacionales en el mundo asciende a más de 200 millones, representando el 3% de la población mundial³, esto significa que una de cada treinta y cinco personas en el mundo es migrante, de tal suerte que con esta cantidad, es posible constituir el quinto país más poblado del mundo.⁴ Actualmente, los gobiernos enfrentan los retos crecientes, de encauzar la migración conforme la conducta migratoria se hace más y más prevaeciente y globalizada. En 1965 había unos 75 millones de migrantes alrededor del mundo, para el 2002, ese número ha crecido a 175 millones. En 1965, sólo un número pequeño de países fueron identificados como “países de destino”, hoy, casi cualquier país es receptor de algún tipo de migración y la clasificación tradicional de países afectados por la migración en países de origen, tránsito y destino, actualmente tiene cada vez menos sentido debido a que muchos países actualmente envían migrantes, reciben migrantes, o tienen migrantes que cruzan a través de sus puntos de ingreso.

Para el periodo 2005 -2006 aproximadamente 191 millones de personas viven fuera de su país de origen. De ellas, 95 millones son mujeres, lo que representa el 49,7 por ciento de la cifra total, que en el caso de los países desarrollados supera el número de migrantes masculinos.

Europa alberga al 34% de todos los migrantes de la población mundial, América del Norte al 23 por ciento, Asia tiene el 28, África el 9, y América Latina y el Caribe, el 3 por ciento.

Estos datos surgen del Informe “Estado de la Población Mundial 2006”, del Fondo de Población de las Naciones Unidas (Unfpa). Entre otras cifras, la investigación arroja que del total de migrantes, unos 12,7 millones son refugiados que huyen de las condiciones de vida en sus lugares natales, y que entre 600 y 800 mil mujeres, hombres y niños son víctimas de las redes de tráfico ilegal de personas. De ellos, un 80 por ciento son mujeres y niños.

Al respecto, la Organización Internacional para las Migraciones – OIM, reveló en su más reciente informe, las Tendencias Migratorias existentes actualmente alrededor del mundo, anotando que se ha registrado un desplazamiento de los flujos migratorios dado el cambio reportado en los polos de atracción de la migración laboral, mientras que en algunas partes del mundo, se ha observado una disminución del contingente de migrantes, así:

- Aunque el número de migrantes asiáticos ha aumentado, pasando de 28,1 millones en 1970 a 43,8 millones en 2000, el porcentaje global de Asia con relación al contingente de migrantes ha disminuido, pasando del 34,5 % al 25% en ese mismo periodo.

³ United Nations’ Trends in Total Migrant Stock: The 2005 Revision

⁴ US Census Bureau, BID - Clasificación de países por población,

- En África también se ha observado una disminución del porcentaje de migrantes internacionales que pasaron del 12 % en 1970 al 9 % en 2000.
- Ello también es cierto para América Latina y el Caribe (donde se registró una baja del 7,1 % al 3,4 %); Europa (donde se registró una baja del 22,9 % al 18,7%) y para Oceanía (donde se registró una baja del 3,7 % a 3,3 %).
- Únicamente en América del Norte y en la ex-Unión Soviética se registraron considerables incrementos en los contingentes de migrantes entre 1970 y 2000 (que pasaron del 15,9 % al 23,3 % para América del Norte y del 3,8 % al 16,8 % para la ex-Unión Soviética). En este último caso, el incremento se debe más bien a una redefinición de las fronteras que a un movimiento real de personas.
- El contingente internacional de migrantes sigue concentrándose en pocos países, de esta manera, el 75 % de todos los migrantes internacionales están en el 12 % del total de países⁵, mientras la tasa de crecimiento anual actual es de casi el 2.9%.
- Por su parte, las mujeres representan el 49,6 % de todos los migrantes⁶
- Se estima que en 2007, los flujos de remesas mundiales superaron los 337.000 millones de dólares EE.UU. de los cuales 251.000 millones de dólares EE.UU. se destinaron a países en desarrollo.⁷
- En 2007, había 26 millones de desplazados internos en 52 países en comparación a 24.5 millones de desplazados internos en 52 países el año anterior.⁸
- En 2007, el número total de refugiados se estimaba en 11,4 millones de personas⁹,

Esta situación se torna alarmante si consideramos que de estas cifras en el mundo existen alrededor de 20 a 30 millones de migrantes ilegales, lo que comprende entre el 10 y el 15 por ciento del contingente mundial de inmigrantes.¹⁰ Es esta

⁵ United Nations' Trends in Total Migrant Stock: The 2003 Revision

⁶ United Nations' Trends in Total Migrant Stock: The 2005 Revision

⁷ World Bank's Migration and Development Brief 5 (July 10, 2008), Revisions to Remittance Trends 2007

⁸ Norwegian Refugee Council – Internal Displacement Monitoring Center's Internal Displacement: Global Overview of Trends and Developments in 2007

⁹ United Nations High Commissioner for Refugees' 2007 Global Trends: Refugees, Asylum-seekers, Returnees, Internally Displaced and Stateless Persons.

¹⁰ United Nations' Trends in Total Migrant Stock: The 2005 Revision

realidad, la que exige la adopción de medidas inmediatas, tendientes a regular tal fenómeno y de esta manera estructurar un sistema adecuado que brinde soluciones efectivas pero que a la vez garantice la protección de los derechos que le asisten a los migrantes por su condición de Seres Humanos.

Sin embargo, resulta necesario analizar previamente las distintas formas de migración y en este sentido identificar las principales características que reviste cada concepto y las implicaciones que de este se derivan, así, ha de entenderse como¹¹:

Migrante: Persona que traslada su residencia habitual de un lugar a otro, cumpliendo con los términos básicos de la definición de migración.

Emigrante: Persona migrante que es referida con respecto a su lugar de residencia anterior.

Inmigrante: Persona migrante que es referida de acuerdo con su lugar de residencia actual.

Migración neta o saldo migratorio: Corresponde a la diferencia entre inmigrantes y emigrantes.

Migración bruta: Corresponde a la suma de entradas y salidas con carácter migratorio de una población. Corresponde a la magnitud total de movimientos espaciales de orden migratorio que ocurren en una localidad.

Zona de atracción: Corresponde a aquella localidad donde la migración neta es positiva. El número de inmigrantes supera al de emigrantes.

Zona de expulsión: Corresponde a aquella localidad donde la migración neta es negativa. El número de inmigrantes es inferior al de emigrantes.

Lugar de origen: Lugar de residencia anterior del migrante.

Lugar de destino: Lugar de residencia actual del migrante.

Ahora bien, el fenómeno de la Migración siempre estará determinado por múltiples factores que lo enmarcan dentro de diversos contextos, frente a lo cual se requiere abordar el estudio de la terminología y clasificación que se plantea al respecto:

¹¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LA MIGRACIÓN,
<http://www.iom.int/jahia/Jahia/lang/es/pid/1>

Migración internacional: Se produce cuando los migrantes cambian de país de residencia e implica indiscutiblemente el cruce de fronteras entre dos países.

Migración interna: Corresponde a los movimientos migratorios que se realizan dentro de un mismo país.

Deportación: Se refiere al acto de un Estado por medio del cual saca de su territorio a una persona que no es su ciudadano después de que se le ha negado la admisión o que se le ha terminado el permiso para permanecer en él. Considerando que la migración de retorno puede ser espontánea o asistida (y por lo tanto incorpora un elemento de volición), la deportación es la ejecución real de la remoción.

Expulsión: Es el acto de informar sobre la prohibición de permanecer en el territorio de un Estado. Una orden de expulsión se otorga, ya sea si el individuo entró ilegalmente o no está autorizado para permanecer en ese Estado.

Migración forzada: Es el movimiento no voluntario de una persona para escapar a un conflicto armado, situación de violencia, violación de sus derechos, desastre natural, o un desastre provocado por el hombre. Este término aplica a los movimientos de refugiados y a los intercambios forzados de poblaciones entre Estados.

Ingreso ilegal: Significa el cruce de las fronteras sin cumplir con los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor.

Migración irregular: Es el movimiento de una persona a un nuevo lugar de residencia o tránsito utilizando medios irregulares o ilegales, sin los documentos válidos o utilizando documentos fraudulentos. Este término también incluye el tráfico de migrantes.

Migración neta: Es el equilibrio que resulta de la diferencia entre las llegadas y salidas. Este equilibrio es llamado "*inmigración neta*" cuando los arribos exceden las salidas y "*emigración neta*" en el caso opuesto.

No admisión: Es el acto de informar sobre la prohibición para entrar al territorio del Estado involucrado.

Migración ordenada: Es el movimiento de una persona de su lugar habitual de residencia a un nuevo lugar de residencia, cumpliendo con las leyes y regulaciones que rigen la salida del país de origen, el viaje, tránsito, e ingreso al país que recibe.

Re emigración: Es el movimiento de una persona que, habiendo retornado a su país oficial de salida por algunos años, sale nuevamente por otro periodo u otro destino.

Repatriación: Es una subcategoría de migración de retorno que se refiere a los refugiados que regresan a sus lugares de origen, prisioneros de guerra bajo la Convención de Ginebra de 1949, civiles en tiempos de guerra, y diplomáticos en tiempos de crisis, de conformidad con las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares de 1961 y 1963 respectivamente.

Migración de retorno: Es el movimiento de una persona que regresa a su país de origen o residencia habitual después de permanecer al menos un año en otro país.

Tráfico de migrantes: Está definido en el Protocolo de la Convención de las Naciones Unidas en Contra del Crimen Organizado Transnacional como facilitación, para obtener directa o indirectamente un beneficio financiero u otro beneficio de orden material, del ingreso ilegal de una persona a un Estado del cual no es un nacional o residente permanente.

Migración total: Es la suma de las entradas o arribos de inmigrantes y de las salidas de emigrantes.

Trata de personas: Se define en el Protocolo de las Naciones Unidas en Contra del Crimen Organizado Transnacional como la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas recurriendo al uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. La explotación incluye, como mínimo, la explotación de la prostitución de terceros u otras formas de explotación sexual, trabajo o servicios forzados, esclavitud, o prácticas similares a la esclavitud, servidumbre o extracción de órganos.

Solicitante de Asilo: Es una persona que ha cruzado una frontera internacional y no ha recibido una decisión sobre su solicitud de estatuto de refugiado. Este término podría referirse a alguien que no ha enviado su solicitud de estatus de refugiado, o alguien que se encuentra esperando una respuesta a su solicitud. Hasta que la solicitud es examinada justamente, el solicitante de asilo no es retornado. No todo solicitante de asilo será reconocido como refugiado.

Miembro de una Diáspora: Es una persona que es parte de una comunidad de migrantes que se han establecido de manera permanente en países distintos a donde nacieron pero que permanecen alertas a su país de origen y continúan manteniendo vínculos con su país de origen.

Migrante económico: Es una persona que deja su lugar habitual de residencia para establecerse fuera de su país de origen y de esta forma mejorar su calidad de vida. Este término es también utilizado para referirse a personas que intentan ingresar a un país sin los permisos legales y/o utilizando los procedimientos de asilo sin una causa de buena fe. También aplica a las personas que se establecen fuera de su país de origen durante la duración de una temporada agrícola o turística, apropiadamente llamados "trabajadores temporales".

Trabajador Fronterizo: Es un trabajador migrante que conserva su residencia habitual en un Estado vecino al cual normalmente regresa cada día o al menos una vez por semana.

Persona desplazada internamente: Se define en los Principios que Guían el Desplazamiento Interno como una persona forzada a dejar de manera espontánea su lugar habitual de residencia para huir de conflictos armados, situaciones de violencia generalizada o violaciones sistemáticas a sus derechos humanos, o para escapar de desastres naturales o provocados por el hombre y de sus efectos. Este término también incluye a las personas desplazadas dentro de las fronteras de su país de origen, que no están previstos en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 debido a que no cruzaron ninguna frontera internacionalmente reconocida.

Migrante Irregular: Es un término utilizado comúnmente para describir a un migrante en una situación irregular en un país de tránsito o destino debido a su entrada ilegal, o a que expiró la vigencia de su visa. El término se aplica a no nacionales que hayan infringido las reglas de tránsito o admisión del país huésped; personas que intentan obtener asilo sin una causa justificada; y otras personas no autorizadas a permanecer en el país de destino. Estas personas también pueden definirse como "migrantes indocumentados", "migrantes clandestinos", o "migrantes ilegales".

Trabajador Temporal: Se define en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y Miembros de sus Familias, como una persona involucrada en una actividad remunerada en un país del cual no es nacional. Un trabajador migrante establece su residencia en un país durante el periodo de su trabajo. Este término se aplica a trabajadores migrantes irregulares, así como al personal de las compañías multinacionales cuyas responsabilidades requieren que se desplacen de un país a otro. La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y Miembros de sus Familias de 1990 define otras categorías más específicas, tales como "marino", "trabajador vinculado a un proyecto" y "trabajador itinerante".

Refugiado: Es una persona que, de conformidad con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, debido a fundados temores de ser perseguido

por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social particular, opinión política, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de ese país. En 1969, la Organización de la Unidad Africana (ahora la Unión Africana) adoptó una definición más amplia para incluir a cualquier persona que sea obligada a dejar su lugar de residencia habitual debido a agresión, ocupación externa, dominio extranjero, o eventos que interrumpen seriamente el orden público en una parte o en todo su país de origen o de nacionalidad. Al adoptar la Declaración de Cartagena de 1984, los gobiernos de América Latina también consideraron como refugiados a las personas que huían de su país debido a que su vida, seguridad, o libertad estaban amenazados por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violaciones masivas de derechos humanos, o cualquier otra circunstancia que interrumpa seriamente el orden público.

Trabajador Temporal: Es un trabajador migrante cuyo trabajo depende de condiciones de temporada y es, por consecuencia, desarrollada únicamente durante parte del año.

Las anteriores definiciones ponen de manifiesto la amplitud que comporta el tema de la migración, entendiendo que son muchas las causas que motivan los desplazamientos y enormes las implicaciones que pueden surgir en razón a las características que revista cada caso en particular. Se trata por tanto de un fenómeno que sobrepasa fronteras y que involucra nociones de Derechos Humanos y de soberanía de las naciones, pues sobre esta materia, los estados ostentan libertad frente a su configuración legislativa, pese a ello, las cifras hoy demuestran la necesidad frente a la intervención de un sistema internacional, capaz de regular y delimitar las facultades de cada uno de los extremos, cuya pugna de intereses en la mayoría de los eventos desemboca en un conflicto.

1.2.2 CAUSAS

Las causas que dan origen a este tipo de desplazamientos son en verdad diversas y numerosas y aunque siglos atrás no reflejaban índices tan altos, con el paso del tiempo se han visto permeadas por múltiples factores que en suma constituyen la idea de un mundo que evoluciona aceleradamente y que obliga a sus habitantes a buscar mejores condiciones de vida. Pues bien, esta búsqueda, que en principio puede mostrarse razonable y oportuna dentro del proceso de crecimiento, desarrollo y superación del ser humano, en ocasiones se convierte en un propósito desmedido que altera los intereses de toda una sociedad.

La inestabilidad económica mundial, la excesiva oferta y demanda en el mercado, la necesidad de lograr mejores fuentes de ingreso, la búsqueda de alternativas académicas, los conflictos armados internos, los desastres naturales, entre otros, se constituyen como causas generadoras de estos flujos migratorios que pueden ubicarse en una o varias de las descripciones antes señaladas; en este punto resulta preciso detenernos en algunas situaciones que conjuran las principales causas de migración.

Por efectos naturales

La historia de la humanidad nos demuestra que los fenómenos de la naturaleza han traído consigo grandes catástrofes, que además de sus resultados nefastos han dejado como legado, territorios desolados y a grandes grupos de seres humanos despojados de un suelo donde asentarse, prueba de ello lo constituye el mayor terremoto de todos los tiempos, ocurrido en Chile en el año de 1960, de 9.5 grados en la escala de Richter; en él murieron 2.000 personas y 2.000.000 perdieron su hogar, los ríos cambiaron su curso; nacieron nuevos lagos, se movieron las montañas y la geografía se modificó¹², o de igual manera aquel tsunami del 26 de diciembre de 2004, un terremoto a 4.000 metros de profundidad en el océano Índico, a unos 260 kilómetros al oeste de la costa de Aceh, Indonesia, que llegaría a los 9 grados de la escala Richter, ocasionando una cadena de tsunamis que borraron literalmente del mapa islas, playas y poblaciones, que quedaron sumergidas en una densa capa de lodo y agua; murieron cerca de 300.000 personas¹³.

Este tipo de migración, aunque ha de entenderse forzada, ha representado para muchos, la necesidad de emigrar en busca de un nuevo destino que les pueda proveer lo necesario para comenzar una nueva vida.

Por causas socioeconómicas

Hablar de condiciones socioeconómicas en el mundo, implica hacer referencia a la distinción manifiesta entre los países desarrollados y aquellos denominados “en vías de desarrollo”. La economía mundial se mueve siempre en beneficio de un grupo selecto de países que han logrado posicionarse como potencias, mientras las economías restantes luchan por generar las posibilidades mínimas de subsistencia y aquí el ser humano, como presa de este círculo, se encuentra obligado a emplear su fuerza de trabajo en busca de un ingreso razonable que le permita satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia. Sin embargo, en muchas ocasiones, este propósito se torna frustrado cuando se enfrenta a las escasas fuentes de empleo, a los elevados costos de vida y las injustas formas de remuneración, situación que impulsa la idea de emigrar hacia aquellos lugares

¹² Informe de Subdirector del Instituto de Sismología de la Universidad de Chile, Edgar Kausel

¹³ School on Internet Asia Project – SOI, Asia Disaster Management Course, 2006

donde la crisis se muestra menos intensa o aquellos destinos donde se espera encontrar un trabajo seguro y mejor remunerado, sin importar que resulte menos calificado. Y es aquí donde se inicia la condición de muchos migrantes en su mayoría ilegales, quienes persiguen un sueño, encontrándose a la postre con una cruda realidad.

La crisis económica en muchos países subdesarrollados, ha alcanzado niveles extremos de miseria, que reduce la condición de ser humano hasta un nivel básico de subsistencia y que abandona toda forma de dignidad. Como ejemplo podemos citar el informe elaborado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD, para conocer los niveles de pobreza y prosperidad en el mundo, que denuncia el alto grado de desigualdades en materia económica, educativa y sanitaria que separa al tercer mundo de los países más desarrollados; señala además que los países africanos siguen abanderando los tristes "records" de pobreza y de desprotección sanitaria y educacional, siendo la República Democrática del Congo la que encabeza muchas de estas cifras de subdesarrollo, así, más del 70% de los habitantes de la República Democrática del Congo, Somalia y Bangladesh sufre desnutrición, mientras un poco más de un tercio de los niños de la República Democrática del Congo, Burkina Faso y Angola se encuentran matriculados en educación primaria. Uganda, Nicaragua y Etiopía son los países más pobres del mundo, donde el 80% de la población vive con menos de 1 dólar diario. Mali y Nigeria seguirían a estos tres países en esta estadística, con un 70% de sus ciudadanos con renta inferior a 1 dólar diario¹⁴.

En el mismo sentido, el informe *Development and Globalization: Facts and Figures 2008* de la UNCETAD señala con gran certeza que el rápido crecimiento económico registrado por los países en desarrollo y en transición desde 2002 ha reducido levemente la abismal brecha existente en términos de riqueza entre los países desarrollados y en desarrollo, sin embargo, esta brecha sigue siendo considerable.¹⁵

Por su parte, la Migración Familiar y la Migración de gente joven y jubilados también incrementan el volumen de los flujos migratorios actuales, se trata de una búsqueda constante por lograr una mayor estabilidad socioeconómica y por ende mejorar las condiciones actuales de vida; nuevas ofertas de trabajo, la intensión de una reunificación familiar e incluso las alternativas académicas para los estudiantes, constituyen un factor determinante al momento de emigrar.

Del mismo modo aparece la llamada “Migración de Reemplazo”, la cual consiste básicamente en la contratación de inmigrantes por parte de los países de

¹⁴ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO HUMANO – PNUD, Informe sobre el Desarrollo Humano 2007 – 2008, Reducción de la Pobreza.

¹⁵ CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO – UNCETAD, Comunicado de Prensa no oficial

fecundidad baja con el fin de compensar el envejecimiento de la población y "vacíos" en la pirámide de edad dentro de un país y surge también el "éxodo de profesionales", o migración de los jóvenes más educados de países en desarrollo para llenar las lagunas en la fuerza laboral de los países industrializados

Finalmente encontramos un tema que ha cobrado gran importancia, dadas sus implicaciones y el tinte de ilegalidad que reviste; es la *Trata de Personas*, un fenómeno que ha cobrado fuerza y que hoy se constituye como una amenaza dentro de todas las esferas sociales y una causa determinante dentro de los procesos migratorios en el mundo. La OIM la define como un delito de lesa humanidad que constituye la violación de los principales derechos humanos de las víctimas. Se caracteriza por el traslado al interior o fuera del país de una persona con fines de explotación que puede ser sexual, laboral, mendicidad ajena, entre otros, sin importar el género, edad o lugar de origen de la posibles víctimas, sus modalidades y prácticas abarcan múltiples alternativas, configurando graves afectaciones a derechos humanos, cuya protección y respeto se pretende garantizar.

Por causas políticas

Desde tiempos inmemorables la idea de un régimen político se traduce en la configuración de una modelo de poder que determina los pilares fundamentales de una nación. Esta realidad resultaría adecuada en la teoría, pues le otorga a cada estado la organización necesaria que garantice su funcionamiento, sin embargo, las consecuencias e implicaciones de cada modelo político muchas veces se contraponen a los intereses de sus miembros, motivando con esto el surgimiento de grupos opositores, quienes inconformes con el sistema elevan sus voces sin lograr respuestas favorables, encontrando por el contrario, el rechazo que produce el hermetismo que aquel modelo. Y son estas formas de crisis política las que motivan un sinnúmero de persecuciones y venganzas, obligando a los ciudadanos a abandonar su país de residencia y buscar refugio en otro.

Conflictos armados internos

Dentro de este contexto, los conflictos armados internos entran a jugar un papel trascendental, constituyendo una de las principales causas de migración en la actualidad. El fenómeno del desplazamiento interno debe ser en todo caso coaccionado o involuntario y debe ocurrir dentro de las fronteras nacionales. De acuerdo con los datos suministrados por la OIM, en todo el mundo, un estimado de 22 a 25 millones de personas han sido desplazadas por la fuerza dentro de su propio país por conflicto armado, conflictos internos y violaciones serias de los derechos humanos. Más de la mitad de estas personas desplazadas en el interior se encuentran en África, pero el problema es verdaderamente global, con números

significativos en Asia, Europa y las Américas. Muchos están en necesidad aguda de protección y asistencia, privados de alimento, asistencia médica y albergue y están expuestos a cualquier forma de violencia e inseguridad física. Además, el impacto del desplazamiento interno se extiende más allá de las poblaciones desarraigadas. Las personas desplazadas en el interior a menudo son desarraigadas por las mismas razones que los refugiados. Sin embargo, debido a que permanecen dentro de su propio país y bajo la jurisdicción de su gobierno, son excluidos de la protección internacional otorgada a los refugiados.

Ante este panorama, es preciso destacar la obligación atribuida a todos y cada uno de los Estados, frente a la protección y asistencia debida a las personas víctimas de este fenómeno, personas que a pesar de no formar parte del conflicto, resultan afectadas en su integridad y dignidad, pues no solamente son apartadas de su tierra o lugar de residencia, sino que además padecen el dolor que causa la desintegración de sus familias¹⁶ y la inestabilidad constante frente a la búsqueda de nuevas alternativas para subsistir.

Ahora bien, abordar el tema de los Derechos Humanos desde el contexto de la migración, implica comprender que su ámbito de aplicación y de protección ha de entenderse universal, de tal manera que serán exigibles en todo tiempo y lugar, sin ningún tipo de discriminación, así, el tema que hoy nos ocupa y que tiene como sustento la figura del desarraigo, exige como primera medida la necesidad de ratificar la ineludible responsabilidad de los Estados frente a la tarea de respeto y garantía que se les ha encomendado.

Los extranjeros, a partir de su condición de seres humanos, poseen los mismos derechos que cualquier ciudadano, exceptuando como es evidente, aquellos relacionados con criterios políticos, sin embargo estos preceptos se tornan inaplicables en la realidad, por cuanto los atropellos a los cuales se encuentran expuestos y sometidos, son uno de los factores que ha desencadenado múltiples denuncias ante su respectivos gobiernos y que han llegado incluso a instancias internacionales como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien ha formulado muchos pronunciamientos al respecto; es así como se ha configurando un sistema progresista de promoción y garantía de los derechos, mas aun cuando nos enfrentamos a un fenómeno social que actualmente reviste gran importancia, pues la figura de migrante se ha convertido en una condición susceptible de ser asumida por cualquier ser humano, con la amenaza de ver menoscabados sus intereses por el despliegue de medidas reglamentarias excesivas que impiden regular su situación.

¹⁶ CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Artículo 17: Protección a la *Familia* “La familia es elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el estado”

Por otra parte, es importante en este punto destacar la función de regulación que le compete a todo Estado, pues a pesar de que posee discrecionalidad sobre el control migratorio, dicha discrecionalidad no puede traducirse en actos arbitrarios, reflejados en políticas de gobierno evidentemente violatorias de la dignidad humana de los migrantes. Sin embargo, en la actualidad los Estados han generado expulsiones masivas de migrantes haciendo uso de dicha potestad legislativa, negando cualquier posibilidad de ejercer de manera amplia el derecho a la defensa que le asiste a todo ser humano, independientemente de su condición de nacional, situación que impide además cualquier intento para alcanzar una residencia legal dentro del país receptor. Al respecto, cabe anotar que en muchos casos, el mismo estado receptor es quien ha tolerado por años la permanencia ilegal de muchas personas, quienes se han adecuado a una nueva forma de vida dentro de un país foráneo y en él han ejercido un sinnúmero de actuaciones cotidianas como las realizadas por los propios ciudadanos,

Circunstancias como estas son las que ponen de manifiesto criterios de afectaciones masivas a los derechos humanos, desencadenando una línea sucesiva de derechos vulnerados que incluye entre otros, el derecho a la vida¹⁷ y la integridad personal¹⁸, la afectación al principio fundamental de la no devolución, la negativa frente a toda solicitud de asilo o refugio, la imposibilidad de acceder al mercado laboral dentro de los parámetros de un trabajo decente y digno, o que en varios eventos concluye con detenciones masivas crecientes, tráfico ilegal internacional de trabajadores migrantes, dificultad para acceder a la justicia, etc.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, es preciso determinar que el fenómeno de la migración merece la atención mundial y lo verdaderamente relevante ya no se agota en indagar sobre su existencia, sino que trasciende a la búsqueda de un tratamiento adecuado, capaz de aprovechar las ventajas de una migración organizada, proporcionada y legal y reducir en la mayor medida posible los efectos negativos que pueda producir, todo bajo el entendido de que sus protagonistas son seres humanos.

¹⁷ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, Artículo 4, Derecho a la Vida: *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida .(...) Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”*

¹⁸ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, Artículo 5; El derecho a la integridad personal se relaciona con la prohibición de torturas, tratos inhumanos o degradantes, es por ello que el ámbito de su protección, abarca el respeto al conjunto de condiciones físicas, psíquicas y morales que le permiten al ser humano su existencia, sin sufrir ningún tipo de menoscabo en cualquiera de esas tres dimensiones.

2. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL

A través de los tiempos se ha configurado un sistema global de protección a los derechos humanos, el cual busca crear espacios de garantía y exigibilidad de los mismos, razón por la cual se ha desplegado por parte de la comunidad internacional la labor de constituir un sinnúmero de normas que materialicen dicha responsabilidad por parte de los Estados y que genere instrumentos reales frente a la protección de las afectaciones que se producen a los mismos.

Actualmente se evidencia la importancia que reviste el conocimiento de estas normas, como parte integrante del ordenamiento jurídico de los estados, los cuales están llamados a responder de manera positiva los requerimientos no solo de sus políticas internas, sino de toda una regulación internacional que los congrega en un mismo ámbito de efectividad.

Por lo anterior, resulta necesario mencionar los principales Instrumentos Internacionales de protección a los Derechos Humanos, los cuales se exponen a continuación:

EJE TEMATICO	INSTRUMENTO INTERNACIONAL
DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	<ul style="list-style-type: none">• Declaración Universal Derechos Humanos• Declaración americana de los derechos y deberes del hombre.
LOS PRINCIPALES PACTOS UNIVERSALES E INTERAMERICANOS	<ul style="list-style-type: none">• Pacto internacional de derechos civiles y políticos.• Convención americana sobre derechos humanos.• Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales.• Protocolo adicional a la convención

	<p>americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.</p>
<p>EL DERECHO A LA VIDA Y LA INTEGRIDAD Y LA SEGURIDAD PERSONAL</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. • Protocolo facultativo a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. • Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura. • Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. • Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas. • Segundo protocolo facultativo del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, destinado a abolir la pena de muerte. • Protocolo a la Convención americana sobre derechos humanos relativo a la abolición de la pena de muerte • Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. • Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

<p style="text-align: center;">LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura. • Principios básicos sobre la función de los abogados. • Directrices sobre la función de los fiscales • Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias.
<p style="text-align: center;">LOS DERECHOS DE LAS VICTIMAS Y LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Principios fundamentales de justicia para las victimas de delitos y de abuso de poder. • Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. • Principios y directrices básicos sobre el derecho de las victimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.
<p style="text-align: center;">LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Principios básicos para el tratamiento de los reclusos. • Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

	<ul style="list-style-type: none"> • Reglas de las Naciones Unidas para la protección. • Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.
LOS DERECHOS DE LA MUJER	<ul style="list-style-type: none"> • Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. • Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer
LOS DERECHOS DEL NIÑO	<ul style="list-style-type: none"> • Convención sobre los derechos del niño. • Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados. • Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño, relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. • Convenio No 132 sobre la edad mínima de admisión al empleo. • Convenio No 182 sobre las peores formas de trabajo infantil. • Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores. • Directrices de las Naciones Unidas para

	la prevención de la delincuencia juvenil.
LA DISCRIMINACIÓN Y LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	<ul style="list-style-type: none"> • Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial. • Convenio No 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.
LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	<ul style="list-style-type: none"> • Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. • Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.
REFUGIADOS DESPLAZADOS Y MIGRANTES	<ul style="list-style-type: none"> • Convención sobre el estatuto de los refugiados. • Protocolo sobre el estatuto de los refugiados. • Principios rectores de los desplazamientos internos. • Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.
LIBERTAD SINDICAL	<ul style="list-style-type: none"> • Convenio No 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de

	<p>sindicación y de negociación colectiva.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Convenio No 98 relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva.
LIBERTAD DE EXPRESSION	<ul style="list-style-type: none"> • Declaración de principios sobre la libertad de expresión
DERECHO AL DESARROLLO Y AL MEDIO AMBIENTE	<ul style="list-style-type: none"> • Declaración sobre el derecho al desarrollo. • Declaración de Río sobre el desarrollo y el medio ambiente.
DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	<ul style="list-style-type: none"> • Declaración de San Petersburgo de 1868 con el objeto de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra. • Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. • Los Convenios de Ginebra. • Protocolo adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados de carácter internacional (Protocolo II) • Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados. • Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento y

	<p>transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción.</p>
<p>DERECHO PENAL INTERNACIONAL</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Principios de derecho internacional reconocidos por el estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg. • Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio • Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. • Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de Lesa Humanidad.
<p>PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Protocolo facultativo del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos. • Protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer. • Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. • Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. • Reglamento de la Comisión interamericana de Derechos Humanos. • Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

	<ul style="list-style-type: none"> • Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS	<ul style="list-style-type: none"> • Declaración de Viena
DERECHOS DE LOS TRATADOS	<ul style="list-style-type: none"> • Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. • Convención de Viena sobre el derecho de los tratados internacionales p entre organizaciones internacionales.
DERECHO INTERNACIONAL DE TRABAJO	<ul style="list-style-type: none"> • Convenio No. 1 Sobre las horas de trabajo. • Convenio No. 2 Sobre el desempleo. • Convenio No. 3 Sobre la protección a la maternidad. • Convenio No. 4 Sobre el trabajo nocturno. • Convenio No. 5 Sobre la edad mínima. • Convenio No. 6 Sobre el trabajo nocturno de los menores (industria) • Convenio No. 7 Sobre la edad mínima (trabajo marítimo) • Convenio No. 8 Sobre las indemnizaciones de desempleo. (naufragio) • Convenio No. 9 Sobre la colocación de la gente de mar.

DERECHO INTERNACIONAL
DEL TRABAJO

- Convenio No. 10 Sobre la edad mínima.
- Convenio No. 11 Sobre el derecho de asociación. (agricultura)
- Convenio No. 12 Sobre la indemnización por accidentes de trabajo (agricultura)
- Convenio No. 13 Sobre la cerusa (pintura)
- Convenio No. 14 Sobre el descanso semanal (industria)
- Convenio No. 15 Sobre la edad mínima.
- Convenio No. 16 Sobre el examen medico de los menores (trabajo marítimo)
- Convenio No. 17 Sobre la indemnización por accidentes de trabajo.
- Convenio No. 18 Sobre las enfermedades profesionales.
- Convenio No. 19 Sobre la igualdad de trato (accidentes de trabajo)
- Convenio No. 20 Sobre el trabajo nocturna (panadería)
- Convenio No. 21 Sobre la inspección de los emigrantes.
- Convenio No. 22 Sobre el contrato de enrolamiento de la gente de mar.
- Convenio No. 23 Sobre la repatriación

<p style="text-align: center;">DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO</p>	<p>de la gente de mar.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Convenio No. 24 sobre el seguro de enfermedad.(industria) • Convenio No. 25 Sobre el seguro de enfermedad (agricultura) • Convenio No. 26 Sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos. • Convenio No. 29 Sobre el trabajo forzoso. • Convenio No. 30 Sobre las horas de trabajo (comercio y oficina) • Convenio No. 52 Sobre las vacaciones pagadas. • Convenio No. 81 Sobre la inspección del trabajo. • Convenio No. 88 Sobre el serbio del empleo. • Convenio No. 95 Sobre la protección del salario. • Convenio No. 99 Sobre los métodos para la fijación del salario mínimo (agricultura) • Convenio No. 100 Sobre igualdad de remuneración. • Convenio No. 101 Sobre las vacaciones pagadas. • Convenio No. 105 Sobre la abolición del trabajo forzoso. • Convenio No. 106 Sobre el descanso
--	---

<p style="text-align: center;">DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO</p>	<p>semanal (comercio y oficinas)</p> <ul style="list-style-type: none">• Convenio No. 111 Sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación.• Convenio No. 129 Sobre la inspección del trabajo.• Convenio No. 136 Sobre el benceno.• Convenio No. 144 Sobre la consulta tripartita (normas internacionales de trabajo) 1976.• Convenio No. 159 Sobre la readaptación profesional y el empleo (personas invalidas)• Convenio No. 160 Sobre estadísticas de trabajo.• Convenio No. 167 Sobre seguridad y salud en la construcción.• Convenio No. 170 Sobre los productos químicos.• Convenio No. 174 Sobre la Prevención de accidentes industriales, mayores.
--	--

3. LA MIGRACIÓN Y EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

3.1 DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos constituye el marco para la promoción y protección de los derechos humanos y provee un recurso a los habitantes de las Américas que han sufrido algún tipo de vulneración a estos derechos por parte del Estado.

Sus antecedentes históricos se remontan al año de 1945 y representan un gran logro dentro de un proceso que se inició a finales de la Segunda Guerra Mundial, como reacción ante las violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales perpetradas durante los regímenes nazi y fascista; en aquel entonces, naciones de América se reunieron en México y decidieron que una declaración sobre derechos humanos debería ser redactada, para que pudiese ser eventualmente adoptada como convención y de esta manera nació la **DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE** que fue aprobada por los Estados Miembros de la OEA en Bogotá, Colombia, en mayo de 1948.

Posteriormente, hacia el mes de noviembre de 1969, se celebró en San José de Costa Rica, la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos; en ella, los delegados de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos redactaron la **CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS**, que entró en vigor el 18 de julio de 1978. A la fecha, veinticinco naciones Americanas han ratificado o se han adherido a la Convención: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

Con el fin de salvaguardar los derechos esenciales del hombre en el continente americano, la Convención dispuso la creación de dos órganos competentes para conocer de las violaciones a los derechos humanos: la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* y la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*; la primera había sido creada en 1959 e inició sus funciones en 1960, cuando el Consejo de la OEA aprobó su Estatuto y eligió sus primeros miembros, sin embargo, el Tribunal no pudo establecerse y organizarse hasta que entró en vigor la Convención.

La **COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH)**, con sede en la ciudad de Washington, es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyo mandato surge de la Carta

de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que actúa en representación de todos los países miembros de la OEA. Está integrada por siete miembros independientes que se desempeñan en forma personal, que no representan a ningún país en particular y que son elegidos por la Asamblea General, quienes se reúne en Períodos Ordinarios y Extraordinarios de sesiones, varias veces por año.

En el año de 1961 la CIDH comenzó a realizar visitas *in loco* para observar la situación general de los derechos humanos en un país, o para investigar una situación particular. Desde entonces ha realizado 69 visitas a 23 países miembros. Con respecto a sus observaciones de tipo general sobre la situación en un país, la CIDH publica informes especiales, habiendo publicado hasta la fecha 44 de ellos.

Desde 1965 la CIDH fue autorizada expresamente a recibir y procesar denuncias o peticiones sobre casos individuales en los cuales se alegaban violaciones a los derechos humanos. Hasta el momento ha recibido varias decenas de miles de peticiones, que se han concretado en más de 12.000 casos procesados o en curso.

La CIDH mantiene además facultades adicionales que preceden a la Convención y no derivan directamente de ella, entre ellos, el de procesar peticiones individuales relativas a Estados que aún no son parte de la Convención. Entre las principales funciones de la CIDH se encuentran la de recibir, analizar e investigar peticiones individuales que alegan violaciones de los derechos humanos, según lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención; Observar la vigencia general de los derechos humanos en los Estados miembros, y cuando lo considera conveniente publica informes especiales sobre la situación en un estado en particular, hace recomendaciones a los Estados miembros de la OEA sobre la adopción de medidas para contribuir a promover y garantizar los derechos humanos; requiere a los Estados que tomen "medidas cautelares" específicas para evitar daños graves e irreparables a los derechos humanos en casos urgentes. Puede también solicitar que la Corte Interamericana requiera "medidas provisionales" de los Gobiernos en casos urgentes de peligro a personas, aún cuando el caso no haya sido sometido todavía a la Corte, Somete casos a la jurisdicción de la Corte Interamericana y actúa frente a la Corte en dichos litigios y en el mismo sentido, solicita "Opiniones Consultivas" a la Corte Interamericana sobre aspectos de interpretación de la Convención Americana, entre otras.

Por su parte, la **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS** es un órgano judicial de la Organización de los Estados Americanos (OEA) que goza de autonomía frente a los demás órganos de aquella y que tiene su sede permanente en San José de Costa Rica, se encuentra conformada por siete jueces, cada uno de los cuales es nominado y elegido por las partes de la Convención Americana para un periodo de seis años y sólo pueden ser reelegidos por una vez. Los idiomas oficiales de la Corte son los de la OEA, es decir, español, inglés,

portugués y francés. Los idiomas de trabajo son los que acuerde la Corte cada año, sin embargo, para un caso determinado, puede adoptarse también como idioma de trabajo el de una de las partes, siempre que sea oficial.

El cumplimiento de sus funciones se somete a los siguientes parámetros:

COMPETENCIA CONTENCIOSA

El propósito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es aplicar e interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados de derechos humanos a los cuales se somete el llamado sistema interamericano de protección de derechos humanos, sin embargo, su competencia es limitada, pues sólo puede atender casos en los que: **a.** el Estado involucrado ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, **b.** el Estado involucrado ha aceptado la jurisdicción opcional de la Corte, **c.** la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha completado su investigación, y **d.** el caso fue remitido a la Corte ya sea por la Comisión o por el Estado implicado en el caso, dentro de los tres meses siguientes a la publicación del informe de la Comisión.

Básicamente, conoce de los casos en que se alegue que uno de los Estados partes ha violado un derecho o libertad protegidos por la Convención, siendo necesario que se hayan agotados los procedimientos previstos en la misma. Las personas, grupos o entidades que no son Estados no tienen capacidad de presentar casos ante la Corte, pero si pueden recurrir ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión puede llevar un asunto ante la Corte, siempre que el Estado cuestionado haya aceptado su competencia, de todas maneras, la Comisión debe comparecer en todos los casos ante la misma.

Cuando la Comisión presenta un caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, notifica al demandante original, en ese momento, el demandante o un apoderado tienen la oportunidad de solicitar medidas necesarias, incluyendo precauciones para los testigos y protecciones para la evidencia.

El procedimiento ante la Corte es de carácter contradictorio y termina con una sentencia motivada, obligatoria, definitiva e inapelable. Si el fallo no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de éstos tiene derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual. Los procesos son tanto orales como escritos; inicialmente, son presentados un Memorial y un Contra memorial, estos pueden estar acompañados por una declaración de cómo serán demostrados los hechos y cómo será presentada la evidencia. Cuando ocurra que estén involucrados temas legales complejos, los demandantes pueden solicitar un escrito de apoyo, *amicus curiae*, de una ONG. Normalmente, las audiencias son abiertas al público pero la Corte puede decidir cerrarlas.

Las deliberaciones de la Corte siempre son secretas y confidenciales; posteriormente sus sentencias y opiniones son publicadas. Si la Corte dictamina que un derecho ha sido violado, ordenará que la situación sea rectificadada. Puede conceder compensaciones para la víctima por los daños reales, el perjuicio emocional y/o los costos del litigio, pero no adjudicará sanciones.

COMPETENCIA CONSULTIVA

Los Estados miembros de la OEA pueden consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, además, pueden consultarla, en lo que les compete, los órganos de la Organización de los Estados Americanos.

Asimismo, la Corte, a solicitud de un Estado miembro de la OEA, puede darle a tal Estado opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

3.2 LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS MIGRANTES ANTE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Uno de los grandes obstáculos que han enfrentado los migrantes a través de los tiempos lo constituye el hecho de ser reconocidos en igualdad de condiciones frente a los nacionales de un determinado estado, razón por la cual se ha emprendido en el tiempo una lucha incesante por parte de los mismos, en aras de lograr el respeto de sus derechos, sin que medie la necesidad de que las autoridades competentes evalúen de manera previa su estatus migratorio; circunstancias como estas han llevado a que los estados en aras de resguardar de manera única y exclusiva sus políticas de gobierno, dejen a un lado al ser humano, quien debe ser concebido como un sujeto de derecho, de quien se predica su protección y garantía no solo a través de su propia nación, sino de toda una comunidad Internacional que ha buscado, por medio de instrumentos normativos regular de manera progresiva la efectividad de dichas prerrogativas .

Casos como el de los trabajadores migratorios, se conciben como uno de los puntos de gran discusión a nivel mundial, pues no hay que dejar de lado que la situación de irregulares que revisten las personas que emigran en búsqueda de oportunidades, se debe en gran parte a los límites que disponen los requisitos exigidos por los estados frente a la admisibilidad de un no nacional a su territorio, tales obstáculos se ven reflejados en la exigencia de permisos migratorios de trabajo o las regulaciones excesivas en las fronteras, que impiden que en la realidad se aplique la ley de manera equitativa, generando de esta manera que un trabajador en situación irregular no tenga capacidad procesal para exigir ante el

sistema judicial del país receptor, los beneficios que le asisten en torno a sus derechos; de esta manera su actividad laboral y su mano de obra carece de un verdadero reconocimiento y al contrario se convierte en el blanco de continuas formas de explotación. Dentro de este contexto, es importante destacar el impacto que en materia migratoria ha generado el caso de los trabajadores mexicanos, quienes verdaderamente han padecido el problema de la migración ilegal, cuando en busca de mejores posibilidades, invaden la frontera estadounidense, iniciando con esto una nueva historia de dolor, situación que el pasado mes de mayo de 2002, motivó la presentación de una consulta ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto a la CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES.

Esta Opinión Consultiva, reviste como principal antecedente, el numero elevado de migrantes que vieron vulnerados sus derechos, en especial por los crecientes sentimientos nacionalistas y racistas que han resurgido en el mundo occidental derivados de la llamada "Guerra contra el Terrorismo", declarada por el Presidente Bush, luego de los atentados del 11 de Septiembre, los cuales cambiaron de manera determinante las políticas migratorias de todos los países que se han declarado partícipes de esta lucha; pues se presume que los presuntos autores eran migrantes, trabajaban y vivían en ese país y se encontraban con status migratorio Irregular, con visas de estudiantes. Esta coyuntura ha generado un cambio radical para los migrantes dentro de su estancia en el país receptor, pues es evidente que se encuentran en un estado de vulnerabilidad que se incrementa con los sentimientos racistas y xenofóbicos, originados por la intolerancia marcada que el mismo estado fomenta en sus ciudadanos hacia los extranjeros.

No obstante lo anterior y sumándose a los antecedentes que motivaron la presentación de dicha consulta, es necesario invocar el famoso caso *HOFFMAN PLASTIC COMPOUNDS*, discutido ante la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU, el cual estableció que los trabajadores pueden ser entregados al Servicio de Inmigración y Naturalización aun cuando el motivo del empleador para hacerlo sea el ejercicio de una represalia ilegal en contra de un trabajador dedicado a una actividad protegida por la National *Labor Relations Act*.

Los hechos del presente caso se suscitan en mayo de 1988, cuando el señor Castro fue contratado por la compañía Hoffman Plastic Compounds. En diciembre de 1988 el señor Castro y otros trabajadores iniciaron una campaña para organizar un sindicato. En enero de 1989 la empresa despidió al señor Castro y a otros tres trabajadores por intentar formar y ser parte de un sindicato. En enero de 1992 la National *Labor Relations Board* ordenó a la compañía *Hoffman Plastic Compounds* que reinstalara al señor Castro y le pagara los salarios caídos [*back pay*] que eventualmente habría recibido de no haberse dado la decisión que tomó la empresa de despedirlo por causa de estar involucrado en actividades sindicales. Por su parte, la empresa se negó a pagar los salarios caídos [*back pay*] debido a que el señor Castro admitió que no tenía permiso de trabajo. En septiembre de

1998 la *National Labor Relations Board* decidió que la compañía *Hoffman Plastic Compounds* debía pagar al señor Castro los salarios caídos [*back pay*] correspondientes al período que había entre su despido y la fecha en la que admitió que no tenía la documentación correspondiente al permiso de trabajo. En tal decisión, la *National Labor Relations Board* dijo que "*la forma más efectiva de adaptar y fomentar las políticas de inmigración de los Estados Unidos [...] es proporcionando las garantías y los recursos de la National Labor Relations Act a los trabajadores indocumentados de la misma manera que a otros empleados*".

La *National Labor Relations Board* ordenó que la empresa *Hoffman Plastic Compounds* pagara la cantidad de US \$66.951 (sesenta y seis mil novecientos cincuenta y un mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de salarios caídos [*back pay*] al señor José Castro. La compañía *Hoffman Plastic Compounds* se negó a pagar al señor Castro y presentó una apelación. En el año 2001 la Corte Federal de Apelaciones confirmó lo ordenado por la *National Labor Relations Board*, y entonces la compañía *Hoffman Plastic Compounds* presentó una apelación ante la Suprema Corte de los Estados Unidos de América.

En su decisión de marzo de 2002 la Suprema Corte revocó las decisiones de la Corte de Apelaciones y de la *National Labor Relations Board*. La Suprema Corte denegó la solicitud de salarios caídos [*back pay*] del señor José Castro, y sostuvo que en el caso de los trabajadores en situación irregular que son despedidos por realizar actividades de organización sindical, la prohibición de la ley de inmigración de trabajar sin autorización prevalecía sobre el derecho de formar y ser parte de un sindicato.

En síntesis, la decisión en el caso *Hoffman Plastic Compounds*, niega a un grupo de trabajadores los derechos laborales que les son inherentes y que han sido reconocidos por la comunidad internacional. Por las posibles implicaciones que podría tener para millones de trabajadores mexicanos indocumentados la imposibilidad de exigir por ejemplo, el pago de su salario, se planteó la Opinión Consultiva I8 que en esta oportunidad se analiza.

Opinión Consultiva Número Dieciocho (en Adelante OC - 18) y el sustento jurídico de su planteamiento

Si bien es cierto, en sus inicios; la Corte Interamericana de Derechos humanos, consideró que las opiniones consultivas revestían un carácter exclusivamente asesor, también lo es, que con el avance que se ha generado frente a los derechos humanos y su naturaleza progresista, las mismas en la actualidad poseen una fuerza jurídica innegable, que ha de tenerse en cuenta, no solo como apoyo normativo frente a una solicitud ante la misma Corte, sino como uno de los criterios fundantes dentro de las decisiones que asume la misma.

Sin embargo, al respecto existen diferentes posturas entre destacados internacionalistas, entre ellas la posición de Thomas Buergenthal, quien manifiesta

que *“no obstante las opiniones consultivas carecen de fuerza obligatoria, difícilmente serán ignoradas por los Estados, los cuales encontrarán más fácil cumplir con una opinión que no los estigmatiza como violadores de Derechos Humanos”*, Así también, el reconocido jurista internacional Ian Brownlie comparte dicha postura respecto de la naturaleza jurídica de las opiniones consultivas, al establecer que *“las opiniones emitidas por la Cortes son solo consultivas, no vinculantes; sin embargo son de gran influencia y pueden referirse a asuntos de mucha controversia”*. A diferencia de lo antes expuesto, hay autores como Héctor Faúndez Ledesma, quien considera que *“al realizar una interpretación amplia del artículo 64.1 de la Convención Americana de Derechos humanos que da la posibilidad de elevar consultas, se puede concluir que revisten efectivamente una naturaleza vinculante, la cual no debe considerarse de carácter alterno sino principal junto a la normativa existente que regula los casos en concreto”*.

El estado de México centró como justificación para el planteamiento de la OC-18, el hecho de que para el año 2002, exactamente entre el mes de enero a mayo, se elevaron varias peticiones de amparo por parte de los mexicanos migrantes, especialmente aquellos indocumentados fuera de sus fronteras, quienes buscaban a través de dichas solicitudes una protección inmediata frente al perjuicio que estaban enfrentando, mas aun cuando se demuestra claramente que dentro de sus lugares de trabajo eran considerados personas sin ningún tipo de derecho, pues al carecer de una situación migratoria regular, son vulnerables frente a posibles vulneraciones de sus garantías mínimas laborales, siendo victimas de discriminación laboral, salarios no pagados, indemnización por enfermedades adquiridas en centros de trabajo y accidentes de trabajo, entre otros.

Dichos problemas no son exclusivamente un asunto mexicano, pues se trata de una realidad presente en todas la fronteras de los distintos países alrededor del mundo, un ejemplo de ello lo constituyen los colombianos y nicaragüenses en las fronteras con Costa Rica y los asiáticos que emigran a los países latinoamericanos, de ahí que los cuestionamientos que se plantearon en la opinión consultiva para ser examinados dentro del marco del principio de la igualdad jurídica, se enfocan a toda una población que durante años ha sido excluida, marginada y violentada dichos cuestionamientos pueden exponerse de la siguiente manera:

1. *¿Puede un Estado americano, en relación con su legislación laboral, establecer un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migratorios indocumentados en cuanto al goce de sus derechos laborales respecto de los residentes legales o los ciudadanos, en el sentido de que dicha condición migratoria de los trabajadores impide per se el goce de tales derechos?*

2. Los artículos 2, párrafo 1 de la Declaración Universal y II de la Declaración Americana y los artículos 2 y 26 del Pacto, así como I y 24 de la Convención Americana, *¿deben interpretarse en el sentido de que la legal estancia de las*

personas en el territorio de un estado americano es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice los derechos y libertades reconocidos en dichas disposiciones a las personas sujetas a su jurisdicción?

2.1 A la luz de las disposiciones citadas en la pregunta anterior ¿puede considerarse que la privación de uno o más derechos laborales, tomando como fundamento de tal privación la condición indocumentada de un trabajador migratorio, es compatible con los deberes de un Estado americano de garantizar la no discriminación y la protección igualitaria y efectiva de la ley que le imponen las disposiciones mencionadas?

Con fundamento en el artículo 2, párrafos 1 y 2 y en el artículo 5, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se cuestiona:

3. ¿Cuál sería la validez de la interpretación por parte de un estado americano en el sentido de subordinar o condicionar de cualquier forma la observancia de los derechos humanos fundamentales, incluyendo el derecho a la igualdad ante la ley y a la igual y efectiva protección de la misma sin discriminación, a la consecución de objetivos de política migratoria contenidos en sus leyes, independientemente de la jerarquía que el derecho interno atribuya a tales leyes, frente a las obligaciones internacionales derivadas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de otras obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos oponibles erga omnes ?

Habida cuenta del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación, en especial a través de las disposiciones invocadas de los instrumentos mencionados en la presente solicitud,

4. ¿Qué carácter tienen hoy el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley en la jerarquía normativa que establece el derecho internacional general, y en ese contexto, pueden considerarse como la expresión de normas de ius cogens? Si la respuesta a esta segunda pregunta resultase afirmativa, ¿qué efectos jurídicos se derivan para los Estados miembros de la OEA, individual y colectivamente, en el marco de la obligación general de respetar y garantizar, conforme al artículo 2 párrafo 1 del Pacto, el cumplimiento de los derechos humanos a que se refieren el artículo 3, inciso (1) y el artículo 17 de la Carta de la OEA?

Análisis y Opinión de la Corte Interamericana De Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, luego de considerarse competente sobre la presente solicitud, y después de un análisis a la luz de los principales instrumentos internacionales consagro las siguientes consideraciones:

1. Obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación. (Preguntas No. 2 y 4)

Respecto de este punto la Corte IDH llegó a la conclusión de que tanto los instrumentos internacionales como la jurisprudencia internacional respectiva establecen claramente que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito, deben adoptar medidas positivas, evitar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental. Esto podría generar, tal y como lo establece la opinión que expresa la Corte IDH, no solamente cambios legislativos, sino además estaría sujeto a los estándares de respeto y garantía de los derechos fundamentales y a toda práctica administrativa que establezca cualquier país.

Considerando el principio de igualdad y no discriminación como fundamental para dicho propósito, los Estados están por tanto obligados a no introducir en su ordenamiento jurídico y administrativo, tanto regulaciones como prácticas discriminatorias.

Uno de los puntos más relevantes que aborda la Corte en este pronunciamiento es aquel que hace referencia a que *"no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana"*. De acuerdo con la presente OC-18 pueden establecerse distinciones basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran.

El *jus cogens* ha sido desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia internacionales, estableciendo la Corte IDH en el desarrollo de la OC-18 que dicho concepto no se ha limitado al derecho de los tratados, sino que hoy se aplica a toda la esfera que abarca el derecho internacional al referirse, en particular, a la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, independientemente de cuáles de esos derechos estén reconocidos por cada Estado en normas de carácter interno o internacional, la Corte *"considera evidente que todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna, lo cual se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a una protección igualitaria ante la ley, que a su vez se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona"*. 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 de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, incluso a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas.

La Corte IDH llega a la conclusión, de acuerdo con lo citado que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental de todo ordenamiento jurídico. A nivel global, en la actualidad ya no es admitido, acto jurídico alguno que entre en conflicto con dicho principio fundamental, ni tratos discriminatorios en perjuicio de los individuos, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.

Con esto se puede afirmar que el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*, de acuerdo a lo manifiesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro de la O.C-18

2. Aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los migrantes. (Pregunta no. 2)

Es esta la manera, como la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas y como consecuencia los Estados deben asegurar, en su ordenamiento jurídico interno, que toda persona tenga acceso, sin restricción alguna, a un recurso sencillo y efectivo que la ampare en la determinación de sus derechos, independientemente de su estatus migratorio. Esta obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos tiene un carácter *erga omnes*.

Dicha obligación se impone a los Estados en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas. La mencionada obligación alcanza la totalidad de los derechos contemplados por la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, inclusive el derecho a las garantías judiciales.

De ese modo, se preserva el derecho de acceso de todos a la justicia, entendido como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Lo mencionado anteriormente se aplica a todos los Estados miembros de la OEA, al igual que los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados, precisamente por pertenecer dicho principio al dominio del *ius cogens*, revestido de carácter imperativo, lo cual acarrea obligaciones *erga omnes* de protección, que vinculan a todos los Estados y generan efectos respecto de terceros, inclusive particulares.

La Corte considera que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae*, sino también *ratione personae* sin discriminación alguna.

3. Derechos de los trabajadores migrantes indocumentados. (Pregunta 2.1)

Al tratarse de un trabajador indocumentado, la Corte IDH consideró que se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos: por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio.

Al respecto, el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real. Los derechos derivados de la relación laboral subsisten, pese a las medidas que se adopten.

Respecto de los derechos laborales, en la OC-18, la Corte IDH consideró que los mismos surgen de la condición de trabajador, estableciendo que toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición.

El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social. Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna.

La Corte IDH estableció que en el momento de establecer una relación laboral, el trabajador migrante indocumentado adquiere derechos por el hecho de "ser trabajador", independientemente de su situación regular o irregular en el territorio que lo está empleando. No considera en momento alguno que ni el Estado receptor de migrantes, ni sus ciudadanos están obligados a darles trabajo, pero en

el momento que lo hacen, no pueden negarles los derechos laborales que implica establecer dicha relación.

El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador- trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

En el desarrollo de su opinión, se hizo notar que el Estado tendría responsabilidad internacional como violador de derechos humanos, tanto cuando funciona como empleador, como por la actuación de terceros que actúen con su tolerancia, aquiescencia o negligencia, o respaldados por alguna directriz o política estatal que favorezca la creación o mantenimiento de situaciones de discriminación.

La Corte señala que *"Los derechos laborales son los que el sistema jurídico, nacional e internacional, reconoce a los trabajadores. Es decir, que los Estados de empleo deben garantizar y respetar a todo trabajador sus derechos consagrados a nivel nacional en las constituciones políticas; en la legislación laboral; en los convenios colectivos; en los convenios-ley, en los decretos o incluso en las prácticas locales y específicas; o a nivel internacional, en cualquier tratado internacional del que sea parte."*

Los derechos laborales considerados por la Corte IDH como fundamentales y respaldados en el artículo primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos son : la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la prohibición y abolición del trabajo infantil, las atenciones especiales para la mujer trabajadora, y los derechos correspondientes a: asociación y libertad sindical, negociación colectiva, salario justo por trabajo realizado, seguridad social, garantías judiciales y administrativas, duración de jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene), descanso e indemnización, considerándolos como inalienables independientemente del status migratorio, así como una garantía del ejercicio del mismo, como una garantía a su vez del disfrute de su derecho a "una vida digna", y un medio para alcanzar su desarrollo humano integral.

4. Obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos (Pregunta No. 3).

La presente Opinión Consultiva entró a considerar si es compatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que los Estados americanos subordinen y condicionen la observancia de los derechos humanos a sus políticas migratorias y

ello se hará a la luz de las obligaciones internacionales derivadas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de otras obligaciones oponibles erga omnes.

La Corte IDH definió la política migratoria de un Estado como *"Todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, etc..) que versa sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio. Estableció que los objetivos de las políticas migratorias deben tener presente el respeto por los derechos humanos; además, dichas políticas migratorias deben ejecutarse con el respeto y la garantía de los derechos humanos"*.

Las distinciones que los Estados establezcan en dicha materia deben ser objetivas, proporcionales y razonables.

Respecto de la facultad inherente a la soberanía de cada Estado, de fijar su política migratoria, la Corte IDH estimó que es lícito que los Estados establezcan medidas atinentes al ingreso, permanencia o salida de personas migrantes para desempeñarse como trabajadores en determinado sector de producción en su Estado, siempre que ello sea acorde con las medidas de protección de los derechos humanos de toda persona y, en particular, de los derechos humanos de los trabajadores. Con el fin de cubrir esta necesidad, los Estados pueden tomar diversas medidas, tales como el otorgamiento o denegación de permisos de trabajo generales o para ciertas labores específicas, pero deben establecerse mecanismos para asegurar que ello se haga sin discriminación alguna, atendiendo *"únicamente a las características de la actividad productiva y la capacidad individual de las personas"*.

La Corte considera que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio. Este principio de carácter general debe respetarse y garantizarse siempre. Cualquier actuación u omisión en sentido contrario es incompatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos.

El hecho de que los conceptos, tanto del *ius cogens* como de las obligaciones (y derechos) *erga omnes* ya integran el universo conceptual del Derecho Internacional es revelador de la alentadora y necesaria apertura de este último, en las recientes décadas, a determinados valores superiores y fundamentales.

Es indispensable tener presente el sentido progresista adoptado por las normas de *ius cogens* y las respectivas obligaciones *erga omnes* de protección, para lograr plena efectividad y pragmatismo en beneficio de todos los seres humanos.

Estos avances en la materia son las herramientas actuales que se tienen para lograr una protección real frente a los derechos de todo ser humano, y de esta manera poder entender el carácter universalista que gira en torno a la migración, pues nos encontramos frente a un fenómeno social que debido a la importancia que el mismo requiere, debe ser acogido dentro de las políticas de estado no como un simple eje temático dentro de su legislación, sino como el eje central en torno al cual se va a generar un desarrollo progresista de los derechos que el mismo consagra.

Dentro de los principales puntos esbozados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro de la presente Opinión Consultiva se encuentran:

1. Que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental.
2. Que el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.
3. Que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno.
4. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.
5. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.
6. Que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas.
7. Que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente

de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas sin discriminación alguna.

8. Que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.
9. Que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.
10. Que los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos. Los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica.
11. Que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio.

Adicionalmente, los jueces se expresaron en votos razonados sobre puntos específicos de la decisión dictada, siendo los puntos de más atención en cada uno de ellos el énfasis que el Juez Salgado Pensantes hace acerca de la incidencia que tiene la responsabilidad de particulares en cuanto a violaciones de Derechos Humanos, en la del Estado, comprometiéndolo, al no tomar medidas eficaces para prevenirlas, evitarlas o permitir que se den de manera impune. Es importante señalar que el Juez Salgado considera en su voto razonado que incluso los terceros pueden violar los derechos humanos, y que en ningún momento el principio de la autonomía de la voluntad puede justificar que en el ámbito particular se den dicho tipo de violaciones. El considerarlo así, podría incluso, estar en determinado momento violando el derecho a la vida digna de un individuo.

El Juez García se expresó en su voto razonado considerando que es discriminatorio negar las medidas judiciales para la defensa de sus derechos laborales a los trabajadores indocumentados por su status migratorio.

El juez Alirio Abreu Burelli manifestó que dentro del fenómeno de la migración debe ser punto de reflexión la tragedia representada en toda persona que, contra su voluntad, abandona su país de origen, su hogar, sus padres, su mujer, sus hijos, sus recuerdos, para enfrentarse a una realidad generalmente hostil, y convertirse en un blanco para la explotación humana y laboral debido a su condición especialmente vulnerable. La comunidad internacional, además de tratar de reparar las consecuencias de las migraciones forzadas, a través de instrumentos de derecho internacional, de creación de tribunales, de políticas migratorias y de medidas administrativas o de cualquiera otra naturaleza, deberá igualmente preocuparse por indagar cuáles son las causas reales de las migraciones y procurar que la gente no se vea forzada a emigrar.

Por último el Presidente de la Corte IDH en su voto razonado, establece que respecto de la transferencia que podría hacerse de la cláusula *Martens* al campo de los Derechos Humanos: "En el curso del procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativo a la presente Opinión Consultiva, el Estado solicitante, México, destacó con pertinencia la importancia de la llamada *cláusula Martens* como elemento de interpretación del derecho (sobre todo humanitario), que podría inclusive amparar los migrantes.

La cláusula *Martens* definida como aquella que *indica que cuando en la normatividad vigente no está previsto de manera expresa el canje o intercambio humanitario, las personas, en este caso privadas de su libertad en poder de una y otra parte en confrontación política armada, quedan al amparo, la tutela y salvaguardia de los principios de humanidad y de la conciencia pública; esta clausula se considera actualmente como fuente del propio derecho internacional general; y nadie osaría hoy negar que las "leyes de humanidad" y las "exigencias de la conciencia pública" invocadas por la cláusula *Martens* pertenecen al dominio del *jus cogens*. La referida cláusula, como un todo, ha sido concebida y reiteradamente afirmada, en última instancia, en beneficio de todo el género humano, manteniendo así su gran actualidad. Se puede considerarla, como expresión de la *razón de humanidad* imponiendo límites a la *razón de Estado*.*

El fondo de esta opinión consultiva fue el reconocimiento de una existencia material del derecho a ser libre de discriminación y de la protección estatal frente a agentes legales privados, todo esto enfocado de manera especial a los trabajadores migratorios, quienes motivan cada argumento de la Opinión Consultiva que hoy se analiza a la luz de los derechos humanos, especialmente el derecho a la igualdad que repudia cualquier forma de discriminación, el derecho a protección estatal ante actores legales privados y el derecho al debido proceso o acceso a la justicia.

3.3 LA POSICIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES

Dentro de este contexto, la migración se ha constituido como aquel fenómeno social de preocupación internacional, que a través de sus diversas manifestaciones (refugiado, asilado, emigrante, inmigrante), demuestra la necesidad frente a la adopción de un sistema legal integrado, capaz de regularlo, pues no cabe duda de que estamos frente a una problemática que se ha convertido en un desafío para todas las naciones, quienes están llamadas en primera medida a dar una respuesta eficaz, no solo mediante la configuración formal que regule la materia, sino mediante una legislación que garantice los derechos que les asisten a las víctimas de este fenómeno.

Los estados han concebido en la mayoría de los casos a la migración, como un problema de una sola vía, es decir, entienden que las desventajas que refleja, recaen de manera exclusiva sobre los países receptores de migrantes, concepción que centra su justificación teniendo en cuenta criterios como el empobrecimiento de sus naciones, el desempleo para sus ciudadanos, el aumento de la delincuencia e inseguridad ciudadana y un sinnúmero de hechos que responsabilizan de manera excluyente a los migrantes.

Esta situación ha generado inevitablemente un estigma que debe cambiar, pues si bien es cierto estamos frente a flujos migratorios de gran escala, ya no es un secreto que los mismos benefician de manera alarmante no solo a los países originarios sino también a los países receptores, ejemplo de ello son los países desarrollados como Canadá, Estados Unidos de Norteamérica y el país-continente Australia, pero especialmente estos dos últimos, pues se constituyen como principales captadores de migrantes que los requieren para mantener su nivel productivo, asegurando su fuente de ingresos. De otra parte, los migrantes constituyen la sostenibilidad generacional frente a aquel régimen jubilatorio que se mantiene y se perfila como constante en los países de gran desarrollo; de aquí nace la dificultad, respecto a la tarea de encontrar el migrante que reúna las condiciones que requieren, hablamos entonces del un grado de escolaridad determinado que de respuesta a un sinnúmero de necesidades de tipo tecnológico, profesional e incluso ocupacional que sea abastecido mediante una fuente laboral de bajos ingresos y de mayor calidad, donde la necesidad de estancia en el país receptor se convierta en parte de la remuneración salarial, por concepto de las labores desempeñadas.

Sin embargo y pese a que las utilidades y ganancias que genera el migrante pueden llegar a ser significativas, esta situación se contrapone a la condición de sometimiento y semiesclavitud de la cual pueden ser víctimas, condición a la que además se acompañan los constantes ataques en contra de su integridad personal, todo en razón a su origen, a su status de migrante y al hecho de que en

la mayor parte de los eventos, estas personas siempre serán consideradas como intrusos dentro de regiones que al parecer son de propiedad exclusiva de determinados ciudadanos. Ante este panorama, surge entonces la necesidad de abarcar este problema mediante una política de estado y no como una política de gobierno, pues no se habla de una solución que responda a propuestas transitorias, sino de una reforma constitucional y profunda que comprenda la migración como un fenómeno que es *per se* susceptible de desencadenar amenazas o afectaciones a los derechos humanos de los migrantes, quienes se encuentran en un estado de total desarraigo y desolación y que requieren de una protección y garantía real frente su status; es esta situación la que justifica la existencia en la comunidad internacional de instrumentos que de manera expresa reconozcan la imperiosa necesidad de crear conciencia en los estados frente a los límites que tienen a la hora de regular sus políticas migratorias.

Las anteriores consideraciones, ponen de manifiesto el evidente estado de vulnerabilidad en el que se encuentran los migrantes, sea cual fuere la causa que motivó su desplazamiento, vulnerabilidad que en la mayoría de eventos se traduce en flagrantes afectaciones a sus derechos fundamentales, situación que ha de observarse en el trato discriminatorio del que son objeto como consecuencia de su condición. Además, resulta necesario destacar que gran parte de los países han catalogado a la migración como una forma de delito, ocasionando con esto la detención injustificada contra miles de personas, quienes de igual manera se convierten en el blanco de tratos inhumanos y degradantes, sometidos a procesos de deportación sin la garantías necesarias y el respaldo de un debido proceso y una defensa adecuada.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha construido un criterio progresista frente a la protección de estos derechos, a través de múltiples pronunciamientos que reafirman las disposiciones contenidas en el artículo 5to. de la Convención, el cual señala que *“toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral y nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes...”*, mientras que la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la cual ha sido utilizada en numerosas ocasiones dentro de la jurisdicción de la honorable Corte, establece en su artículo 2do. como definición de tortura la siguiente: *“Todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflija a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medida preventiva, como pena o como cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”*.

En el mismo sentido, en casos como **Tibi vs. Ecuador**¹⁹ y **Maritza Urrutia vs. Guatemala**, la Corte establece que tortura puede entenderse como “*aquellos actos que han sido preparados y realizados deliberadamente en contra de la víctima para suprimir su resistencia física y forzarla a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas o para someterla a modalidades de castigos adicionales a la privación de la libertad en si misma*”²⁰

Resulta indudable que de todas las formas de discriminación en contra de los migrantes, quizá la que representa mayor amenaza a su integridad la constituyen las detenciones que en su contra se practican, las cuales en la mayoría de casos resultan arbitrarias; aprehensiones sin justificación legal, privaciones de la libertad durante plazos absolutamente irrazonables, tratos crueles e inhumanos, ausencia total de garantías judiciales, imposibilidad de acceder a un defensa efectiva, son entre otros, factores que determinan una vulneración flagrante a los derechos humanos que indudablemente les asisten, situación que se muestra reiterativa y motiva los múltiples fallos que la Corte Interamericana en este sentido ha proferido;

En el **Caso Hilaire, Constantine, Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago**²¹, la Corte determinó: “*Las inadecuadas condiciones de reclusión de las personas privadas de libertad da lugar a la afectación de diversos derechos fundamentales. Lamentablemente, esta situación es frecuente, lo cual ha dado lugar a que cada vez se utilicen en mayor medida recursos judiciales tendientes a revertir aquellas condiciones de reclusión que atentan contra los derechos fundamentales. Así por ejemplo, en algunos países los procesos constitucionales de amparo y hábeas corpus vienen siendo empleados con esta finalidad, como sucede en Colombia y el Perú. No debe extrañar, por lo tanto, que también en el derecho internacional existan normas sobre esta materia e importantes pronunciamientos al respecto*”.

La Convención Americana también se pronuncia sobre este tema y señala además en su artículo 5to. que “*Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*”.

“*Como se aprecia, especial hincapié hace este artículo en la necesidad de proteger los derechos de las personas privadas de libertad, resaltando su derecho a ser tratada con dignidad y que el Estado tiene la responsabilidad y el deber de garantizarle la integridad personal mientras se encuentra en reclusión*”.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi vs. Ecuador, Sentencia del 7 de septiembre de 2004.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala, Sentencia del 27 de noviembre de 2003, (Fondo, Reparaciones y Costas)

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Hilaire, Constantine, Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago, Sentencia de 21 de junio de 2002 (Fondo, Reparaciones y Costas). Derecho a la integridad personal y condiciones de reclusión.

En el **Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú**²², la Corte aborda el Derecho a la Integridad de los reclusos, a partir de las garantías judiciales que les asisten y analizando el caso particular de la incomunicación en los centros carcelarios, entendida como un trato inhumano y un atentado contra su integridad, determinando entonces que *“la incomunicación sólo puede utilizarse de manera excepcional, tomando en cuenta los graves efectos que genera, pues “el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles”*.

Por su parte, la situación resulta de igual manera crítica para aquellos seres más cercanos a las personas afectadas, así la Corte ha señalado en reiteradas oportunidades, que *“los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas. En esta línea, este Tribunal ha considerado violado el derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de las víctimas con motivo del sufrimiento propio que éstos han padecido como producto de las circunstancias particulares de las violaciones perpetradas contra sus seres queridos y a causa de las posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades estatales frente a los hechos”*²³, extendiendo con esto, su ámbito de protección frente a terceros, involucrados indirectamente dentro de todo acto que genere vulneración a los derechos humanos.

Ahora bien, la decisión de migrar es concebida como resultado de un cálculo racional en el cual un individuo compara los costos y las utilidades asociadas a su permanencia en el lugar de origen con aquellos atados a un traslado hacia el lugar de destino. De acuerdo con este enfoque, a medida que se produce una eliminación de dichas diferencias, los incentivos económicos del movimiento internacional tienden a reducirse y, en consecuencia, también disminuye la migración en gran escala, pese a ello, es necesario enfrentar también la realidad de aquella población pobre, que abandona o debe abandonar su país para, desafortunadamente, seguir siendo más pobre en otro, circunstancia que se agrava además por el desarraigo que se observa frente a su familia, su cultura y sus costumbres, unido a las formas de discriminación que deberá enfrentar en razón a su condición y la incertidumbre respecto a la posibilidad de una deportación forzada y la negación de políticas de reinserción que anticipen la discriminación en su contra, incluso en su propio territorio.

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Sentencia de 25 de Noviembre de 2006.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Sentencia de 31 de enero de 2006

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dispuso en el **Caso de las Niñas Yean y Bosico vrs. República Dominicana**²⁴ que “el deber de respetar y garantizar el principio de igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado”, así, “Los Estados tienen la obligación de garantizar este principio fundamental a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa”.

En este mismo sentido reiteró que “el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. Además, los Estados deben combatir prácticas discriminatorias y adoptar las medidas necesarias para asegurar una efectiva igualdad de todas las personas ante la ley”

3.4 LA FUNCIÓN LEGISLATIVA DE LOS ESTADOS A LA LUZ DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

En este punto, es preciso analizar el verdadero impacto de la migración, desde una perspectiva diferente y eminentemente estatal y para el efecto, resulta preciso acoger inicialmente lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 2do. dispone el Deber de adoptar disposiciones de Derecho Interno”, de tal manera que “Si el ejercicio de los deberes y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Así, dentro del proceso de configuración legislativa de todo Estado, surge la inquietud frente a los límites que han de separar el alcance de su poder coercitivo y las prerrogativas concedidas al ser humano en virtud de tal condición, y es aquí donde prevalece la existencia de aquellos Derechos Fundamentales, inseparables de cada persona, los cuales demarcan el espacio y las fronteras de toda acción administrativa, penal o judicial. De esta manera, la función legislativa debe entenderse a partir de un previo proceso de estructuración frente al verdadero concepto e implicaciones del vocablo “LEY”, concepto que aunque se deriva de un sinnúmero de raíces lingüísticas y es generador de múltiples significados, en esta oportunidad será abordado a partir de un análisis eminentemente objetivo, que

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las Niñas Yean y Bosico vrs. República Dominicana: Sentencia de Septiembre 8 de 2005.

atienda una perspectiva general y válidamente aceptada, capaz de respaldar los fines que para el caso perseguimos. Es así como acogeremos lo dispuesto en el Artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual prescribe que: *“Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”*. Ahora bien, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su **Opinión Consultiva 06 de 1986** estableció el alcance de la expresión Leyes empleada por este artículo, determinando que: *“la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”*²⁵

El mundo actual enfrenta un alarmante fenómeno migratorio que ha ocasionado serios inconvenientes a nivel económico y social, lo que ha obligado la adopción de fuertes medidas para reducir la presencia de inmigrantes en el territorio de los estados. Sobre este punto, es pertinente afirmar que la Convención Americana de Derechos Humanos ofrece como herramienta válida para sortear esta situación la adopción de disposiciones de Derecho Interno, sin embargo, advierte además que toda decisión debe atender los preceptos del Derecho Internacional, máxime cuando nos referimos a los Derechos Humanos y sus implicaciones, pues *“El sentido de la palabra leyes dentro del contexto de un régimen de protección a los derechos humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen. En efecto, la protección a los derechos humanos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal”*²⁶

“La expresión leyes, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva No. 06 de 1986

²⁶ Ibidm.

*Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución*²⁷.

Sin embargo y en el mismo sentido, la Corte Interamericana también ha señalado que “(...)una ley que entra en vigor no necesariamente afecta la esfera jurídica de personas determinadas. Puede suceder que esté sujeta a actos normativos posteriores, al cumplimiento de ciertas condiciones o, llanamente, a su aplicación por funcionarios del Estado, antes de afectar esa esfera. O puede ser que, en cambio, las personas sujetas a jurisdicción de la norma se afecten por la sola vigencia de la misma. A estas últimas normas y a falta de menor denominación, la Corte las llamará “leyes de aplicación inmediata...”²⁸

Ahora bien, al hablar de leyes violatorias de Derechos Humanos, resulta necesario entonces preguntarnos sobre las medidas existentes para sustraer del Ordenamiento Jurídico de un estado, aquellas normas que causen estos efectos, pues bien, además de los mecanismos y recursos de Derecho Interno, propios de cada nación, tales como las acciones de inconstitucionalidad, de amparo o populares, es de precisar la facultad derogatoria que ostenta la Corte en materia de leyes, facultad que encuentra su fundamento en múltiples fallos, dentro de los cuales podemos destacar los siguientes:

El **Caso Raxcacó contra Guatemala**, devela la facultad de la Corte Interamericana para ordenar al Estado infractor la modificación de una norma cuyo contenido resulta contrario a la Convención, pues considera que “*la sola existencia del artículo 201 del Código Penal guatemalteco, que sanciona con pena de muerte obligatoria cualquier forma de plagio o secuestro y amplía el número de delitos sancionados con dicha pena, es per se violatoria de esa disposición convencional*”²⁹. Del mismo modo acoge lo dispuesto en la Opinión Consultiva OC-14/94 de la Corte, de acuerdo con la cual “*en el caso de las leyes de aplicación inmediata, [...] la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición*”³⁰.

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva No. 06 de 1986, Mayo 09 de 1986

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva No. 14 de diciembre 9 de 1994.

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Raxcacó Reyes contra Guatemala, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, Septiembre 15 de 2005

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Raxcacó Reyes contra Guatemala, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, Septiembre 15 de 2005

En el **Caso Castillo Petruzzi y otros contra Perú**, la Corte declaró que las normas internas que hacen aplicable a civiles la justicia militar son violatorias de los preceptos de la Convención Americana. Por ello “*el Estado debe adoptar las medidas apropiadas para reformar dichas normas y asegurar el goce de los derechos consagrados en la Convención*”³¹. De igual manera en el **Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros vrs. Chile)** la Corte ordena al Estado la modificación de su ordenamiento jurídico interno a fin de hacerlo compatible con las obligaciones internacionales, pues el artículo 19 numeral 12 de su Constitución establece “*la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial*”³². vulnerando con esto el derecho a la Libertad de Pensamiento y Expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención, determinando además que dicho estatuto establece la “*obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del effet utile). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención*”³³.

Otro ejemplo es el **Caso Barrios Altos vs. Perú**, en el cual la Corte estima necesario “*enfaticar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”³⁴

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petruzzi y otros contra Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “La última tentación de Cristo”, Olmedo Bustos y Otros vrs. Chile, Sentencia de febrero 5 de 2001. (Fondo, Reparaciones y Costas).

³³ Ibidm.

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos contra Perú.

Por su parte, el **Caso El Amparo vs. Venezuela**, nos ofrece una sentencia en la cual se abre la brecha hacia el reconocimiento de una clara distinción frente a la incompatibilidad de una Ley en sentido abstracto y su Incompatibilidad a partir de un aspecto concreto, situación que comporta la valoración de tres variables: Una verificación respecto a la aplicación de la norma, la existencia de un daño y finalmente la existencia de una víctima. De igual manera es válido rescatar los argumentos esgrimidos por el Juez Cancado Trindade, dentro de la exposición de su voto disidente, cuando afirma que *“no es necesario aguardar a la consumación del daño para que una ley pueda ser impugnada, pues una acción efectiva puede cumplirse ante el simple riesgo de ser afectado directamente por una ley o ante la amenaza continua representada por el mantenimiento en vigor de la legislación impugnada”*³⁵ Dentro del **Caso Caballero Delgado vs. Colombia**, es preciso citar algunas valoraciones del voto disidente del juez Cancado Trindade para establecer que *“no se puede legítimamente esperar que un tratado de derechos humanos se adapte a las condiciones prevalentes al interior de cada país, por cuanto debe, a contrario sensu, tener el efecto de perfeccionar las condiciones de ejercicio de los derechos por él protegidos en el ámbito del derecho interno de los Estados Partes”*³⁶

El **Caso Las Palmeras contra Colombia** aclara algunos aspectos relativos a la competencia de la Corte para decidir si cualquier norma de derecho interno o internacional aplicada por un Estado, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana, anotando que *“en esta actividad la Corte no tiene ningún límite normativo: toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad”*³⁷.

Lo anterior, deja entrever que en materia de configuración legislativa, los estados guardan autonomía en virtud de la figura de la soberanía, sin embargo, estas facultades no han de entenderse absolutas, pues encuentran como limite el deber de respeto y garantía al que se encuentran sometidos en virtud de los postulados consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos. De esta manera, *“la Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en*

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso El Amparo vs. Venezuela

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Caballero Delgado vs. Colombia

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Las Palmeras vs. Colombia

*los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*³⁸.

Por su parte, en el **Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú**³⁹, la Corte estableció que: *“El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención”*

En relación con el artículo 2 de la Convención, la Corte ha dicho que: “[e]l deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”⁴⁰, y “el Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la modificación la derogación, o de algún modo anulación o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda”⁴¹.

Finalmente la Corte establece que *“el artículo 63.1 de la Convención Americana contiene una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. De acuerdo con ello, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad de éste por la violación de la norma*

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano vs Chile, Sentencia de septiembre 26 de 2006

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú³⁹, Sentencia de 28 de febrero de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas),

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena Ricardo y otros, Caso Cantoral Benavides. Sentencia de 18 de agosto de 2000 y Caso Castillo Petruzzi y otros, Sentencia de 30 de mayo de 1999.

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Zambrano Vélez y otros. Sentencia de 4 de julio de 2004

*internacional de que se trata, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la mencionada violación*⁴².

Teniendo en cuenta los anteriores postulados, *“entendemos que, si el Estado demandado no modificara su ordenamiento jurídico interno de conformidad con lo señalado en la sentencia y/o no llevase a cabo los nuevos juicios, se presentaría una situación de incumplimiento permanente de la sentencia*⁴³.

3.5 LA MIGRACIÓN IRREGULAR Y LA REALIDAD DE ESTE FENÓMENO

La Migración Irregular, es un fenómeno que hoy por hoy resulta común en todas las sociedades del mundo, principalmente en aquellas cuya economía aparentemente ofrece mayores fuentes de trabajo e ingresos. Sus causas principalmente se asocian a la intensión de los seres humanos de encontrar una mejor calidad de vida, obligándolos a abandonar su territorio e irrumpir en una nación diferente sin el cumplimiento de los requisitos que para el efecto se requieren. Sin embargo, cabe resaltar que la responsabilidad frente a esta difícil situación no se debe atribuir solamente al país de origen, pues los motivos se derivan de múltiples factores que en suma configuran un estado absoluto de necesidad en contra de los ciudadanos que toman la decisión de emigrar.

Desde otra perspectiva, la posición de los países receptores, que en principio se muestran como los focos de mayor afectación dentro de las consecuencias de este fenómeno, posteriormente se convierten en los principales beneficiados de esta acción migratoria, de ahí que con frecuencia se generen constantes enfrentamientos entre la clase empleadora a quien le interesa, de manera exclusiva la productividad, evadiendo la situación legal o ilegal del trabajador, hecho que raya en una competencia desleal frente a la productividad que pueden ofrecer los nacionales.

En este punto, es necesario considerar la influencia que desencadena el fenómeno económico sobre el surgimiento de la migración, que se refleja en corrientes como la globalización, de la cual todos formamos parte, de ahí que se generen diversas discusiones y propuestas sobre las causas que originan el problema, así como las soluciones posibles a implementar. La globalización ha creado barreras que se evidencian en la concentración de riquezas en pocas manos, es así como se abren posibilidades de desarrollo para un sector determinado, dejando de lado las oportunidades a las que la población restante aspira, impulsando a aquellas personas que no encuentran fuentes de ingresos a

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cantos, Caso del Caracazo. Reparaciones, Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros,.Caso La Cantuta. Sentencia de 29 de noviembre de 2006

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago, Sentencia de 21 de junio de 2002, (Fondo, Reparaciones y Costas).

migrar hacia países donde existan mayores posibilidades de lograr una estabilidad económica, encontrando en la mayoría de casos tan solo una estabilidad aparente, pues cabe resaltar que el sector que recepciona a los migrantes se encuentra conformado principalmente por empleadores que en forma alguna garantizan condiciones mínimas de seguridad para sus trabajadores, seguridad que en todo caso ha de analizarse desde su acepción amplia, la cual involucra la idea del derecho a un trabajo digno con una justa remuneración.

No obstante lo anterior, la problemática no se detiene aquí, pues no se puede dejar de lado el papel que desempeñan los países originarios, son ellos quienes también ven reflejadas en sus balanzas comerciales un aumento económico como efecto de las famosas remesas del exterior, mientras tanto, los países receptores se ven beneficiados mediante una liquidez económica sin ningún tipo de inversión social y obtienen como resultado ampliación de los mercados de producción interna, mejores precios de productos de exportación por la mano de obra barata al margen de cargas sociales legales, etc., situación que se mantendrá mientras siga existiendo un mercado capitalismo que desconozca la existencia del hombre como un ser de derecho, mas aun cuando se habla de marcadas diferencias salariales al igual que una gran desigualdad en la oferta y demanda de fuerza de trabajo, que con sus efectos permite aceptar al fenómeno migratorio como un mecanismo de equilibrio por medio del cual se produce un ajuste entre ambas dimensiones.

El migrante entra entonces a un mundo sustancialmente diferente, la mayor parte del tiempo se encuentra laborando, sus ingresos se concentran en el pago de obligaciones que le genera un país donde la estancia es sumamente costosa, mientras el saldo está destinado a incrementar las famosas remesas en el exterior, con el temor constante de ser deportados, empeorando aún más su situación, pues en casi la totalidad de los casos, los estados de origen nunca ofrecen condiciones que faciliten el regreso de estos migrante a sus naciones, acentuando con esto el estado de desprotección en el que se encuentran.

Así, el anterior Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez *Antonio Cancado Trindade*, acertadamente afirmaba que el fenómeno contemporáneo del desarraigo es efecto de *“un mundo globalizado... [en el que] se abren las fronteras a los capitales, inversiones, bienes y servicios, pero no necesariamente a los seres humanos. Se concentran las riquezas cada vez más en manos de pocos, al mismo tiempo en que lamentablemente aumentan, de forma creciente (y estadísticamente comprobada), los marginados y excluidos. Las*

*lecciones del pasado parecen olvidadas, los sufrimientos de generaciones anteriores parecen haber sido en vano”.*⁴⁴

La Migración y principalmente la ilegal, como eje que concentra múltiples posibilidades de afectación a los derechos humanos, merece especial atención y el propósito constante de establecer nuevas políticas migratorias que logren regular esta situación, frenando los efectos negativos de este fenómeno, pero guardando absoluta proporcionalidad frente a la garantía de los intereses nacionales de cada Estado. Se trata de estructurar medidas adecuadas y razonables, que atiendan la idea de globalización y que rescaten en todo momento la prevalencia de los Derechos de los Individuos, garantías que se han mostrado ajenas a esta gran comunidad de seres humanos, quienes en busca de mejores condiciones de vida, simplemente encuentran una nueva forma de sufrimiento, pero ahora lejos de su hogar.

Lo anterior, ha motivado la intervención de algunos organismos internacionales, quienes preocupados por esta situación han puesto en consideración una serie de propuestas a tener en cuenta por parte de los Estados dentro de la formulación de sus política estatales en torno a la migración, así, la Comisión Asesora del Congreso de los Estados Unidos creada para examinar los factores que impulsaban la inmigración indocumentada hacia ese país desde otros puntos del hemisferio occidental, compuesta por miembros de los partidos demócrata y republicano, llamada “Comisión para el Estudio de la Migración Internacional y el Desarrollo Económico Cooperativo”⁴⁵, ha establecido que dichas propuestas podrían ser:

- Ampliación de programas de migraciones temporales según estudios de demanda;
- Establecimiento y ampliación de cuotas de trabajadores migrantes en sectores con demanda insatisfecha;
- Programas de retorno asistido concomitantemente con medidas de reintegración;
- Campañas de información sobre peligros, riesgos y desventajas de la migración ilegal en el país de origen;

⁴⁴ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 18 de agosto de 2000. Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Dominicana. Voto Concurrente del juez A.A. Cançado Trindade, n.3.

⁴⁵ CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS, Inmigración indocumentada a los Estados Unidos: El desarrollo económico como respuesta. Informe de la Comisión para el Estudio de la Migración Internacional y del Desarrollo Económico Cooperativo, Resumen Ejecutivo, Washington D.C. 1990.

- Diseño de campañas informativas sobre el impacto verdadero de las migraciones y ataque a los prejuicios y actitudes xenófobas;
- Controles reales de las condiciones laborales en las zonas francas de maquila situadas en zonas fronterizas;
- Realización de proyectos eficientes dirigidos a contribuir productivamente con la canalización de remesas del exterior;
- Cooperación en la lucha contra el tráfico de migrantes.

En el mismo documento se señala el hecho probado de como la salida de personas de sus propios países de origen causa una gran vulnerabilidad que se torna más violenta cuando el estatus jurídico de ilegalidad en el país receptor o de tránsito acompañan esta movilidad humana. Tratos crueles y degradantes, incluyendo acoso sexual en mujeres, niños y niñas son cotidianos para quienes deben huir forzosamente hacia el exterior, señala que *“esto agrava la difícil y traumática situación que causa su salida forzada: pérdida de su entorno cultural, social y religioso; de su familia y amigos; de la tierra, animales o empleo. Traslado del campo a la ciudad. Invisibilidad. Choque psicosocial con consecuencias de desintegración familiar, alcoholismo, deserción escolar, prostitución, drogas, desempleo, empobrecimiento: diferentes formas de abuso, desnutrición y problemas de aprendizaje en los niños; inseguridad. Violencia, injusticia y sufrimiento”*.⁴⁶

3.6 EFECTOS DE LA MIGRACION

Los efectos de la migración son innumerables y reflejan una gran variedad de matices, además, se encuentran determinados por las características de la sociedad en la que surgen. De otra parte, resulta imposible plantear una tendencia general que los califique como negativos o positivos, pues es necesario diferenciar previamente el status migratorio a que se refiere cada caso en particular, entendido desde un ámbito individual o colectivo. Así por ejemplo, al referirnos a una forma de migración legal, en cualquiera de sus expresiones, podremos inferir que sus efectos tal vez resultarían satisfactorios, pues desde el punto de vista económico, la productividad de los migrantes podría incrementar de alguna manera los índices de capital, dentro de una sociedad determinada. Sin embargo, al referirnos a una forma de migración ilegal, los resultados previstos estrían llamados a fracasar y en su lugar surgiría la pregunta frente a las medidas que ha de adoptar el país receptor y las garantías que dentro de este escenario le asisten al migrante.

Desde un nuevo ángulo, podemos determinar que dentro de todo proceso migratorio, cualquiera que éste sea, se experimenta una pérdida significativa del

⁴⁶ Zeledón Cristina y Pacheco Gilda, Mujeres Migrantes y Derechos Humanos. Necesidad de un reconocimiento específico.

capital humano, ya sea que se hable de mano de obra no calificada o de trabajadores que cuenten con algún tipo de especialidad, bien sea a nivel técnico o a nivel profesional, pérdida que ha de valorarse desde el punto de vista económico, reflejado en los gastos en los cuales incurrió el estado de origen en educación y salubridad para de una u otra manera forjar al tipo de trabajador o al tipo de profesional que se requieren y así incentivar a los demás ciudadanos en la construcción de una nación que cuente con el personal idóneo, para generar el progreso del mismo país.

Es posible entender entonces el traumatismo que genera en los estados el hecho de que sus ciudadanos en búsqueda de un mejor salario, emigren dejando a un lado la posibilidad de que su conocimiento y su mano de obra calificada contribuya dentro de los propios límites del país y al contrario enriquezca el nivel productivo del país receptor, sin embargo esta situación en algo se recompensa cuando se genera el famoso fenómeno del *transnacionalismo*, que se refiere a la capacidad de los migrantes de vincular a sus comunidades de origen con la de destino, a través del mantenimiento de relaciones sociales y la realización de proyectos y acciones que sólo pueden llevarse a cabo porque interactúan con ambas sociedades.

A su vez, el retorno de los emigrantes puede ejercer una influencia positiva, si el país de origen es capaz de ofrecer condiciones de entrada a un mercado laboral comprometedor para las aptitudes de quienes emigran y adquieren conocimientos de gran provecho y la experiencia laboral que en la mayoría de casos resulta innovadora para contribuir a incrementar el nivel productivo de su País.

3.6.1 Migración calificada y fuga de cerebros.

Pese a que este aspecto a recibido poca atención dentro de los efectos migratorios, las implicaciones que conlleva resultan significativas y alarmantes, pues desde cualquier perspectiva representa un factor adicional de desventaja para aquellos países que en su afán de desarrollo, despliegan una gran cantidad de esfuerzos con el fin de capacitar de manera técnica y profesional a sus propios ciudadanos, sin la mínima sospecha de que en el futuro se convertirán en migrantes, representando una pérdida invaluable y la imposibilidad de romper el largo abismo que los separa de aquellos países desarrollados. No obstante, la situación se torna mucho más injusta cuando se comprueba que son los países receptores, los que, aprovechando el ingreso de esta población calificada y las bondades de su estabilidad económica, disfrutan de las utilidades y la productividad y a muy bajos costos, pues en la mayoría de los casos, la remuneración que otorgan por el trabajo prestado, en nada atiende los parámetros de un salario justo.

Sumado a esto, los países de origen no disponen por lo común de estimaciones sobre la calidad y cantidad de esta pérdida de capital humano, en tanto que su

salida, temporal o definitiva, constituye una limitación para el impulso de programas de desarrollo. Una indicación de la importancia que ha adquirido este fenómeno se refleja en la información generada por algunas agencias de los países receptores. Así, por ejemplo, la *National Science Foundation* de los Estados Unidos estima que, en 2007, el volumen de personas que tenían diplomas en Ciencias e Ingenierías ascendía a 12.5 millones, de los cuales 1.5 millones eran personas nacidas en el exterior, residentes en ese país. La misma fuente de información muestra que cuanto más elevada es la calificación, más significativa es la presencia de extranjeros. Así, los profesionales mexicanos con diplomas en esas ciencias sumaban más de 35 mil, los cubanos cerca de 29 mil, los argentinos 11 mil, los peruanos, brasileños, panameños y venezolanos entre 8 y 9 mil, y los ecuatorianos y haitianos un total de 6 mil. En países como México, el flujo de migrantes calificados hacia Estados Unidos alcanza niveles tan significativos que por cada 17 personas con licenciatura o postgrado establecidos en México, hay uno más nacido en México residente en Estados Unidos⁴⁷.

En muchos casos, la emigración de personal calificado incluso genera vacíos en la estructura social y política de los estados, pues en la mayoría de casos aquellas personas logran estabilizarse completamente en el país receptor, y al tener mejores ingresos van generando una cultura que difunde el mensaje de emigrar, y es así como se perdió de manera total esa calificación que radicaba en esa persona y más aún, se genera el grave problema de que la migración se convierta en la solución para todo aquel que se encuentre en una mala situación económica reflejada en desempleo, o en una conciencia generalizada frente a una total deslegitimación de las entidades y políticas gubernamentales..

Es por eso que los Estados deben impulsar políticas públicas, dirigidas tanto a evitarla, como a estimular el retorno y la reintegración de quienes ya han emigrado.

3.6.2 Remesas

Uno de los beneficios más directos de la migración internacional para los países de origen son las remesas, pues sus magnitudes absolutas y relativas pueden alcanzar dimensiones muy significativas. La evidencia disponible indica que América Latina y El Caribe reciben en la actualidad más de 23 mil millones de dólares de sus migrantes establecidos sobre todo en Estados Unidos⁴⁸.

Este cuantioso flujo de recursos constituye una expresión de los estrechos vínculos que unen a las personas y a las familias en las comunidades de origen y destino de la migración. De este total, casi dos terceras partes se concentran en

⁴⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LA MIGRACIÓN,
<http://www.iom.int/jahia/Jahia/lang/es/pid/1>

⁴⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LA MIGRACIÓN – INFORME DE LA OIM PARA LAS MIGRACIONES EN EL MUNDO <http://www.iom.int/jahia/Jahia/lang/es/pid/1>

tan sólo cinco países: México (casi 10 mil millones de dólares), Brasil (2 600), El Salvador (1 972) República Dominicana (1 807) y Ecuador (1 400)⁴⁹.

Algunas previsiones estiman que Latinoamérica recibirá en los próximos diez años alrededor de 300 mil millones de dólares en remesas, de los cuales cerca de 80 por ciento podrían concentrarse en México, Centroamérica y el Caribe.

Como se puede advertir, este flujo funge como una verdadera inyección de recursos en algunas economías nacionales. Las remesas representan aproximadamente entre 1.5 y 2.0 por ciento del PIB mexicano, mientras que en algunos países esta proporción es mayor, como es el caso de Haití (20%), El Salvador (13%), Jamaica (13%) y Ecuador (10%)⁵⁰.

Su relevancia suele ser destacada mediante la comparación con algunos indicadores económicos, como los ingresos por turismo o las exportaciones petroleras y manufactureras, entre otros. Así, por ejemplo, México ocupa la primera posición en el continente Americano y el cuarto lugar a nivel mundial (después de India, Grecia e Israel) entre las naciones que reciben mayores transferencias netas de remesas familiares. En ese país, el monto de las remesas equivale a cuatro veces sus exportaciones agrícolas, supera sus ingresos por turismo y representa alrededor de dos terceras partes de sus exportaciones de petróleo.

Con frecuencia, una proporción significativa de las remesas que reciben los hogares de los migrantes ya tienen determinado su destino, representando un recurso económico fundamental para el sostenimiento familiar, sin embargo, en muchos casos, las remesas resultan insuficientes y variables debido a que la demanda de la mano de obra de los migrantes en los países de destino puede experimentar cambios bruscos, asimismo, se ha señalado que estos recursos contribuyen a transformar las principales tendencias frente al consumo en los hogares receptores, lo que puede dar por resultado fuertes presiones inflacionarias en los círculos de las economías receptoras, esto sin olvidar, que el consumo de bienes y servicios impulsado por las remesas también puede contribuir a estimular la actividad económica, sobre todo en los ámbitos local y regional.

Asimismo, las remesas que entran a engrosan el capital de los países de origen pueden ser una importante fuente económica para los empresarios locales y un medio para fomentar el desarrollo de las zonas de origen de la migración. Sin embargo, a esta realidad se contrapone el hecho de que en muchos casos, la

⁴⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LA MIGRACIÓN – INFORME DE LA OIM PARA LAS MIGRACIONES EN EL MUNDO <http://www.iom.int/jahia/Jahia/lang/es/pid/1>

⁵⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LA MIGRACIÓN – INFORME DE LA OIM PARA LAS MIGRACIONES EN EL MUNDO <http://www.iom.int/jahia/Jahia/lang/es/pid/1>

debilidad de las economías de los países receptores no está en condiciones de aprovechar el estímulo que ofrecen los recursos provenientes del exterior en la forma de remesas.

Pero al realizar un análisis de las mismas se puede concluir que las remesas tienen efectos visibles en el ingreso familiar y a menudo representan en los hogares que las reciben una proporción significativa de sus ingresos corrientes. Asimismo, este flujo de recursos contribuye a facilitar la compra de bienes de consumo en los hogares y tienen el potencial para favorecer el ahorro y la inversión en bienes productivos. Sin embargo, muchos de los hogares que las reciben son altamente vulnerables ante la posible interrupción del flujo de remesas, ya que con frecuencia es su única fuente de ingresos.

Así, la vinculación del migrante con su país de origen resultará constante, durante toda su permanencia en el país receptor, situación que obedece principalmente a la necesidad y dependencia que generan dichas remesas, ingresos que aunque en primera medida generalmente se destinan a sufragar los costos generados por el viaje y la estadía, posteriormente se convertirán en una fuente constante y hasta única de ingresos en favor de las familias que encuentran en ésta una forma de solución a sus problemas económicos. Pese a ello, no podemos olvidar la existencia de aquellos migrantes que fracasan en el intento en y que debido a su situación irregular por falta de dinero, deben destinar los ingresos percibidos a los tramites que le genera una deportación, mas aun cuando mediante medidas administrativas se lo priva de su libertad, en algunos estados también lo multan y le generan tipos de sanciones que acarrearán una disminución notable en lo que percibió por la realización de algún tipo de trabajo y lo que es peor representa para sus familias el envío de dinero para su regreso.

3.6.3 Pobreza y Migración

Resultaría absurdo negar que es el factor económico una de las fuentes primarias que motiva la migración, al punto de encontrar casos en los que profesionales o técnicos, expertos en determinada materia, se ven obligados a desempeñar oficios varios que se requieran en el país receptor, mas aun cuando en la actualidad países como Estados Unidos debido a la gran crisis económica que enfrenta recluta a migrantes para actividades de bajo perfil, reduciendo en un todo sus capacidades, pues es evidente que frente a la falta de oportunidades en su país originario, ellos son piezas que se acoplan al menos en su llegada al panorama que le ofrezca el país receptor sea o no garante de los derechos que le asisten a todo ser humano, independiente de su situación de nacional o de migrante.

3.6.4 Efectos de la migración en los países de destino

Por lo general, la inmigración genera beneficios económicos netos en los países donde las características de los trabajadores extranjeros son disímiles a las de los nacionales.

Por un lado, los inmigrantes aumentan la oferta de trabajo, hecho particularmente valorado en contextos de escasez de mano de obra, lo que permite la utilización productiva del capital que de otro modo permanecería inactivo, por, su incorporación al mercado de trabajo de la economía receptora contribuye a estimular la productividad de los trabajadores locales, ya que estos últimos pueden especializarse en la producción de bienes y servicios en los que son relativamente más eficientes.

3.6.5 El impacto fiscal de la inmigración

En un intento por dar respuesta a las interrogantes vinculadas con el costo fiscal de la inmigración, el National Research Council (NRC) de Estados Unidos llevó a cabo un estudio exhaustivo, el cual tiene la virtud de descansar en un modelo dinámico que, por su propia naturaleza y conforme transcurre el tiempo, “transforma” algunos costos fiscales (como es el de la educación) en inversiones que potencian las capacidades de los trabajadores y de sus hijos, así como las ganancias futuras de ellos y de la propia sociedad norteamericana.

Si se toman todos los niveles de gobierno combinados (federal, estatal y local), el estudio del NRC permite concluir que, bajo el escenario que sirve de referencia y también bajo la mayoría de los escenarios alternativos, los inmigrantes pagan más en impuestos de lo que reciben en servicios (alrededor de 80 mil dólares en el primer caso).

El impacto fiscal a nivel estatal y local es negativo (-25 mil dólares) y a nivel federal es positivo (+105 mil dólares). Sin embargo, mientras que el beneficio fiscal neto a nivel federal es compartido por toda la población de Estados Unidos, la carga fiscal en los planos estatal y local se reduce a lo aportado por población inmigrante.

Por ejemplo, las personas cuando inmigran a edades jóvenes pueden generar mayores beneficios fiscales netos que aquellos que lo hacen a edades adultas. Asimismo, los migrantes con niveles educativos reducidos reciben bajos salarios y, en consecuencia, pagan menos impuestos de los que ellos y sus familias reciben en prestaciones públicas. Sin embargo, la evaluación costo-beneficio de corto plazo es insuficiente para llevar a cabo una evaluación ponderada de su contribución a la sociedad receptora; de ahí la necesidad de poner atención no sólo a los niveles de inmigración (documentada e indocumentada), sino también en las cuestiones vinculadas con la distribución de los recursos federales y la equidad fiscal entre los diferentes ordenes de gobierno.

3.6.6 Integración

La integración de los inmigrantes con la comunidad receptora se refleja a partir de las leyes de migración y el cumplimiento de estándares que constituyen los estados con el fin de admitir a un no nacional dentro de su País.

Lamentablemente esta situación se ve afectada cuando son los mismos ciudadanos quienes se encargan de crear ambiente de intolerancia y xenofobia desplegada hacia los inmigrantes, situación que se refleja con gran frecuencia en el instante en que son admitidos en alguna actividad laboral, sumado a esto encontramos la inoperancia por parte de los gobiernos frente a la regularización de estas circunstancias, pues no hay que dejar de lado que si no existe alguna medida legislativa que ampara los derechos del migrante no se puede sancionar a aquellos que se convierten en infractores de la normatividad internacional.

Por otra parte se encuentra el derechos que le asiste al inmigrante de que sean respetadas sus costumbres y cultura, es por esto que en muchos casos la integración al parecer únicamente se da por parte del inmigrante pues es a el a quien le toca adaptarse a un sinnúmero de situaciones que se tornan extrañas a su personalidad, tales como el sentirse con menos privilegios que un nacional, el tener que aprender un nuevo idioma, el de recibir bajos salarios en comparación con un nativo y circunstancias similares que evidencian con gran fuerza la discriminación a la cual se encuentran expuestos.

CONCLUSIONES

1. El enfoque progresista de la Corte Interamericana de derechos humanos en el tema de la migración, inicia a partir de la opinión consultiva OC-18 de 2003, en donde se reconoce que toda persona que ostente la calidad de trabajador es decir que posea una remuneración por la labor desempeñada y este supeditado a un empleador, tiene derecho a que se reconozcan y garanticen sus derechos mínimos laborales independientemente del estatus migratorio que revista.
2. Dentro de la misma opinión la Corte es enfática en determinar, que el principio de igualdad y no discriminación en la actualidad posee el carácter de ius cogens, por tanto el estado responde internacionalmente cuando de manera directa genere algún tipo de discriminación injustificada o por la actuación de particulares que actúan bajo su aquiescencia, negligencia o seguimiento de políticas estatales.
3. La Corte en varios de sus pronunciamientos, genera un avance progresista en el campo de la libertad configurativa que le asisten a los Estados, por cuanto establece que las políticas que adopten los mismos, debe estar acordes con la obligación de garantía y respeto, pues esta es la única manera en que se materializa los derechos consagrados en la Convención, de ahí que cuando se trata el tema de migrantes los Estados deben ser cuidados en la adopción de sus medias reglamentarias de ingreso y en sus deportaciones ya que no estamos frente a una libertad legislativa autoritaria, sino garantista de los derechos humanos.
4. La Corte mediante algunos de sus fallos es progresista en materia de derechos de aquellos que estén privados de su libertad, pues determina que no es concebible hablar actualmente de condiciones inhumanas o arbitrarias de DETENCION, estas afirmaciones son aplicables de manera integral para el caso de los migrantes por cuanto se sigue considerando a la migración como un delito, que requiere detención intramural, en condiciones inadecuadas, cuando en realidad debe ser concebido como un fenómeno social que reclama protección.
5. Actualmente el entender que la migración es un fenómeno social, implica por parte de los diferentes gobiernos la obligación de prevenir y sancionar la actuación de terceros que generen cualquier tipo de discriminación en contra de la comunidad migrante, de igual manera le asiste la responsabilidad de considerar las circunstancias particulares de cada individuo que emigra, quien puede ser víctima de las condiciones discriminatorias que nacen desde su país de origen.

RECOMENDACIONES

Los Derechos Humanos, han de entenderse como aquellas herramientas legítimas con que cuenta toda persona, sin distinción alguna, para hacer exigible ante los estados, en todo tiempo y lugar, la protección efectiva y el respeto frente a su condición de seres humanos; dentro de este contexto se hace necesario entonces su reconocimiento en los ordenamientos internos y su respaldo en la normatividad internacional, en aras de ratificar el compromiso que existe por parte de todas las naciones del mundo para contribuir en la construcción del modelo progresista de protección de los Derechos Humanos, garantizando con esto el respeto de estas esferas propias del individuo dentro de la idea de una justicia real y efectiva.

La migración, considerada como un fenómeno social, reviste una gran complejidad, pues las personas que han adquirido esta condición, poseen de antemano un grado de indefensión evidente, que los hace susceptibles a ser víctimas de afectaciones masivas a sus derechos, circunstancia que no encuentra cabida dentro de un panorama que refiere en la actualidad una lucha constante por la promoción y garantía de los Derechos Humanos, negando cualquier forma de discriminación. Desde esta perspectiva, surge la obligación de los gobiernos de contemplar dentro de sus planes nacionales de desarrollo, políticas migratorias proporcionales, encaminadas inicialmente a reconocer que los migrantes son seres humanos y que por tanto requieren de medios y mecanismos efectivos para lograr su protección y en segundo lugar ratificar que son los Estados los llamados a garantizar dicha protección y de esta forma investigar, prevenir y sancionar todo tipo de atropello que pueda generarse en su contra.

Si bien es cierto los estados tienen la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas que consideren necesarias para reconocer los derechos consagrados en la Convención (Artículo 2), también lo es la prohibición de expedir leyes que desconozcan esos derechos u obstaculicen su ejercicio y la de suprimir o modificar las que tengan estos últimos alcances, siendo esta regulación la limitación a la libertad de configuración legislativa, pues con anterioridad se aceptaba una libertad absoluta en su reglamentación, desconociendo principios y derechos de internacionalmente reconocidos. Dentro del tema de la migración, esta situación se había convertido en la justificación precisa para configurar políticas migratorias sometidas a un serie de requisitos excesivos a fin de regular la condición de los migrantes o para justificar deportaciones que resultaban masivas y que iban en contravía de las disposiciones normativas que se han dispuesto en su favor, sin embargo era una potestad a todas luces legítima y que no admitía contradicción alguna en nombre de la soberanía de los estados. Es entonces cuando surge la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien a través de sus múltiples fallos

ha estructurado un andamiaje de protección a los Derechos Humanos que con sustento en el reconocimiento de principios universales y el respeto de aquellas esferas impenetrables del ser humano, ha logrado definir los límites que determinan los alcances de toda acción estatal, frente a la situación jurídica que revisten los migrante y las garantías que por este hecho les asisten.

En este sentido, los estados también están llamados a institucionalizar mecanismos de protección efectivos en favor de los migrantes, así, una medida adecuada estaría encaminada a capacitar a jueces, defensores, fiscales y demás agentes estatales frente al tratamiento jurídico que deben otorgar a estas personas, reiterando la existencia y aplicación de instrumentos internacionales que rigen la temática y que se orientan en todo momento a salvaguardar sus derechos, dichos mecanismos deben dirigirse además a la sociedad civil con el fin de educarla en el respeto de los derechos humanos todo con el propósito de evitar cualquier forma de discriminación en su contra.

Sumado a lo anterior, es necesario propender porque exista coordinación entre los estados receptores y originarios de migrantes y de esta manera generar un regreso asistido, con medidas proteccionistas de reintegro, que propicien condiciones dignas de subsistencia, evitando la configuración de fenómenos como la trata de personas o el tráfico ilegal de migrantes, cuyas consecuencias en la mayoría de los casos quedan sumergidas en la impunidad, gracias a la ausencia de regulación al respecto y la inoperancia de la labor de investigación y sanción por parte de los estados.

De igual forma los Estados están llamados a sancionar la actuación de aquellos empleadores que explotan laboralmente a los no nacionales, basados en su situación de ilegalidad, desconociendo su derecho de acceder a los beneficios mínimos que consagra todo tipo de relación laboral, situación que evidencia en los países receptores, la existencia de un reclutamiento masivo de inmigrantes y la violación masiva de sus derechos fundamentales.

Finalmente, resulta importante que los Estados actualicen sistemas de bases de datos y redes de información, en donde se consagren estadísticas reales acerca de los flujos migratorios, con ello se estaría dando cumplimiento al control e inspección por parte de los países, generando publicidad acerca de la importancia que reviste el fenómeno social de la migración, dentro de los lineamientos de un sistema capitalista y favoreciendo la configuración de mecanismos de protección efectivos en su favor, dentro de la noción de una migración organizada y legal.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR, Asdrual. DERECHOS HUMANOS Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO, Primera Edición, Caracas, 1997.

BENAVIDES LÓPEZ Jorge Enrique, NOCIONES DE DERECHOS HUMANOS Y DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, Medellín, Señal Editora, 2005.
BUERGENTHAL, Thomas, LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS AMÉRICAS, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Madrid, 1990.

CAMARGO Pedro Pablo, MANUAL DE DERECHOS HUMANOS, Bogotá D.C., Editorial Leyer, Tercera Edición, 2006.

COMPILACIÓN DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL, Oficina el Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Séptima Edición, 2007.

CORTÉS RODEO Francisco y Miguel Giusti, JUSTICIA GLOBAL, DERECHOS HUMANOS Y RESPONSABILIDAD, Bogotá D.C, Siglo del Hombre Editoriales, 2007.

ESCOBAR ROCA Guillermo, INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA JURÍDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS, Madrid España, Trama Editorial, 2005.

FAUNDEZ, Héctor, EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. ASPECTOS INSTITUCIONALES Y PROCESALES. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Segunda Edición, 1999.

HUERTAS DÍAZ Omar y otros, CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA, Bogotá D.C., Grupo Editorial Ibañez, 2005.

HUERTAS DÍAZ Omar y otros, EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y LAS GARANTÍAS JUDICIALES EN LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, Bogotá D.C., Grupo Editorial Ibañez, 2007.

HUERTAS DÍAZ Omar y otros, EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, Bogotá D.C, Grupo Editorial Ibañez, 2008.

HUERTAS DÍAZ Omar y otros, FORMACIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO – APROXIMACIONES PARA SU COMPRENSIÓN, Bogotá D.C, Grupo Editorial Ibañez, Segunda Edición, 2005.

MANUAL DE DERECHOS HUMANOS Y TRATA DE PERSONAS, Publicación que contó con el apoyo de la Organización Internacional para las Migraciones y de la Embajada Real de los Países Bajos en Colombia, Cuarta Edición, Bogotá 2005.

NIETO NAVIA Rafael, INTRODUCCIÓN AL SISTEMA INTERAMERICANO, Bogotá D.C., Editorial Temis, 1980.

ORTÍZ RIVAS Hernán, DERECHOS HUMANOS, Bogotá D.C., Grupo Editorial Ibañez, Cuarta Edición, 2007.

TRAVIESO Juan Antonio, DERECHOS HUMANOS. FUENTES E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1996.