

En las fronteras, migración y
derechos humanos en el nuevo
orden jurídico internacional
Lila Emilse García

INTRODUCCIÓN	9
PRIMERA PARTE. HERRAMIENTAS	
BÁSICAS PARA ABORDAR	
EL FENÓMENO	
1. El paradigma de los derechos humanos	13
2. La migración en la globalización	15
SEGUNDA PARTE. LOS DERECHOS DEL	
“DERECHO A TENER DERECHOS”	
1. Las pautas de interpretación “integradora”	19
2. Las “personas sujetas a su jurisdicción” y su gama de derechos	24
3. Otros aspectos relevantes	28
4. Esquema	32
TERCERA PARTE. PENSANDO LOS DERECHOS	
HUMANOS	33
BIBLIOGRAFÍA	36



En las fronteras, migración y derechos humanos en el nuevo orden jurídico internacional

Lila Emilse García

Su situación angustiante no resulta del hecho de no ser iguales ante la ley, sino de que no existen leyes para ellos

HANNAH ARENDT

Debemos aprender a convivir con la desproporción entre las preguntas inteligentes que somos capaces de formular y las respuestas plausibles que somos capaces de dar

ARNALDO MOMIGLIANO.

INTRODUCCIÓN*

El traspaso de las fronteras del propio Estado en calidad de migrante no es un hecho nuevo; ya desde el inicio de su existencia, el “homo erectus” tuvo que migrar para poder sobrevivir. Sin embargo, principalmente desde la evolución hacia el nuevo orden mundial posterior a 1989 (desde donde puede hablarse de un verdadero “fenómeno” migratorio) distintas son sus causas y por ello sus consecuencias, a raíz de lo cual las soluciones tradicionales no sirven para dar una respuesta eficaz al fenómeno.

En este orden de ideas, el presente ensayo tiene varios propósitos, respecto de los cuales las dos citas precedentes serán nuestras guías. La primera, en la sustancia. En efecto, la pregunta que motiva el presente trabajo gira alrededor de la noción del “derecho a tener derechos” (*right to have rights*) que formula HANNAH ARENDT: enfocamos la cuestión desde una actualización de tal concepto que permita comprender la problemática jurídica de la migración en su raíz y posteriormente definir cuáles son esos derechos a los que deben tener derecho, analizando si el estatus migratorio de la persona influye de alguna manera en tal definición.

Cuando ARENDT arriba al concepto de “derecho a tener derechos”, se refería a la particular situación que imperaba en la Europa posterior a la Primera Guerra Mundial, con respecto a grandes masas de población que al perder sus hogares, su ciudadanía y sus derechos se convierten en *displaced persons* en un contexto de inflación y desempleo, “expícitamente *superfluas* e incómodas en el plano mundial”¹. Apátridas, desplazados y refugiados pierden su nacionalidad y con ella el nexo tradicional entre el individuo y el derecho de gentes: “perder el *status civitas* significaba ser expulsado de la

* En la parte final del ensayo se adiciona el listado de las abreviaturas empleadas en el texto del mismo.

¹ Lafer (1994), p. 161.

humanidad”²; no ser nombrado ciudadano es “desaparecer del plano de la realidad”³. Como consecuencia, el problema no era que las leyes los discriminaran, sino que no había leyes para ellos: por ello, el “derecho a tener derechos” es, entonces, el primer derecho humano, un derecho a un orden jurídico determinado⁴.

Como lección de esta situación es que se conciben los derechos humanos como universales, independientes de la nacionalidad o la ciudadanía: todas las personas humanas, por el simple hecho de serlo, gozan de estos derechos⁵.

La segunda cita nos guiará en la forma y limitaciones de este trabajo. Veremos hasta donde son posibles los esfuerzos internacionales y si algunas zonas escapan a lo que denominamos “la lógica de lo razonable” en derechos humanos; pareciera que la universalidad de los derechos humanos se pretende omnipotente además de omnipresente, lo cual genera un descreimiento no sólo del sistema protector sino del concepto mismo. Esto, que también puede ser referido como *bastardeo* del término (o bien “vaciamiento conceptual”⁶ del mismo) será abordado previamente, para intentar clarificar qué entendemos por derechos humanos en el nuevo orden jurídico globalizado y delimitar sus propias fronteras.

En efecto, el fenómeno *globalizante* ha dado lugar a una nueva generación de *superfluos*. Como lo reconoce LAFER, “la coincidencia de la explosión demográfica con el descubrimiento de nuevas técnicas de automatización... pueden volver descartables a considerables segmentos de la población”⁷.

Si bien estos nuevos excluidos no han perdido su nacionalidad o ciudadanía *de hecho*, en la práctica las personas que han emigrado (principalmente si lo han hecho ilegal o irregularmente) tampoco se ven alcanzadas (pese a la característica de universalidad) por las normas de derechos humanos. Y no se trata solamente de un problema de discriminación (que estaría dentro de la “lógica de lo razonable” de los derechos humanos, pues podemos afirmar que todos los extranjeros la padecen en mayor o menor medida) sino también (en virtud de su misma condición irregular) de acceso al sistema judicial interno e internacional de protección. En este sentido, se reconoce que “las posibilidades del migrante de reclamar el goce y ejercicio de los derechos humanos al Estado, dependerán de las que tenga, a su vez, para asegurar su permanencia bajo la jurisdicción de aquel y esto

² Lafer (1994), p. 169.

³ Braylan (2004), p. 47.

⁴ Según Lafer, tal derecho significa “pertener, por el vínculo de la ciudadanía, a algún tipo de comunidad jurídicamente organizada y vivir en una estructura donde se es juzgado por acciones y opiniones, en virtud del principio de legalidad” (p. 176).

⁵ Otra postura menciona, sin embargo, que en realidad se buscó la protección de los derechos humanos para eliminar el uso indebido de la protección diplomática de los ciudadanos en el exterior (Preambulo de la Conferencia Interamericana sobre problemas de la Guerra y de la Paz, celebrada en México en 1945, citada por San Juan –2001).

⁶ Pratesi (2005).

⁷ Lafer (1994), p. 18.

es, precisamente, aquello que el extranjero no tiene asegurado ante la posibilidad de ser deportado y que, en definitiva, está subordinada en buena medida a la voluntad del Estado receptor⁸.

Aún más, se trata de un “estadio” previo, de un problema socio-cultural de preconceptos y prejuicios que inspira, justifica y transforma en ley los actos violatorios de los derechos humanos (o más bien, de todos los derechos) de estas personas. Como señala MARMORA, “el rechazo ha dado lugar al prejuicio como opinión o actitud, y a la discriminación y segregación como acción social”⁹; nos enfrentamos, entonces, una discriminación institucionalizada.

Con esto quiero decir que la situación es diametralmente distinta si la comparamos con otros grupos que detentan igual calificación de vulnerabilidad. Nadie discute que las mujeres, los niños, los ancianos, las personas discapacitadas e incluso los indígenas gocen de todos y cada uno de los derechos acordados en su condición de personas, amén de una protección reforzada; se trataría aquí de un problema de eficacia.

Sin embargo, en el caso de los migrantes el problema es más profundo: no hay una visión compartida de la sociedad civil ni de la política que sea concordante con la protección de sus derechos humanos tal como los conciben los instrumentos internacionales. Según lo explica BUSTAMANTE¹⁰, ocurre lo que Weber denominó *Gemeinden Sinn*, o sea, un sentido intersubjetivo compartido por los actores de una relación social, que en los términos entre nacionales y extranjeros se traduce en una relación asimétrica de poder, entendida y aceptada como valor por las partes de dicha relación social. Corregir tal situación, ¿escapa a la lógica de razonable en materia de derechos humanos o puede lograrse con las herramientas del mismo sistema?

Este problema de las personas que migran nos sitúa, entonces, antes dos problemáticas que rolan en los bordes de esta *lógica de lo razonable* en derechos humanos.

La primera, referida a los prolegómenos de los derechos humanos, tanto en un sentido histórico como legal. Las violaciones registradas en torno a los migrantes son, por decirlo de alguna manera, *rudimentarias*: nos retrotrae a situaciones anteriores en las cuales el menoscabo pasaba por legislaciones claramente violatorias; responden, en definitiva, a lo que GARCÍA RAMÍREZ define como “un patrón tradicional de violación de los derechos”¹¹. Así, en el marco de las “herramientas

⁸ San Juan (2004), p. 272.

⁹ Marmor (2001.1), p. 9.

¹⁰ Bustamante, J (2002).

¹¹ Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte IDH en el caso *Tibi c. Ecuador*, del 7 de septiembre de 2004, párrafo 7.

básicas" para abordar las respuestas plausibles que pueden dar los derechos humanos al fenómeno de la migración y el impacto de la migración en los derechos humanos (nuevos desafíos que le plantea) veremos que queda hoy del concepto de los derechos humanos, de su universalidad. Como afirma CAN?ADO TRINADE, "el actual paradigma de protección del individuo, *vis-a-vis* el poder público, corre el riesgo de tornarse insuficiente y anacrónico, por no contar con los medios para hacer frente a (tales) violaciones diversificadas"¹². Intentar una actualización de este paradigma para luego abordar su relación con el fenómeno de la migración será nuestra primera tarea.

La segunda se refiere al sentido *ínter subjetivo* en torno a los migrantes (diametralmente distinto a lo que se espera desde la lógica de los derechos humanos) nos sitúa frente a la segunda problemática: "no hay normas jurídicas eficaces sin los valores correspondientes a ellas subyacentes"¹³. Sin embargo (por razones de espacio y metodología), no nos referiremos a tales valores sino de una manera tangencial y en cuanto sea necesario para la comprensión jurídica.

En este análisis se intentará integrar, asimismo, dos perspectivas. Una, denominada *ex parte populis* (de los que están sometidos al poder), preeminente en el proceso de reconocimiento de los derechos humanos: se preocupa por la libertad y no por la gobernabilidad¹⁴. La perspectiva *ex parte principis* (la de los que tienen el poder y buscan conservarlo) tiene, en consecuencia, pocas enunciaciones, referidas normalmente a las restricciones de los derechos o a la suspensión de su ejercicio. Sin embargo, y pese a la creciente erosión del concepto de soberanía en un sentido tradicional, tomaremos argumentos como el de "proteger las fuentes de trabajo" para dar una visión integradora que permita delimitar hasta qué punto son razonables tales o cuales exigencias o bien mostrar sus inconsistencias y privarlas de sustento.

En suma, se tratará, en una primera parte, de analizar la cuestión desde su misma problemática teórica, repasando y obteniendo conclusiones propias sobre el impacto y consecuencias de la *globalización* en los Estados y en los individuos, a la vez que se busca en las mismas entrañas de los derechos humanos algunos elementos para rediseñar herramientas que permitan responder al fenómeno, teniendo en cuenta la proposición arendetiana mencionada¹⁵: cuál es el diagnóstico de los derechos humanos sobre el escenario de (parafraseando a SEPÚLVEDA y su noción de NOEI¹⁶) un Nuevo Orden Jurídico Internacional (NOJI). La primer pregunta que se intenta responder es, entonces, cuál es el diagnóstico de los derechos humanos y su universalidad frente al impacto de la globalización.

¹² Can?ado Trindade (2003), p. 81.

¹³ Can?ado Trindade (2003), p. 94.

¹⁴ Por ello desde Locke, estos derechos "fundamentales", "naturales" o finalmente "humanos" son una conquista política al servicio de los gobernados.

¹⁵ Sin embargo, nuestra propuesta es diametralmente distinta a la de ANSALDI (2001), quien sostiene que, siendo la ciudadanía el derecho a tener derechos, entre ellos se encuentran los humanos, entre otros.

¹⁶ Sepúlveda (1995).

En una segunda parte, tales conclusiones servirán de puente para identificar las zonas grises o conflictivas que atañen a ciertos derechos en particular o bien a su extensión y delimitación para los migrantes. Se afirma que gozan de todos los derechos sin discriminación pero su alta y alarmante ineffectividad puede ser buscada en el vacío en que se proyecta esta afirmación (que atañe a la problemática más general de los derechos humanos: son una indiscutible afirmación teórica ampliamente consensuada demasiado ineffectiva) y en la vacuidad de la misma dada por su imprecisión: difícilmente afirmariamos que aún en situación irregular, tienen derechos políticos o posibilidad de exigirle al Estado que los recibe el cumplimiento del derecho a trabajar. Para dotar de contenido esta afirmación, delineamos una gama de derechos que no quiere significar su jerarquización ni su categorización: simplemente es un abanico que muestra las zonas más firmes y aclara las discutibles, poniendo de manifiesto cuáles son los argumentos que provocan tal *discutibilidad* y su origen, teniendo en cuenta en tales definiciones el posible impacto del estatus migratorio. Para tal aclaración, se trabajará sobre ciertas pautas de interpretación “integradoras” (que se explicitan en el punto 1 de la segunda parte), provenientes principalmente de la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano.

En la conclusión, sintetizamos el nuevo marco de análisis propuesto y sus perspectivas, a la vez que plantamos puntos de partida a modo de respuesta a los interrogantes que desgranará el desarrollo del trabajo.

PRIMERA PARTE

HERRAMIENTAS BÁSICAS PARA ABORDAR EL FENÓMENO

1. El paradigma de los derechos humanos

Los derechos humanos nacieron universales (en doctrina) y luego se universalizaron (principalmente a través de la DU); persiguiéndose con ello varios propósitos. En su enunciación y bajo el influjo del iusnaturalismo, hacer depender su titularidad solamente de la naturaleza humana y su intrínseca dignidad los independizaba de la noción de ciudadanía y pertenencia a un orden jurídico determinado, constituyendo un orden internacional superior pero subsidiario que garantizara aquellos derechos reconocidos como humanos.

Sin embargo, la simple enunciación de universalidad de los derechos humanos se muestra ineffectiva para garantizar los derechos de ciertas personas, tales como los migrantes. La normativa de protección atinente a los derechos humanos sigue siendo insuficiente, “ante la falta de acuerdo en cuanto a las bases de una verdadera cooperación internacional referente a la protección de todos los desarraigados”¹⁷.

¹⁷ Cançado Trindade, ob. cit., p. 94.

Por otro lado, el uso indiscriminado del vocablo “derechos humanos” provoca, como ya adelantara en la Introducción, un “vaciamiento conceptual” del término: cuando todo es derechos humanos, nada lo es. Sin embargo, existe un consenso, cuanto menos teórico, sobre esta universalidad y sobre los derechos que son considerados “humanos”¹⁸.

¿Qué significa, hoy, hablar de “derechos” y “humanos”? Los derechos humanos constituyen una categoría especial de derechos, los que una persona posee por el simple hecho de que es un ser humano¹⁹, humanidad que detenta una dignidad intrínseca manifestada y realizable a través de estos derechos²⁰.

Las demandas de derechos humanos constituyen, en definitiva, el recurso final en el dominio de los derechos; no existe apelación a derechos más elevados; o bien, la apelación a los mismos en lugar de a los derechos humanos de los “niveles inferiores” atestigua por lo general la ausencia de derechos positivos ejecutables²¹. Es por ello que “los derechos humanos no sólo expresan aspiraciones, propuestas, pedidos o ideas encomiables, sino exigencias de cambio social basadas en derechos”²².

Sea que se los conciba como derechos subjetivos o como derechos naturales, lo cierto es que incluso desde el primer punto de vista debe reconocerse que llevan una *carga moral* (tal como lo reconoce HABERMAS²³). Desde un punto de vista práctico, esta noción que los distingue de los otros derechos permiten su independencia del ordenamiento jurídico (y de la noción de ciudadanía consecuente), amén de constituir un impedimento para cualquier eventual intento *legal* de derogarlos o retrotraer el grado de su reconocimiento.

¹⁸ Sobre dicho consenso y su valor, pueden consultarse la obra Bobbio (1992), Camps (1993), Guariglia (2001); sobre la “lista” de derechos humanos, Donelli (1989).

¹⁹ Si bien puede ser esta una definición tautológica (tal como lo reconoce BOBBIO, entre otros), evitamos adentrarnos en la discusión sobre la (necesidad o no de) fundamentar los derechos humanos. Por un acercamiento a las distintas posturas sobre el rechazo de tal fundamentación (Bobbio, Camps, Rabossi) o sobre la necesidad de la misma (iuspositivistas, iusnaturalistas y variantes morales -Fernández García, Nino, Donelli-) puede consultarse Mauricio BEUCHOT (“Filosofía y derechos humanos”, Siglo XXI, México, 1993, especialmente capítulos 1 y 2), o Eusebio FERNANDEZ GARCIA (“Teoría de la justicia y derechos humanos”, Debate, Madrid, 1984), entre muchos otros.

²⁰ Al respecto, dice GROS ESPIELL que “...la dignidad, contenido necesario e inherente de la personalidad humana, pertenece por igual a todos los seres humanos, sin que sea admisible ninguna forma de discriminación a su respecto”.

²¹ DONELLY (1989), pp. 28 y 29.

²² *Ibidem*, p. 31.

²³ Su concepto de derechos humanos es que se trata de una modalidad específica del concepto moderno de derechos subjetivos y por consiguiente, “... aquello que les confiere una pertenencia a los derechos morales no es su contenido, ni menos aún, su estructura, sino el sentido de su validez, que supera el orden jurídico de los Estados-Naciones” (*La paz perpetua*, 1996, p. 86).

Efectivamente, el concepto de derechos humanos estuvo ligado, históricamente, a la necesidad de sustraer ciertos derechos al arbitrio del poder público²⁴. En efecto, ha reconocido la Corte IDH que "...la protección de los derechos humanos 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". De esta manera, en la actualidad se utiliza la expresión "derechos humanos" para, por un lado, afirmar que se trata de normas (o bien valores) universales²⁵; por otro, para afirmar que todas las personas, en tanto seres humanos, gozan de ciertos derechos que ni la sociedad ni el Estado pueden negar²⁶.

2. *La migración en la globalización*

La migración no es un hecho nuevo. En particular, la migración por motivos laborales tiene sus inicios contemporáneos en los programas de "trabajadores huéspedes" que se instauran en Europa en los años de la recuperación posbélica²⁷. Sin embargo, nuevas son sus causas en el marco de un mundo *globalizado*: relacionadas con los derechos económicos y sociales o bien con la huida forzada de conflictos armados e incluso con cuestiones medio ambientales²⁸ (los llamados refugiados ecológicos), lo cierto es que de una población mundial de 6.300 millones de personas, se calcula que hay unos 175 millones de migrantes, incluidos más de 14 millones de refugiados, poco más de un millón de solicitantes de asilo. Hay también unos 25 millones de desplazados internos en todo el mundo²⁹.

La profundidad de sus causas y la magnitud de sus consecuencias convierten a la migración (principalmente por motivos laborales) en un verdadero fenómeno de estos tiempos; es un campo en donde la apuesta social y política es considerable. Los números son espectaculares: cerca de 11 millones de trabajadores inmigrados, en su mayoría sin especialización, irrumpieron en el mercado de trabajo norteamericano tan sólo durante los años ochenta³⁰.

²⁴ Corte IDH, La expresión leyes en el art. 30 de la CADH, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A nro. 6, párrafo 21.

²⁵ En particular referencia a las contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos: DONELLI (1989), CAMPS (1993), BOBBIO (1965/68).

²⁶ LABARDINI (2000), p. 548.

²⁷ Un claro racconto de la migración internacional por motivos laborales puede consultarse en el Informe de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, 1991, cap. I (apartado A, elaborado por Francisco De Alba).

²⁸ Como causas del aumento del flujo migratorio en los últimos años, se cuentan: las asimetrías entre las economías y los mercados laborales; los factores políticos y sociales; los desastres naturales; la degradación ecológica; el rápido crecimiento de la población; las barreras al comercio y a la inversión y los conflictos civiles (Yáñez Centeno, 2004, p. 17).

²⁹ Amnesty International, Informe 2004, p. 48.

³⁰ Cohen (1998), p. 65.

La *globalización* (“una pieza de un rompecabezas más grande denominado <<Tercera Revolución Industrial>>³¹”) o *globalizaciones*³² marca un ritmo de dobles discursos que tirona y envuelve el fenómeno de la migración: las fronteras políticas se desvanecen pero regulaciones cada vez más estrictas en materia migratoria son adoptadas por los mismos Estados que defienden tal desdibujamiento³³: se abren las fronteras a la libre circulación de los bienes y capitales pero no necesariamente de los seres humanos.

La rapidez con que los capitales de inversión entran y salen de determinadas regiones ha contribuido, junto con otros factores, a algunas de las más grandes crisis financieras, generando movimientos poblacionales en medio de un fuerte sentimiento de inseguridad humana³⁴. En este sentido, no podemos decir que los movimientos migratorios se refieran a un traslado motivado por la búsqueda de una “mejora en la calidad de vida”, sino más bien por la búsqueda de esa calidad, la búsqueda de vida alguna que se asemeje a los parámetros de dignidad: migrar para sobrevivir, como al principio de la historia. La situación es más cruel que en el pasado: si en los años setenta la experiencia del profesor BUSTAMANTE ya era profundamente devastadora³⁵, nada indica que puede haber mejorado con el tiempo, sino precisamente todo lo contrario.

2.1. El panorama en América y el caso de México

En América Latina, la migración fronteriza y las migraciones transhemisféricas son un fenómeno generalizado tanto por causas comunes (gente que busca oportunidades económicas y seguridad política) como determinadas (desde el huracán Mitch en Nicaragua y los temblores en El Salvador hasta la última crisis económica argentina, de diciembre de 2001).

El debate en torno a ellas tiene, entonces, especial importancia para los países de nuestra región. Nadie cuestiona la existencia de un derecho a emigrar, como

³¹ Cohen (1998), p. 68.

³² Hay consenso en torno a que no hay una sino varias globalizaciones. Kaplan (2002), Carbonell (2003), Flores (2003), entre otros.

³³ Véase mi ensayo *About Human Rights ^ navel: turning on themselves to face the world* (2005), aún inédito.

³⁴ ACNUR, citado por Cancado Trindade (1997), p. 73.

³⁵ Para su doctorado en Sociología en la Universidad de Notre Dame (Estados Unidos), el Dr. Bustamante llevó a cabo, en el marco de su investigación sobre la migración de México a los Estados Unidos, lo que se denomina “observación participante”: se hizo pasar por un “espalda mojada” y siguió toda la ruta que hace un mexicano pobre que migra desde que cruza el río Bravo, hasta que lo detuvo la policía. Esta observación de primera mano y sus conclusiones, en una historia risueña y profundamente triste, puede leerse en *Cruzar la línea* (1997), pp. 58-104.

corolario del derecho a la libertad de movimiento; pero los Estados aún no aceptaron un derecho a inmigrar y a permanecer donde uno se encuentre³⁶.

Sólo para mencionar los movimientos modernos, Venezuela tiene un constante flujo de refugiados como consecuencia del largo conflicto interno que enfrenta Colombia desde el siglo pasado; en los '90, Argentina conoció una importante afluencia de bolivianos y paraguayos. Es la paupérrima situación económica y social que nos convierte en emisores de población tanto como (para países como México, Venezuela y Argentina) receptores de aquellos que están en peores condiciones.

Mención aparte merece el caso de México, país que cuenta con gran cantidad de nacionales en el exterior, principalmente en los Estados Unidos de América, a la vez que enfrenta sus propios problemas internos hacia el sur.

En relación con su frontera norte, ha solicitado dos opiniones consultivas ante la Corte IDH, amén de haber llevado numerosos casos ante la CIDH. Tan sólo en un período de cinco meses durante el 2002, dicho país ha tenido que intervenir, a través de sus representaciones consulares, en alrededor de 383 casos en defensa de los derechos humanos de trabajadores migrantes³⁷. Esta numerosidad produjo sus categorías propias: en los centros de detención, se distinguen los "extranjeros" (que se alojan en lugares rotulados para *Others than mexican*) de los mexicanos, a los cuales llaman "espaldas mojadas". El establecimiento del Programa Paisano (1989)³⁸ y del grupo Beta estaban orientados a combatir, respectivamente, la violencia de algunos agentes de la autoridad y de particulares contra trabajadores migratorios³⁹. La media de mexicanos deportados por Baja California asciende a 2.500 personas por día.

Por otro lado, enfrenta sus propios desafíos en la frontera sur, a causa de la afluencia de trabajadores guatemaltecos, hondureños, etc. (usualmente de paso en su camino hacia Estados Unidos) y del movimiento hacia las ciudades de su propia población indígena⁴⁰. Tan sólo en la frontera sur mexicana, la media de centroamericanos detenidos y deportados es de 200 por día⁴¹.

³⁶ Corte IDH, Caso de los haitianos y dominicanos de origen haitiano, medidas provisionales en Resolución del 18 de agosto de 2000, voto razonado Juez Cancado Trindade, párrafo 8.

³⁷ OC-18/03 (Observación escrita del Estado de México, párrafo 47, página 12).

³⁸ Constituido como "reacción ante una serie de inconformidades expresadas por nuestros connacionales en el extranjero, fundamentalmente en los E.U.A., que al regresar a México cada año eran objetos de abusos y extorsiones por parte de algunas autoridades" (González Martín, 2000, p. 12).

³⁹ Comisión Nacional de Derechos Humanos (1991) p. 9.

⁴⁰ La migración de indígenas y mestizos en México es hoy, se reconoce, uno de los fenómenos nacionales más importantes y determinantes de la vida social y cultural del país, originado en un fenómeno económico, sociodemográfico y político (reformas económicas, principalmente rurales, altos índices de desempleo crónico, presión poblacional, etc.). Fuente: Preciado Coronado (2004), Alonso Matías (2004), entre otros.

⁴¹ Yáñez Centeno (2004).

2.2. Actualidad del problema

En este panorama, hay tres hechos objetivos. Uno, que pese a todas las políticas “restrictivas”, los procedimientos judiciales y administrativos denigrantes, una suma de acciones que constituyen una afrenta a la dignidad humana y en definitiva, pese al riesgo de perder la propia vida (recuérdense tan sólo los numerosos casos de balseros cubanos o haitianos), lo cierto es que estas personas (objetos de la *globalización*) seguirán cruzando las fronteras⁴², y si nada revierte sus causas pronto serán más: desniveles de población y riqueza causan corrientes migratorias masivas, “imparables con leyes y guardias fronterizos ya que obedecen a una ley casi física de vasos comunicantes”⁴³.

Dos, que existe una discriminación institucionalizada por parte de los países *globalizantes* hacia los migrantes (provenientes de los países *globalizados*) que recrudece en proporción directamente proporcional al flujo de personas y al detrimento de su calidad de vida, ya sea bajo el pretexto de moda (combatir el terrorismo) o reflotando siempre vigentes argumentos (“aumento del desempleo”, “ocupación de las camas en los hospitales”, “extranjerización del delito”). Ser *nacional del Sur* es un estigma.

Tres, que estos *nacionales del Sur* se ven expulsados de un aparato estatal (con toda la protección que debería significar la ciudadanía) que no les garantiza condiciones dignas de existencia para ser devorados por un orden (o desorden) económico que los necesita pero cuyo orden jurídico, social y cultural los repele. La lógica del mercado, no de los Estados Nacionales y menos aún, de los derechos humanos.

Ante esto, cobra suma actualidad el planteo de ARENDT sobre las *displaced persons* y el análisis de LAFER sobre la *superfluidad* de estas personas, leitmotivs de este trabajo. Frente a esta problemática se erigen los derechos humanos, intrínsecamente universales justamente para responder a situaciones como éstas; derechos que por su misma *ratio* sólo tratan de paliar una situación objetiva, sin que ello signifique alentar la entrada (legal o ilegal) de extranjeros en un determinado país.

2.3. Delimitación del problema

En el universo de personas en movimiento (apátridas, refugiados, desplazados, inmigrantes en general, extranjeros, etc.) hay dos áreas sensibles identificadas.

⁴² “Según confesiones de un funcionario migratorio, el 80% de los pasajeros de todos los aviones que llegan de México a Tijuana, en dos horas ya han emigrado “al otro lado”. De éstos, solo un 30% es capturado y devuelto... hasta el próximo intento” (citado por TACCETTI, 1997, p. 117).

⁴³ VALLS (2003), p. 145).

La primera, derivada de la “simple” extranjería: se repele, excluye, discrimina al extranjero en cuanto extraño. Esto tiene muchas explicaciones antropológicas y sociológicas que exceden los límites y pretensiones de este trabajo y será objeto de otra investigación.

El segundo problema deriva de la situación irregular⁴⁴ en que se encuentran la mayoría de los migrantes; no sólo son susceptibles de discriminación en tanto extraños, sino que ellos mismos se excluyen, en particular del ordenamiento jurídico, principalmente por temor a ser deportados. ¿Cómo pueden garantizarse a dichas personas sus derechos humanos cuando en muchos casos rehuyen de tal garantía por temor a todo lo que se relacione –o crean relacionado– con el gobierno?

Situados dentro del contexto dentro del cual pretendemos dar una respuesta, la segunda parte del ensayo condensa nuestra propuesta: dotar de contenido a la afirmación de que todas las personas, por el solo hecho de encontrarse bajo jurisdicción de un Estado, debe gozar sin discriminación de todos los derechos contenidos ya sea en la Convención como en la Declaración Americanas. ¿Admite excepciones? ¿Cómo puede ayudar el proveer este contenido? A priori, para sentar lineamientos claros que permitan evacuar las dudas que suscita la aplicación de tales derechos, y su garantía de efectividad con respecto a los migrantes, (a) en particular los indocumentados o ilegales de conformidad con el ordenamiento interno; (b) tanto en el ámbito interno como en el internacional; (c) ya sea para los Estados que son parte en la Convención Americana como para los miembros de la OEA (a través de la Declaración Americana). Esto servirá, además, para evaluar el grado de cumplimiento de los Estados: a causa de la oscuridad y la asimilación con otros problemas modernos (el terrorismo, por ejemplo), la situación de los migrantes no está debidamente contemplada.

SEGUNDA PARTE

LOS DERECHOS DEL “DERECHO A TENER DERECHOS”

1. *Las pautas de interpretación “integradora”.*

Las pautas de interpretación integradora que esbozamos en este apartado consisten, simplemente, en una sistematización de la jurisprudencia de los órganos de los distintos sistemas de protección existentes (principalmente interamericano), con más las pautas que podemos obtener del derecho internacional troncal (contenidas en el art. 38 del Estatuto de la CIJ y en la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados).

⁴⁴ En honor de la brevedad, utilizaremos la terminología empleada por la Corte IDH en su Opinión Consultiva nro. 18/03.

Si bien todos ellos tienen como eje la Convención Americana (por un lado, porque tomamos en cuenta que la Corte IDH sólo puede expedirse contenciosamente respecto de casos en que se aleguen violaciones a la Convención, aunque puede interpretar otros instrumentos⁴⁵; por otro lado, porque recogemos la preocupación de BOBBIO en el sentido de que lo principal es la preocupación por la efectividad de los derechos humanos⁴⁶, efectividad que en el plano internacional puede lograrse subsidiariamente a través de un caso tramitado ante los órganos del sistema) las pautas que se proponen son igualmente aplicables para los derechos contenidos en las Declaraciones Universal y Americana.

De esta manera, la interpretación se integra según las siguientes distinciones:

1. La Convención y otros tratados internacionales (hayan sido concebidos dentro del ámbito americano o fuera de él, sea que protejan derechos humanos directamente como otros referidos a otras materias).
2. La Convención y otros instrumentos tales como la Declaración Universal o la Americana.
3. La Convención y el contexto actual (incluyendo la jurisprudencia).
4. La Convención y el derecho interno.
5. Otras reglas de interpretación ya consagradas (tales como el principio del efecto útil, el principio *pro homine*, etc.) cuyo desarrollo omitimos por ser suficientemente conocidas.

1.1. Otros instrumentos internacionales

i. La Convención y otros tratados. De conformidad con lo dispuesto en la OC-1/82⁴⁷ y en el art. 29 inc. B segunda parte⁴⁸ de la CA, concluimos que entre los tratados que puedan servir para interpretar la CA (recordando que no es posible para la Corte IDH aplicar otros tratados distintos a la Convención⁴⁹) incluimos no sólo aquellos que conciernen específicamente a la protección de los derechos humanos (tanto en el ámbito regional como en el universal) sino también otros que si bien están referidos a otras materias, pueden contener disposiciones aplicables a los derechos humanos (tal como quedó sentado en la Opinión Consultiva OC-16/99⁵⁰). En consecuencia, puede decirse que los órganos del sistema

⁴⁵ Corte IDH, caso *Las Palmeras*, sentencia de Excepciones Preliminares del 4 de febrero de 2000. En dicha oportunidad, la Corte IDH distinguió las facultades de interpretación y aplicación de otros tratados distintos a la Convención Americana, estableciendo que sólo puede aplicar la Convención para determinar la existencia de una violación de derechos consagrados en ella pero con respecto a otros tratados, está facultada para interpretarlos.

⁴⁶ Bobbio (1992), si bien la conferencia a que nos referimos es de 1965.

⁴⁷ Corte IDH, *Otros tratados objeto de la función consultiva de la Corte* (art. 64 Convención Americana, Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982).

⁴⁸ El art. 29 establece que "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de...b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con...otra convención en que sea parte uno de dichos Estados".

⁴⁹ Corte IDH, caso *Las Palmeras*, sentencia de Excepciones Preliminares del 4 de febrero de 2000. En dicha oportunidad, la Corte IDH distinguió las facultades de interpretación y aplicación de otros tratados distintos a la Convención Americana, estableciendo que solo puede aplicar la Convención para determinar la existencia de una violación de derechos consagrados en ella pero con respecto a otros tratados, está facultada para interpretarlos.

⁵⁰ Corte IDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debid Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16. En la misma, se interpretó el art. 36 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares.

interamericano son hábiles para interpretar los derechos consagrados en la Convención Americana a la luz de otros instrumentos internacionales, tales como las disposiciones de la CM.

ii. La Convención y las declaraciones. Las Declaraciones Universal y Americana pueden ser utilizadas en un doble sentido. Primero, como una fuente autónoma de obligaciones. Segundo, como herramientas de interpretación.

En cuanto a su vinculación jurídica, a nivel internacional debemos tener en cuenta que en virtud de la práctica seguida por los Estados (art. 38 del Estatuto de la CIJ), el contenido de la DU ha devenido obligatorio⁵¹. Por otro lado, los órganos del sistema interamericano se han expedido sobre el valor vinculante de la DA en particular. En 1989, la Corte IDH estableció que, para los Estados miembros de la misma, la Declaración constituye una *fuente de obligaciones internacionales* en tanto define los derechos humanos a que se refiere la Carta constitutiva de la OEA⁵².

Por otro lado, la CIDH también se ha referido en sus informes al estatus jurídico de la DA. En el Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú del año 2000⁵³, por ejemplo, recordó que “la Declaración Americana tiene plenos efectos jurídicos y es de *cumplimiento obligatorio* para todos los Estados Miembros de la OEA” (énfasis agregado).

Asimismo, la referida Comisión ha admitido y tratado ciertos casos en los cuales, luego de aclarar la relación existente entre las disposiciones de la Convención y de la Declaración americanas, declaró la violación de algún derecho contenido en esta última. En el Informe n° 67/99⁵⁴ la Comisión estableció que una vez que la Convención Americana entró en vigor en el Estado de que se trate, ésta y no la Declaración se convirtió en fuente primaria de obligaciones de derecho aplicable por la comisión, “siempre que la petición se refiera a la presunta violación de derechos idénticos en ambos instrumentos y no se trate de una situación de violación continua” (párrafo 31, énfasis agregado).⁵⁵

⁵¹ Para la Argentina en particular y otros países que han incorporado estas declaraciones en sus constituciones, es parte del derecho interno. Para la Argentina, por su incorporación en 1994 con jerarquía constitucional y según la misma Carta Magna lo dispone, los derechos, deberes y garantías enunciados en ella forman parte de los derechos y garantías constitucionales (art. 75 inc. 22) cuya tutela judicial puede procurarse por medio de la acción de amparo (art. 43, ambos de la Constitución Argentina).

⁵² Corte I.D.H., *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10. , párrafo 45 (énfasis agregado).

⁵³ CIDH; OEA/Ser.L/V/11.106. Doc. 59 año 2000. Capítulo VI, párrafo 5.

⁵⁴ CIDH, “*Perrone y Preckel v. Argentina*”, caso 11.738, 4/5/1999.

⁵⁵ Esta postura fue avalada posteriormente en el Informe 3/01 (CIDH, caso 11.670 “*Amilcar Menéndez v. Argentina*”, párrafo 41), al admitirse un caso en el cual los derechos que los peticionantes alegaban menoscabados por el Estado argentino -el derecho a la salud y al bienestar (artículo XI) y a la seguridad social en relación con el deber de trabajar y de aportar a la seguridad social, todos ellos contemplados en la Declaración-, *no se encontraban protegidos de manera específica por la Convención*.

De este modo, no puede dudarse del carácter vinculante de los derechos incluidos en la Declaración Americana: la imposibilidad de llevar a conocimiento de la Corte IDH violaciones que no se refieran a los derechos contenidos en la Convención Americana no se traduce en una eximición de la obligación de cumplir tales derechos.

Como herramienta de interpretación, los derechos contenidos en tales declaraciones pueden ser empleados para fijar el alcance de otros derechos contenidos en la Convención. Como ella misma afirma, ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana y otros actos internacionales de la misma naturaleza (art. 29 inc. D). Desde esta tesis, la “Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven”⁵⁶ puede brindar ciertas pautas para identificar la gama de derechos y proveer a la interpretación de los mismos.

1.2. El contexto actual

Entendemos el contexto actual como pauta de interpretación, afirmada desde la CV (art. 31), en dos sentidos. En la órbita de los derechos humanos, esta pauta ha sido recogida por la Corte IDH en sus últimas opiniones consultivas. En efecto, desde la OC nro. 16/99 se reconoció que al dar interpretación a un tratado, no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste sino también el sistema dentro del cual se inscribe, recalando que dicha orientación es particularmente importante para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: “tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte [...] como la Corte Europea [...], han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”⁵⁷. Esta interpretación ha sido reafirmada en los casos “Villagrán Morales”⁵⁸, “Comunidad Sumo Awas Tingi”⁵⁹ (entre muchos otros) y en la Opinión Consultiva nro. OC-18/03, y en tanto línea jurisprudencial del sistema regional de protección debe ser tenida en consideración también por los tribunales internos de los Estados parte en la CA e incluso en virtud de la DA.

Consecuentemente, considerando que los derechos humanos son además de exigibles, progresivos y expansivos⁶⁰ y tomando en cuenta estas pautas, es dable

⁵⁶ Resolución de la Asamblea General nro. 40/144 del 13 de diciembre de 1985.

⁵⁷ Corte IDH, OC-16/99, párrafo 114.

⁵⁸ Corte IDH, *Villagrán Morales y Otros c. Guatemala*, Sentencia del 19 de Noviembre de 1999, Corte I.D.H. (Ser. C) No. 63 (1999).

⁵⁹ Corte IDH, *Comunidad Awas Tingi c. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001.

⁶⁰ “Caracteres estos que imponen una actitud interpretativa consecuente y por ende, la necesidad de considerar en cada caso no sólo el sentido y alcances de las propias normas interpretadas, en su sentido literal, sino también su potencialidad de crecimiento, a mi juicio convertida en

colegir que la problemática del fenómeno migratorio no sólo no puede ser excluida sino que debe ser incorporada como imperativo del contexto actual.

Por otro lado, este contexto incluye la jurisprudencia de otros organismos, tales como el CDH, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o de la Organización Internacional del Trabajo, todos los cuales se han referido a la situación de los migrantes, de los extranjeros en general o establecieron ciertas pautas que pueden ser útiles para nuestro análisis y pueden ser integradas, vía interpretación, por la Corte IDH (al aplicar la Convención) o por la CIDH (ante el examen de casos en que se alegue violación de algún derecho consagrado tanto en la Convención como en la Declaración Americanas).

1.3. El derecho interno

El panorama del derecho interno puede ser más amplio o restrictivo.

El art. 29 de la CA dispone que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de “b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes...”. Si es restrictivo, ello constituye una violación de la Convención: sabemos que los Estados no pueden invocar disposiciones de derecho interno para incumplir las obligaciones contraídas en virtud de un tratado (art. 27 CV).

Si es más amplio (aunque sumamente raro en lo que atañe al fenómeno migratorio), no sólo no pueden menoscabar la mayor amplitud con que están previstos en la Convención, sino que tienen la obligación de adoptar medidas (legislativas, judiciales, administrativas y de cualquier otra índole, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional) para garantizar efectivamente los derechos que no estuvieran ya garantizados por disposiciones legislativas o de cualquier otra índole (art. 2 CA). ¿Cuál es el alcance real de las disposiciones citadas? Si los Estados partes en la CA cumplen las obligaciones generales impuestas por los arts. 1 y 2 de la misma mediante la adopción de aquéllas medidas, estas disposiciones (en tanto representan la medida de cumplimiento de tales obligaciones) son hechos que demuestran el grado de efectividad del derecho en cuestión. En consecuencia, y dado que los derechos humanos se caracterizan por su progresividad, la mayor extensión (pues una menor entrañaría incumplimiento de la CA) con que un derecho está reconocido en el ámbito interno fija el alcance del mismo en el plano internacional con respecto al Estado de que se trate. Ninguna otra interpretación es posible si, además, tenemos en cuenta el principio de

derecho legislado por los art.s 2 y 26 CADH, entre otros instrumentos internacionales” (Voto Separado Dr. Piza Escalante, Corte IDH, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica...Opinión Consultiva nro. OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A nro. 4, párrafos 3-5).

indivisibilidad de los derechos humanos enfocado desde la relación entre el plano interno y el plano internacional.

Como consecuencia, cualquier progreso en materia migratoria constituye un piso de inderogabilidad exigible en el ámbito internacional y regional.

2. *Las "personas sujetas a su jurisdicción" y su gama de derechos*

Se afirma que los derechos humanos se garantizan a toda persona. Respecto de los Estados, tal garantía debe proveerse por el simple hecho de que estén bajo su jurisdicción. Sin embargo, la cuestión no es tan simple: ¿que diferencias podrían marcar la "simple" extranjería (con respecto a los nacionales) y el estatus migratorio? No cabe duda, entonces, que uno de los parámetros a definir se refiere a las personas bajo jurisdicción del Estado de que se trate.

Desde una óptica *ex principiis*, puede argumentarse que esos "habitantes sometidos a su jurisdicción" (art. 1 de los principales instrumentos de Derechos Humanos) son "indeseados" y hasta repelidos lícitamente de la trinidad Gobierno-Población-Territorio: este es básicamente el argumento norteamericano. La CIDH ha contestado que "pese a que los tribunales nacionales consideren que los <<extranjeros excluibles>> nunca ingresaron al territorio de USA para efectos de la legislación interna, ello no puede servir de justificación para incumplir la obligación de garantizar los derechos establecidos en la Declaración Americana, incluso para tales "extranjeros excluibles", si se hallan bajo jurisdicción del Estado⁶¹.

En el otro extremo, una interpretación en el sentido corriente de las palabras (conforme a la Convención de Viena) no debería distinguir en la voluntad del Estado (expresada a través de su política migratoria) de tener tales o cuales personas bajo su jurisdicción; en consecuencia, todas (y esto solo puede significar absolutamente todas sin distinción en virtud del status migratorio) deben tener todos los derechos que las leyes les acuerdan a todas las personas, sean nacionales, extranjeros, indocumentados o no.

La primera peca por excesivamente restringida (y absolutamente contraria a la téisis de la protección de los derechos humanos de la persona) y la segunda por amplia, en el sentido de arrasar la soberanía del Estado en pos de la persona; aunque independizados de la ciudadanía, lo cierto es que para garantizar el cumplimiento de los derechos humanos es necesario vincularlos a la estructura estatal. En este esquema, sin embargo, adelantamos nuestra posición en el sentido de considerar que la protección debe situarse, a través de diversas medidas internas y pautas interpretativas, más cerca de la postura amplia (*pro homine*): las distinciones posibles (recordando aquí la diferenciación establecida por la Corte IDH entre "distinción" y "discriminación"⁶²) están sujetas a un examen muy riguroso, de conformidad con los principios de razonabilidad, proporcionalidad y adecuación⁶³, amén de objetividad⁶⁴.

¿Qué nos dice al respecto el art. 1.1. de la CA? Cuando se reconoce y garantiza el goce y ejercicio a toda persona sujeta a la jurisdicción del Estado de que se trate

⁶¹ CIDH, Informe 51/01, Caso 9903.

⁶² OC-4 y 18.

⁶³ Voto separado del Dr. Piza Escalante en la Opinión Consultiva OC-4/84, emitida el 19/1/84.

⁶⁴ Corte IDH, OC-18/03, párrafo 119.

“sin discriminación” por razones de, por ejemplo, origen nacional, ello significaría que autoriza la posibilidad de supeditar dicho goce a distinciones (que no sean discriminatorias). Sin embargo, creemos que esta interpretación no sólo sujetaría toda la tétesis del sistema de protección a una llave dada por las leyes (internas) migratorias (sobre cuya razonabilidad y demás criterios habría que juzgar en cada caso), sino que volvería superfluas las restricciones que se prevén para cada derecho en particular, amén del parámetro general previsto en el art. 30 del mismo instrumento.

Es el momento de aclarar que la prohibición de discriminación y el parámetro de la igualdad constituyen las instancias “normales” o usuales desde donde se aborda la problemática. Para simplificar la relación entre uno y otro concepto, diremos que la primera constituye una formulación negativa del concepto de igualdad; la prohibición de discriminación sería una especie del principio general “igualdad”⁶⁵. En consecuencia, y para dar una visión novedosa en el análisis, nos centraremos en la igualdad en tanto se formula como derecho.

Por las dudas expuestas, creemos que el art. 1 no constituye la primera barrera que deben cruzar los migrantes (especialmente ilegales) para acceder al goce de los derechos consagrados en los artículos posteriores; con esto queremos decir que cuando analizamos las leyes migratorias a la luz de una justificación que las convierta en simples distinciones, tal análisis de ninguna manera puede hacerse a nivel del art. 1, sino en cada derecho en particular (aunque hay una serie de derechos que deben ser puestos fuera de toda duda y evaluación –podemos afirmar que ese examen se ha hecho a priori y ninguna razón puede servir para justificar una distinción con respecto a ellos–) y hecho esto, para cada persona en particular.

Seguidamente, entonces, se intentará identificar un abanico de derechos en los cuales los niveles extremos son suficientemente definibles; ello no es un intento de restringir los derechos humanos de que deben gozar los migrantes sino por el contrario, pretende mostrar cuán clara debería ser la cuestión con relación a algunos derechos y clarificar algunas las zonas (política, legal o prejuiciosamente) grises.

2.1. Derechos “irresistibles”⁶⁶

En el extremo de “total reconocimiento” (Grado 1), no hay dudas acerca de que ciertos derechos humanos son innegables por no admitir suspensión en su ejercicio bajo ningún aspecto, innegables para los extranjeros (y para toda otra persona); mayoritariamente son, además, del dominio del *ius cogens*⁶⁷. Tales derechos son

⁶⁵ Belgrano (2001).

⁶⁶ Esta denominación ha sido tomada de Bobbio (1992).

⁶⁷ En este sentido, la Corte IDH ha afirmado, por ejemplo, que la prohibición de tortura en todas sus formas es absoluta, completa e inderogable: forma parte del dominio del *ius cogens* (Corte IDH, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párrafo 112; Caso Maritza Urrutia. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 92).

conocidos como el “núcleo duro” de los derechos humanos, definido, precisamente, en las cláusulas de suspensión (art. 4 PIDCyP; art. 27 CA), de cuya conjugación surgen: el derecho a la vida, la prohibición de tortura y la protección de la integridad personal, la prohibición de esclavitud, de la prisión por deudas, el principio de legalidad y de retroactividad, el reconocimiento de su personalidad jurídica, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, derechos del niño, protección de la familia y derechos a una nacionalidad. Por las OC-8/87⁶⁸ y 9/87⁶⁹ se incluyen, además, la protección judicial y las debidas garantías para tales derechos.

Con respecto a este punto, y por los mismos argumentos, es forzoso concluir que la protección judicial acordada en el art. 25 de la Convención no es susceptible de suspensión con respecto a todos los derechos: la posibilidad de acceso judicial (art. 25 CA) es inherente a un Estado democrático de derecho; por otro lado, es necesario controlar que la suspensión del ejercicio de los derechos se haya hecho conforme a derecho (tanto interno como proveniente de la Convención).

Asimismo, incluimos el derecho a la igualdad; aunque no mencionado explícitamente dentro del núcleo duro, la Corte IDH lo ha reconocido como del dominio del *ius cogens*, junto con la igual protección ante la ley y no discriminación⁷⁰; tal esencialidad está destacada, asimismo, en la Convención sobre los Migrantes (art. 7).

Que quede claro: las violaciones a estos derechos (respecto de los cuales no hay status migratorio o nacionalidad argüible) se enmarcarían, entonces, dentro de un “patrón tradicional”. Tampoco es posible que una ley migratoria pueda justificar de alguna manera siquiera una restricción a estos derechos.

2.2. Derechos de ciudadanía

En el otro lado opuesto de este espectro, no habría duda respecto a que los derechos políticos sólo están reservados para los ciudadanos; ello surge de la misma literalidad del art. 23 de la CA (y artículos análogos en otros instrumentos) y la exclusión, por ejemplo, del derecho a votar, es absolutamente defendible⁷¹ (aunque una nueva interpretación a la luz de la CM, según veremos, influirá en tal exclusión). De esta manera, incluimos en este grado el derecho a participar en los asuntos públicos, a elegir y ser elegido en elecciones periódicas, de acceder a las funciones públicas del propio país.

⁶⁸ Corte I.D.H., *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8.

⁶⁹ Corte I.D.H., *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

⁷⁰ Corte IDH, OC-18/03, párrafo 101.

⁷¹ Rosenfeld (2003), p. 86.

2.3. Derechos *indiferentes*

En el camino hacia uno y otro extremo, encontramos los restantes derechos, cuyo ejercicio es susceptible de suspensión (medida excepcional) o restricción (medida normal). ¿Influye en su restricción la circunstancia de ser nacional del Estado, o el estatus migratorio (legalidad o ilegalidad)? Un análisis de la CM y el contexto actual (según las pautas de interpretación fijadas) nos permite hacer una distinción.

Cerca del grado 1 situamos aquellos derechos restringibles o de ejercicio suspendible en los cuales ni la extranjería ni el estatus migratorio tienen, por sí solos, incidencia alguna. Su goce y su restricción, en consecuencia, tiene lugar **en la misma medida que los nacionales**⁷². Consideramos importante esta explicitación a raíz de ciertas legislaciones y prácticas internas con respecto a los derechos de este grado: la libertad de expresión (art. 13 CM), prohibición de injerencias arbitrarias en la vida privada (art. 14), derecho de propiedad (art. 15).

Aquí el parámetro para el análisis es la discriminación y la razonabilidad de las leyes que reglamentan tal ejercicio. Sin embargo, es necesario recalcar que las leyes de migración no pueden adoptar bajo ningún concepto el estatus migratorio como la sola justificación para restringir (o suspender el ejercicio de) estos derechos: debe referirse al orden público, la seguridad nacional o los derechos de los demás (entre otras restricciones que se enumeran) sin que tales conceptos puedan ser llenados por la simple ostentación de un estatus migratorio (y no vemos razón para no incluir a la extranjería en general).

2.4. Derechos *influidos*

En el centro del abanico y del cuestionamiento se encuentran, por un lado, los derechos económicos, sociales y culturales como *quid* de la cuestión.

No debiera haber tal *quid* desde la lógica del sistema pues los términos en que están concebidos son claros y referidos a todas las personas sin más miramientos. No obstante, el derecho al trabajo (el cual supone condiciones justas, equitativas y satisfactorias), a la libertad sindical (reglamentable por ley), a la seguridad social, a la salud, a la alimentación, a la educación, a un medio ambiente sano, protección de la ancianidad y minusvalía, son puestos en tela de juicio por otros elementos: los perjuicios y la concepción del rol del Estado-nación en un contexto en el cual la nacionalidad y la ciudadanía no debería tener nada que ver (desde una perspectiva *ex parte populis*); sin embargo, desde una perspectiva *ex parte principis*, se argumenta, entre otras cosas, escasez de recursos.

La CM proporciona una invaluable guía al respecto, estableciendo que los siguientes deben gozarse *en la misma medida que los nacionales*: el derecho a

⁷² Por razones de espacio se ha omitido explicitar el proceso por el cual se llegó a esta afirmación. Sin embargo, puede ser rastreado en la Convención sobre los migrantes y en las restricciones habilitadas para cada derecho.

una remuneración (art. 25) pero no al trabajo, a participar en los sindicatos y asociaciones afines, y a afiliarse a las mismas pero no a fundarlas (art. 26), a la seguridad social (art. 27), a la atención médica urgente (art. 28) pero no a la salud. Estos derechos serán de Grado 2 y 3: se gozan en las mismas condiciones que los nacionales, pero algunas derivaciones de los mismos tienen algunas restricciones adicionales derivadas del estatus migratorio (ausentes en el grado 2).

Restan entonces, supeditados a la situación regular del migrante y, en general, a las políticas del Estado cuyo parámetro de razonabilidad sea *solamente* la calidad de extranjero o documentado, el ejercicio (o más bien, la exigibilidad) de los siguientes derechos: al trabajo, a la circulación y residencia en el territorio, a establecer sindicatos, a la educación, a la vivienda, a los servicios sociales y a la salud. *Y ninguno más*: recordemos que la interpretación siempre debe ser a favor de la persona.

3. Otros aspectos relevantes

3.1. Derechos conexos: la destrucción de documentos, relaciones laborales, familia y transferencia de dinero

La destrucción de documentos de identidad se halla entre los derechos irresistibles para los migrantes por su íntima relación con el reconocimiento de la personalidad jurídica. Tal interpretación puede ser derivada del art. 21 de la CM. Otro tanto ocurre con la prohibición de prisión por deudas (aclarándose que está prohibida la expulsión o denegación de residencia por el incumplimiento de un contrato laboral, art. 20) y la información sobre sus derechos (art. 33). Si bien esta última puede entenderse subsumida en el derecho a la libertad de expresión (y restringible en la misma medida que los ciudadanos), por su íntima relación con las garantías judiciales y la problemática de los migrantes en general, consideramos que debe reconocerse como “irresistible”.

Todos los derechos derivados de una situación laboral deben reconocerse con independencia de la condición migratoria. No se ve fundamento *a priori* para reservar el derecho a fundar sindicatos a los trabajadores migrantes regulares mientras que el derecho a participar es ostentado por todos en igualdad de condiciones: esta distinción luce discriminatoria.

¿Qué ocurre con el derecho a la familia y a transferir remesas de dinero? De la lectura de lo anterior y su confrontación con la CM, resulta que la protección de la familia obra entre los derechos reservados a los trabajadores en situación regular (parte IV, art. 44); igual suerte corren otros derechos familiares (art. 45) y el derecho a transferir remesas de dinero (art. 47). Sin embargo, creemos que la inderogabilidad establecida para el ejercicio de la protección de la familia

(establecida en el art. 27 de la CA) no puede ser totalmente dejada de lado por la CM. En cuanto al derecho a transferir sumas de dinero, creemos que, por su conexidad con el derecho de propiedad y con la protección de la familia (teniendo en cuenta el contexto en que el fenómeno se desarrolla, notamos que normalmente la familia depende de las remesas de dinero del familiar que ha emigrado), una limitación a priori establecería una distinción no razonable entre nacionales y extranjeros (documentados o no) y, en consecuencia, sería discriminatoria. En consecuencia, este último se ubica, por lo menos, en los derechos de segundo grado.

3.2. La libertad personal

¿La detención de un extranjero debe admitir las mismas condiciones que de un nacional, o la condición de nacional o extranjero y dentro de esto último, el estatus migratorio pueden servir de base para un tratamiento distinto sin que sea discriminatorio? La respuesta a la primera pregunta es sí. Veamos entonces donde nos sitúa la condición de legalidad o ilegalidad (determinada por el ordenamiento interno).

El artículo 16 de la CM, por su ubicación metodológica, reconoce el derecho a la libertad personal con independencia del estatus migratorio, con la sola sujeción a lo que dispongan las leyes. Estas leyes a que se refiere el artículo, ¿son las leyes en materia de inmigración? La pregunta surge porque si la respuesta es afirmativa, estaríamos ante una cuestión circular: si la CM los afirma con independencia del estatus migratorio con la sola sujeción a las leyes internas, tales leyes no podrían ser las que se refieran a ese estatus.

La respuesta pasa por advertir que el art. 17 (privación de la libertad), se refiere específicamente a la detención por violación de las leyes de migración, mientras que el art. 16 es más amplio. Cuando el art. 16 se refiere a "ley" entendemos que en tanto se trate de supuestos distintos a la violación de las leyes de migración, deben tener el mismo trato que los nacionales, lo que en definitiva termina situando la cuestión dentro del segundo grado de derechos indiferentes puesto que dichos nacionales nunca podrán violarlas.

En los casos de violación a las leyes migratorias, el planteo viene dado por el hecho de que la deportación es la sanción generalmente asociada a la violación del derecho interno en materia migratoria y la detención (o su eufemístico término "aseguramiento"⁷³), el medio para lograr su efectividad; el problema, que se trata a la persona infractora de estas leyes administrativas como un criminal. Entendemos aquí que el análisis debe centrarse, entonces, en las características

⁷³ Según afirma Imaz Lira (2004), la Ley General de Población mexicana criminaliza a los migrantes indocumentados. En la detención y aseguramiento de las personas indocumentadas participan miembros de instituciones que no tienen competencia en asuntos migratorios.

de la ley de migraciones que autorice tal detención (autoridad que la realice, proceso seguido en consecuencia, etc): el simple hecho de ser un migrante ilegal no puede extenderse al resto de los órdenes legales⁷⁴.

En suma, este es el razonamiento que avala la afirmación de que el derecho a la libertad y a la protección contra la privación de la libertad debe garantizarse a toda persona bajo jurisdicción de un Estado sin discriminación. Las clasificaciones jurídicas según el estatus migratorio no pueden crear ficciones como la de los "extranjeros excluibles"⁷⁵: el derecho interno, sabemos, no puede alegarse para incumplir disposiciones de un tratado (art. 27 CV).

3.3. Las debidas garantías y las condiciones de detención

No es posible afirmar otra cosa distinta a que los migrantes tienen iguales derechos que los nacionales de un Estado ante los tribunales y cortes de justicia (art. 18 CM). Es más: según la caracterización que hicimos de los derechos "irresistibles", no es posible ninguna restricción ni suspensión en su ejercicio por ninguna ley de migraciones (ni por ninguna otra medida). La única diferencia que opera es a favor de los migrantes (pues en este caso se reconoce que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 8 de la CA, "otras garantías" pueden ser necesarias): se refiere a las especiales garantías derivadas del art. 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, reconocidas por la Corte IDH en la OC-16/99 y mencionadas en la CM en el inciso (o sección) 7 del art. 16 y en el art. 18.

En cuanto a las condiciones de detención, no puede haber duda acerca de que son también "irresistibles", dada su intrínseca relación con el derecho a la integridad personal.⁷⁶

3.4. La expulsión de extranjeros

La expulsión de extranjeros fue un mecanismo que comúnmente integraba los aparatos represivos de los gobiernos latinoamericanos. Atacaremos la cuestión (referida tanto a la expulsión masiva como a la falta de un procedimiento legal) desde diferentes flancos: la jurisprudencia de los "principales sistemas jurídicos del mundo", del sistema interamericano, su integración con el principio de "no

⁷⁴ Valga aclarar que este análisis debe hacerse en todos los derechos que hemos graduado como *influidos* (en los de primer y segundo grado, una ley que distingiera según el estatus migratorio no cumple con el primer requisito de ser razonable y es, por tanto, discriminatoria).

⁷⁵ Relatoría sobre Derechos de los Migrantes, Tercer Informe, 2001, parr. 77.

⁷⁶ Sin embargo, si bien esta afirmación es sencilla en el plano teórico, tanto el CDH como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ("TEDH") han resuelto cuestiones en las cuales tales condiciones y su relación con la integridad personal y la prohibición de torturas se contraponían con los intereses de los Estados en materia de persecución de infractores penales. A ellas nos referiremos en el apartado siguiente.

devolución" (propio del derecho internacional de los refugiados) y su aplicación por la CDH y el TEDH para los ciertos casos de extradición.

El Tribunal Constitucional Español e incluso la Corte Suprema de los Estados Unidos de América se han pronunciado respecto al aspecto fundamental que reviste la audiencia del extranjero sometido a la medida de expulsión "para la salvaguardia de valores relevantes y sobretodo para comprobar si el extranjero tuvo la oportunidad de exponer sus razones a favor o en contra de la expulsión".⁷⁷ Este criterio ha sido reiterado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, al indicar que "la deportación implica una pérdida de la libertad, y que por lo tanto se debe garantizar el derecho al debido proceso antes de ejecutar tal medida."⁷⁸

En armonía con lo expuesto, la CIDH ofrece ciertas directrices específicas entorno a los procesos de deportación, los que "independientemente de que se trate de migrantes documentados o indocumentados, deben ofrecer recursos efectivos que permitan a la persona que va a ser deportada solicitar que se protejan sus derechos."

La CM reconoce en su art. 22 pautas acordes a esta jurisprudencia, con importantes aclaraciones: entre ellas, que la expulsión no menoscaba de ninguna manera los derechos adquiridos por el trabajador migratorio de conformidad con las leyes nacionales (generales, iguales para todos los habitantes de ese Estado).

Por último, es ineludible destacar la importancia del principio del *non refoulement*, del dominio del *jus cogens*, que en la actualidad ha adquirido una nueva dimensión tanto *"ratione personae* como *ratione materiae* [...] en beneficio además de los refugiados, de los extranjeros en general y, en última instancia, a todo y cualquier individuo, en casos de extradición, expulsión, deportación o devolución, hacia un estado en que pueda estar en riesgo de ser sometido a tortura o trato cruel, inhumano o degradante (la dimensión preventiva)".⁷⁹

Esta interpretación ha sido iniciada por el TEDH en el conocido caso "Soering c. Gran Bretaña"⁸⁰. En tal caso, se privilegió la prohibición de torturas por sobre la extradición de un delincuente, ya que se entendió que si se entrega conscientemente un fugitivo a otro país existiendo serios motivos que hagan suponer que existe el peligro de ser torturado... la obligación implícita de no extraditar se extiende a los casos en que el fugitivo corre el

⁷⁷ Tribunal Constitucional de España, STC 242/1994, FJ6. En: RUBIO LLORENTE, Francisco. Derechos fundamentales y principios constitucionales: (Doctrina jurisprudencial). Barcelona: Ariel, S.A., 1995. págs.192 y 193.

⁷⁸ CORTE SUPREMA de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos: Chew v. Colding, 344 U.S. 590, 1953; y, Sung v. McGrath, 339 U.S. 33, 1950.

⁷⁹ Can?ado Trindade (2003).

⁸⁰ TEDH, Caso número 1/1989/161/217 del 7 de julio de 1989.

riesgo de sufrir, en el Estado de destino, penas o tratos inhumanos o degradantes proscriptos por el art. 3 (el Convenio Europeo)⁸¹. Otro parámetro que se toma en cuenta, según el Comité contra la Tortura, es el cuadro de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos⁸². El Derecho Internacional de los Refugiados es más amplio, y aplica tal principio para los casos en que temores fundados de persecución.

¿Podemos incluir dentro de estos tratos degradantes las violentas condiciones de vida indigna que padecen la mayor parte de las personas que forman parte de los flujos migratorios? Si no podemos aún erigirlo como integrante del derecho a la vida (que en consecuencia debería garantizarse con independencia de las leyes migratorias), debe por lo menos servir para garantizar un procedimiento judicial que evalúe cada caso en particular y como pauta de interpretación para el ordenamiento interno e internacional.

4. Esquema

Para quien haya deseado omitir todo el desarrollo anterior (o desee un resumen esquemático del mismo), puede encontrar los derechos referidos condensados en este cuadro. Los números entre paréntesis corresponden a derechos previstos en la Convención sobre los Migrantes que sirven para precisar algunos aspectos con respecto a los migrantes.

Denominación	Irresistibles	Indiferentes	Influidos	De Ciudadanía
Ubicación en el abanico	Primer grado	Segundo grado	Tercer grado	Cuarto grado
Posibilidad de restricciones	Ninguna	En la misma medida que los nacionales	Depende del estatus migratorio	Reservados para ciudadanos
Derechos que comprende	a la vida, la prohibición de tortura y la protección de la integridad personal, la prohibición de esclavitud, de la prisión por deudas (20), el principio de legalidad y de retroactividad, el reconocimiento de su personalidad jurídica (21), la libertad de pensamiento, conciencia y religión, derechos del niño (29 a 30 más todas las "medidas de protección" derivadas de otros derechos), protección de la familia (44.1), derecho a una nacionalidad, a la igualdad, a la protección judicial, con más las debidas garantías (23, 33) para tales derechos.	libertad de expresión, prohibición de injerencias arbitrarias, derecho de propiedad (47), a una remuneración, a participar y afiliarse en los sindicatos y asociaciones afines, a la seguridad social y a la atención médica urgente, además de todos los demás derechos derivados de una relación laboral (incluido fundar sindicatos).	al trabajo, a la salud, a la circulación y residencia en el territorio del estado de que se trate (38, 39), a la educación (43), a la vivienda, a los servicios sociales, algunos derechos políticos (41).	Derechos políticos: participar en la dirección de los asuntos públicos, elegir y ser elegido en elecciones periódicas, acceso a las funciones públicas del país.

⁸¹ Caso citado, párrafo 88.

⁸² Comité de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Comunicaciones 41/1996, párrafo 9.2; 43/1996, párrafo 10, entre otras.

El desarrollo de esta parte y el cuadro que lo resume intenta imprimir contenido a la afirmación de que todos los migrantes, en tanto personas, deben gozar de todos sus derechos humanos y, en consecuencia, los Estados tienen el deber de garantizarles tales derechos, independientemente de su condición de extranjeros o de su estatus migratorio. Esto, que no es más que reiterar que los Estados no pueden invocar su derecho interno para incumplir un tratado (principio del derecho internacional público receptado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados), significa, en materia de derechos humanos, que los Estados tienen además la obligación de remover todos los obstáculos que impidan el goce pleno y efectivo de estos y otros derechos: uno de estos obstáculos deriva de la “discriminación institucionalizada” a que hemos hecho referencia, sustentada por el “imaginario migratorio”.

Los Estados que no son parte en la Convención Americana también se ven vinculados por estos derechos y sus interpretaciones; recuérdese que la Declaración Americana constituye la fuente de obligaciones primarias (en cuanto define los derechos a que se refiere la Carta de la OEA) para todos los Estados.

Como puede verse, los derechos cuya exigibilidad depende de la condición de regularidad del migrante son los menos. Para reforzar este esquema, agregamos que todos los derechos derivados de una relación laboral deben ser reconocidos y son pasibles de ser exigidos judicialmente: ello no es más que reconocer jurídicamente una determinada situación jurídica. Y esta interpretación puede incluso ser extendida a los derechos “incididos”: teniendo en cuenta que las migraciones actuales en el continente responden tristemente a la supervivencia, debería avanzarse hacia una interpretación que, teniendo en cuenta las obligaciones *erga omnes* que acompañan a los derechos humanos, privilegien al individuo por sobre las políticas estatales, pudiéndose recurrir, para el caso de real escasez de recursos, a la cooperación internacional.

TERCERA PARTE

PENSANDO LOS DERECHOS HUMANOS

A modo de conclusión

Los problemas que circundan el fenómeno migratorio y las personas en él inmersas son de la más variada índole: la falta del valor subyacente a la norma jurídica (no hay una visión compartida de la sociedad acorde a la protección de los derechos humanos), decanta en una discriminación institucionalizada. La discriminación es, por tanto, el parámetro normal de abordaje del problema pues la sufren los extranjeros en menor o mayor medida. Sin embargo, en el caso de los migrantes indocumentados, a ello se suma el problema de acceso al sistema de protección.

El problema ha sido sintetizado como sigue: las posibilidades del migrante de reclamar el goce y ejercicio de los derechos humanos al Estado, dependerán de las que tenga, a su vez, para asegurar su permanencia bajo la jurisdicción de aquel y esto es, precisamente, aquello que el extranjero no tiene asegurado ante la posibilidad de ser deportado pues en definitiva, se halla subordinada en buena medida a la voluntad del Estado receptor⁸³.

Por ello, se erige como uno de los derechos fundamentales, la prohibición de expulsión sin un proceso judicial individualizado; y la obligación del Estado de dar a conocer los derechos de que goza el migrante (art. 33 CM). En este sentido ha señalado el CDH que es muy importante que los individuos sepan cuáles son sus derechos en virtud del Pacto y que todas las autoridades administrativas y judiciales conozcan las obligaciones que ha asumido el Estado en virtud del Pacto⁸⁴.

Además convergen otros factores: la misma problemática que enfrentan los derechos humanos (universalidad insuficiente, descreimiento de su efectividad, necesidad de actualización del paradigma) y la *globalización* (o *mundialización*) que trasvase a uno y otro, “tironeando” en y dentro de los derechos humanos y la migración, volviendo a esta última un hecho imparable y en ascenso, y los primeros en un punto consensuado sin retorno.

Todavía nos quedan ganas y espacio para desvirtuar algunos argumentos. En cuanto al derecho a trabajar y el argumento de “proteger las fuentes de trabajo”, la CIDH destaca, por ejemplo, que el impacto de la migración sobre el empleo y la regulación del mercado de trabajo es exiguo⁸⁵. En cuanto a las diferencias “razonables” para excluir a los extranjeros del acceso a ciertos puestos de trabajo, la Corte Suprema de Canadá, estableció, por caso, que la preferencia dada a los ciudadanos canadienses en los concursos para empleos en el servicio público federal discrimina por motivo de ciudadanía⁸⁶.

En cuanto al derecho a la salud y a la seguridad social, no hay evidencias sobre la incidencia de la migración, pero algunos estudios la concluyen positiva. Se explica que los migrantes son contribuyentes netos: personas jóvenes, normalmente sin familiares⁸⁷; según JOEL GARREAU, el sistema de seguridad social de los Estados Unidos está subsidiado por la inmigración ilegal⁸⁸.

⁸³ San Juan (2004), p. 272.

⁸⁴ ONU, CDH, Observación general nro. 3, *Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos a nivel nacional*, 29 de julio de 1981, CCPR/c/13, párrafos 1 y 2.

⁸⁵ CIDH, Relatoría, Informe 2001, párr. 84. En los párrafos 86 a 94 la Relatoría examina las causas de este impacto leve, obteniendo conclusiones positivas.

⁸⁶ Caso *Lavoie v. Canada*, citado en las observaciones escritas presentadas por Canadá en la OC-18/03.

⁸⁷ CIDH, Relatoría, Informe 2001, párr. 96.

⁸⁸ Un investigador que entrevistó a 793 indocumentados detenidos por el Servicio de Inmigración y Naturalización descubrió que en un 77% de los casos, sus recibos de salarios incluían una

¿Qué se trató de construir? Partiendo de la formulación de ciertas pautas de interpretación “integradora” (por la cual se validó el procedimiento por el cual luego fijamos el alcance de ciertos derechos según la jurisprudencia de otros órganos internacionales, el contexto actual, otros instrumentos y opiniones consultivas, no sólo para los trabajadores migrantes), se graduaron los derechos según su relación con las leyes migratorias y el estatus que éstas otorgan al migrante, de modo de dotar de contenido a la usada afirmación de “deben gozar de todos los derechos sin discriminación”, aclarar los derechos en discusión y establecer pautas que sirvan a la interpretación de las políticas de los Estados miembros de la OEA.

Sin embargo, quedan pendiente algunos puntos de análisis: en profundidad, la relación entre “no discriminación” e “igualdad” para los migrantes, desde el punto de partida propuesto, que desubica el análisis del art. 1 de la CA; un examen de las prácticas y leyes internas (que bajo este panorama nunca dejaría de asombrarnos su inconformidad con el DIDH) y las consecuencias de la aplicación extensiva del principio de “no devolución”. Asimismo, deben enfocarse otros grupos vulnerables dentro de la vulnerabilidad del migrante: una doble vulnerabilidad del movimiento trasnacional de mujeres (que ha dado en llamarse “feminización de la migración”) y de la enorme cantidad de niños que migran solos.

Como propuesta, deberían analizarse las prácticas internas de cada Estado a la luz de las pautas y graduación de derechos propuestas. Proponemos, por otro lado, la formación de Comisiones (ojalá dentro de la órbita gubernamental de los distintos países, pero cuya independencia de actuación debería garantizarse) que examinen la legislación y la práctica en materia migratoria, con el asesoramiento de expertos que presenten un primer diagnóstico preliminar de los puntos en los cuales debería prestarse mayor atención.

Es necesario, en este orden de ideas, instalar el debate desde una nueva perspectiva: no ya desde la simple afirmación, altamente reiterada, de que deben gozar de todos y cada uno de los derechos, sino desde la atención a las restricciones que imponen los Estados (en materia laboral incluyendo la preferencia laboral, en el ejercicio profesional, en análisis o requisitos ridículas o sin sentido para regularizar la situación, etc.) y un derecho que, englobando las necesidades de los migrantes (especialmente trabajadores, especialmente ilegales), puede designarse como un derecho a que se reconozca (jurídica, socialmente, etc.) una situación de hecho.

deducción del aporte de seguridad social, como en el caso de cualquier otro trabajador... Lo cierto es que los ilegales pagan tanto los aportes de la seguridad social como el impuesto a las ventas, y usan relativamente poco estos servicios. Como temen a la deportación, evitan todo contacto con oficinas del gobierno (citado por Tacceti, 1996, p. 91).

Para finalizar, contestamos el interrogante sobre los límites de la *lógica de lo razonable* de los derechos humanos con un sí: todavía es posible, desde la óptica propuesta, lograr un cambio desde el paradigma actual de los derechos humanos. La pregunta inicial sobre los límites no pretendía ser ociosa; parafraseando a CAMPS, no es mejorable el sistema de los derechos humanos sino desde la conciencia de sus limitaciones. Sin embargo, surge obvio que es necesaria la adopción de medidas de otro carácter, principalmente culturales, para atacar el problema de fondo.

Los derechos humanos son todo y por ello se vuelven nada: como hemos afirmado, cuando todo es derechos humanos, nada lo es. Servirán para erradicar el hambre y superar la pobreza; para combatir el terrorismo y borrar los fundamentalismos, para garantizar la paz y la democracia a la vez que ambas cosas (en una relación compleja tal como la del huevo y la gallina) son condiciones para su vigencia: son omnipotentes en su formulación e impotentes en su aplicación.

Pese a todo, hay una inmensa necesidad de creer en ellos. Loables esfuerzos alrededor del mundo bregan por expandirlos, dotarlos de significado, volverlos reales y finalmente aplicarlos; serán, en la esperanza compartida con GALEANO, la herramienta para “superar la crisis universal de la fe en la capacidad humana de cambiar la historia”. Quizás, como él mismo afirma, el capitalismo comienza a asustarse de sus propios actos, o bien la amenaza proviene de su propio seno⁸⁹. Frente a ellos los derechos humanos, y un todo por construir.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV. (2001), Serie *Grandes debates Nacionales, Migraciones, racismo, xenofobia: los que siguieron llegando*, nro. 8, Colegio Nacional de Buenos Aires-Página 12, Buenos Aires.

ALONSO MATÍAS, Marcos (2004), “La migración indígena en México: nuevos retos, problemas y escenarios sociales”, en AAVV, *Transición Democrática y Protección a los Derechos Humanos, Migración*, Fascículo 6, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México.

AMNESTY INTERNATIONAL (2004), Informe 2004, AI, Buenos Aires.

BELGRANO, Christian (2001), “Discriminación. Análisis crítico de la legislación y de la jurisprudencia. Propuestas”, en *Cuaderno de Doctrina* nro. 21, CPACF, Buenos Aires.

⁸⁹ Valls (2003), p. 147.

BOBBIO, Norberto (1992), "Sobre el fundamento de los derechos del hombre" (1965), en *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa, Barcelona.

BRAYLAN, Marisa (2004), "Globalización, ciudadanía y derechos humanos", en *Terceras Jornadas SPES, Educación Universitaria ¿una cuestión de todos?*, año 8 nro. 24, Buenos Aires.

BROOKS, Tekila (2004), "Últimos avances sobre los derechos de los trabajadores agrícolas migratorios en América del Norte", *Revista Expediente Cívico*, Año 8 nro. 20-21, México.

BUSTAMANTE, Jorge (1997), *Cruzar la línea*, FCE, México.

Migración internacional y derechos humanos (2002), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.

CAMPS, Victoria (1993), *Paradojas del individualismo*, Crítica, Barcelona.

CAN?ADO TRINDADE, Augusto (2003), "El desarraigo como problema humanitario y de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal", en *Derecho internacional Humanitario y temas de áreas vinculadas*, Revista Lecciones y Ensayos nro. 78/2003, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires.

CARBONELL, Miguel (2003), "Estudio preliminar. La igualdad y los Derechos Humanos", en *El principio constitucional de igualdad*, Carbonell, Miguel (comp.), CNDH, México.

COHEN, Daniel (1997), *Richesse du monde, pauvretés des nations*, Flammarion. Edición en castellano: *Riqueza del mundo, pobreza de las naciones*, trad. de Sandra Garzonio, FCE, Buenos Aires, 1998.

COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS DE MÉXICO (1991), *Informe sobre la violación de los Derechos Humanos de los trabajadores migrantes...*, México (original, aparentemente sin publicar).

D'ALLOTO, Alberto (2003), "El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y su contribución a la protección de los refugiados en América Latina", en FRANCO, Leonardo (coord.), *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina*, Siglo XXI-ACNUR, Buenos Aires.

DONELLI, Jack (1989), *Universal Human Rights*, trad. En castellano, *Derechos humanos universales: en teoría y en la práctica*, Gernika, Mexico, 1998.

FLORES, Imer B. (2003), "Notas sobre globalización (y derechos humanos) a propósito de los claroscuros del 911", en DÍAZ MÜLLER (coord.), *Globalización y Derechos Humanos*, IIJ-UNAM, México.

GALEANO, Eduardo (1998), *Patas arriba: la escuela del mundo del revés*, Catálogos, Buenos Aires.

GARCIA, Lila (2005), *About Human Rigths' Navel: turning on themselves to face the world*, inédito.

GARCIA RAMÍREZ, Sergio (1998), "La jurisdicción interamericana sobre derechos humanos; actualidad y perspectivas", *Revista Mexicana de Política Exterior*, Nueva Época, nro. 54, Junio 1998, México.

GONZALEZ MARTÍN, Nuria (2000), *Derechos de los migrantes*, Cámara de Diputados LVIII Legislatura-UNAM, México.

GUARIGLIA, Osvaldo (2001), *Una ética para el siglo XXI. Etica y Derechos Humanos en un tiempo posmetafísico*, FCE, Buenos Aires.

IMAR LIRA, Berta Esther (2004), "Derechos Humanos de los migrantes en la Frontera Sur", en *Transición Democrática y Protección de los Derechos Humanos, Migración*, Fascículo 6, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México.

LABARDINI, Rodrigo (2000), "Sobre el concepto de derechos humanos", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Año 24 nro. 24, Escuela Libre de Derecho, México.

LAFER, Celso (1991), *A reconstrucción dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, Schwarcz Lta, San Pablo, 1991. Edición en castellano: *La reconstrucción de los Derechos Humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, traducción de Stella Mastrangelo, FCE, México, 1994.

ORTIZ AHLF, Loretta (2004), *De los migrantes*, Porrúa, México.

PRATESI, Stefano (2005), "Diritto umani, Democrazia e Costituzione...", *Il contributo*, 2-2005, Rome.

PRECIADO CORONADO, Felipe (2004), "La migración indígena en México", en AAVV, *Transición Democrática y Protección a los Derechos Humanos, Migración*, Fascículo 6, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México.

ROSENFELD, Michel (2003), "Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional", en AAVV, *El principio constitucional de igualdad*, Carbonell, Miguel (comp.), CNDH, México.

RUIZ CABO, Ester (2004), "La protección de los trabajadores agrícolas migratorios en Canadá, EEUU y México", *Revista Expediente Cívico*, Año 8 nro. 20-21, México.

RUIZ MIGUEL, Alfonso (2003), "Sobre el concepto de igualdad", en AAVV, *El principio constitucional de igualdad*, Carbonell, Miguel (comp.), CNDH, México.

SAN JUAN, César (2004), "Control migratorio y Derechos humanos", *Revista Argentina de Derechos humanos*, año 2 nro. 1, Ad-Hoc, Buenos Aires.

SEPÚLVEDA, César (1995), *El derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI*, FCE, México.

TACCTI, Victorio (1997), *Constelación Sur. América Latina frente a la globalización*. FCE, Buenos Aires.

UNGAR BLEIER, Elizabeth (1991), "Impacto de la recesión venezolana en la migración de regreso a Colombia: el caso de las principales áreas urbanas emisoras", en PESSAR, Patricia (Ed.), *Fronteras permeables*, Planeta, Bs. As.

VALLS, Ramón (2003), *Ética para la bioética, y de a ratos para la política*, Gedisa, Barcelona.

YÁNEZ CENTENO, Francisco (2004), "El Plan Puebla-Panamá", en AAVV, *Transición Democrática y Protección a los Derechos Humanos, Migración*, Fascículo 6, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México.

ABREVIATURAS

CA o la Convención *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

CDH *Comité de Derechos Humanos* (órgano del PIDCyP).

CIJ *Corte Internacional de Justicia*.

CIDH *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*.

Corte IDH *Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

Corte EDH o CEDH *Corte Europea de Derechos Humanos.*

CV *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.*

DA *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.*

DIDH *Derecho Internacional de los Derechos Humanos.*

DU *Declaración Universal de Derechos Humanos.*

CM o Convención sobre los Migrantes *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias.*

OC-18/03 *Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados" (Emitida por la Corte IDH).*

OC-16/99 *Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16. "El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal" (Emitida por la Corte IDH).*

PIDCyP *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.*

PIDESyC *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.*

PSS *Protocolo de San Salvador adicional a la CA.*