

DERECHOS HUMANOS Y MIGRACIÓN: EL ESLABÓN PERDIDO¹

BIMAL GHOSH

ABSTRACT: Protection of migrants' human rights and effective management of migration (in the sense of ensuring that the movements are orderly and predictable and therefore more manageable) are closely interlinked. However, existing literature on migration and human rights, though voluminous, has hardly endeavoured to bring this nexus into sharper focus. Policy making in the two areas has also remained largely peripheral to each other. And, despite fledging signs of a change, coalition between human rights organisations and migrants' associations has continued to be weak.

The paper argues that the crucial nexus between human rights and migration constitutes the core of a commonality of interests between those who are anxious to defend human rights and those concerned with better management of movement of people. Nation states have an abiding interest and inherent stake in protecting the basic rights of their own citizens even when they are abroad. This calls for close inter-state reciprocity and co-operation. Protecting these rights also helps nation states in fulfilling their obligations in other vital areas of their responsibility.

The paper concludes by suggesting that a better understanding of these inter-linkages could lay the basis for a rich and proactive common agenda to which the state, human rights organisations, and migrants' associations can all creatively contribute, while advancing, and remaining faithful to their own vocations. As well as bringing migrants' basic rights into the mainstream of the human rights movement, it would lend new vitality and dynamism to the movement itself.

RESUMEN: La protección de los derechos humanos de los migrantes y la administración efectiva de la migración (en el sentido de asegurar que los traslados se hagan de manera ordenada y predecible y, por tanto, más manejables) están estrechamente interrelaciona-

NOTA DEL EDITOR: Traducción del inglés de Luis Rodolfo Morán Quiroz.

¹ Este artículo se basa en publicaciones anteriores del autor, en especial, *Elusive Protection, Uncertain lands: Migrants' Access to Human rights* (IOM, 2003); "A Road Strewn with Stones" (ICHRP, 2003, Versoix, Suiza); *Managing Migration: Time for a New International Regime?* (2000. OUP, Oxford); y "Movements of People: The Search for a New International Regime" en *Issues in Global Governance* (1995, Commission on Global Governance, Kluwer Law, Londres/La Haya).



das. No obstante, la literatura sobre la migración y los derechos humanos, a pesar de ser voluminosa, difícilmente ha logrado que este nexo se vea con mayor claridad. El diseño de políticas en cualquiera de las dos áreas también ha permanecido en buena parte fuera de los límites de la otra. Y aun a pesar de signos maduros de un cambio, la coalición entre las organizaciones de derechos humanos y las asociaciones de migrantes sigue siendo débil. El artículo afirma que el nexo crucial entre los derechos humanos y la migración es el meollo de una comunidad de intereses, entre quienes están ansiosos por defender los derechos humanos y quienes se preocupan por un mejor manejo del movimiento de personas. Los estados nación tienen un constante interés y un inherente compromiso con la protección de los derechos básicos de sus propios ciudadanos aun cuando se encuentren en el extranjero. Esto remite a una reciprocidad y a una cooperación estrecha entre estados. El proteger estos derechos ayuda también a los estados nación a cumplir con sus obligaciones en otras áreas vitales de su responsabilidad.

El presente trabajo finaliza con la sugerencia de que una mejor comprensión de estos entrelazamientos podría establecer las bases para una rica y dinámica agenda a la que puedan contribuir creativamente tanto el estado como las organizaciones de derechos humanos y las organizaciones de migrantes, al mismo tiempo que avancen en sus propias vocaciones y continúen fieles a ellas. Además de llevar los derechos básicos de los migrantes hacia la corriente principal del movimiento de los derechos humanos, dotaría de vitalidad y dinamismo renovados a ese mismo movimiento.



INTRODUCCIÓN

1. Casi 200 millones de personas viven fuera de su país de origen. Si se les imagina de un solo territorio nacional, equivaldrían al quinto estado más populoso, sobrepasando las poblaciones combinadas de Alemania, Francia y el Reino Unido. Aunque los riesgos potenciales de las violaciones a los derechos humanos son inherentes a casi todas las etapas del proceso migratorio, algunos grupos específicos de la población migrante –trabajadores de escasa o nula calificación, en especial las mujeres y quienes laboran en la economía clandestina, los migrantes irregulares y aquellos que son objeto de tráfico, los buscadores de asilo rechazados, los migrantes como sujetos de retorno forzado– son particularmente vulnerables a esas iniquidades. La brutalidad de muchos de esos abusos con frecuencia genera espantosos encabezados en los diarios y en otros medios de comunicación y recientemente está bastante documentada.

2. Y aun así, la protección a los derechos de los migrantes ha permanecido en los márgenes del sistema de derechos humanos. La ley internacional de los derechos humanos no ha sido lo suficientemente articulada y robusta para defender sus derechos. Y el diseño de políticas migratorias ha continuado en gran parte con escasa consideración por las preocupaciones por los derechos humanos. Las naciones están ansiosas por administrar mejor la creciente presión de la migración internacional. Pero las estrechas interrelaciones entre la administración de la migración y la protección de los derechos humanos para todos, incluidos los migrantes, no han recibido la atención que merecen. Hasta hace poco tiempo, también las organizaciones de derechos humanos habían estado poco preocupadas por la promoción y la protección de los derechos humanos de los migrantes como un grupo especial.

3. Este artículo se interna en este “eslabón perdido”, analiza sus causas y condiciones y argumenta a favor de una mayor conciencia de este vínculo y prevé su uso pro-activo como instrumento de política y como herramienta de operación, tanto para la protección de los derechos humanos como para una mejor administración de la migración internacional. Afirma que todos los participantes involucrados tienen un interés común en esta tarea.

LA LEGISLACIÓN EXISTENTE SOBRE DERECHOS HUMANOS NO ES LO SUFICIENTEMENTE ROBUSTA

4. La ley internacional se ha enfocado tradicionalmente en los estados como sus principales sujetos, sin embargo, desde el establecimiento de las Naciones Unidas y la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ha surgido un significativo corpus de legislación internacional que ha dedicado su atención a los derechos de los seres humanos como individuos. Estos instrumentos obligan



al estado a proteger un conjunto de derechos humanos básicos para “todos los individuos dentro de su territorio y sujetos a su jurisdicción”. El problema no previsto estriba en que la mayoría de ellos no reconoce explícitamente su aplicabilidad también a los no nacionales. Como consecuencia, no es extraño que los migrantes se encuentren en una especie de limbo judicial. El pacto internacional de derechos civiles y políticos (ICCPR, por sus siglas en inglés) de manera un tanto excepcional, garantiza ciertos derechos básicos *específicamente* a los no ciudadanos, pero no cubre los diversos riesgos especiales de abuso a los derechos humanos a los que los migrantes están expuestos con frecuencia. La protección contra la discriminación racial y étnica hacia las minorías es particularmente importante para los migrantes que casi siempre son minorías en la sociedad receptora. Pero la protección que proporciona la convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (ICERD por sus siglas en inglés) a los migrantes, de alguna forma se diluye al permitir “distinciones, exclusiones, restricciones y preferencias como las que hay entre ciudadanos y no ciudadanos”.²

5. La convención sobre los derechos económicos, sociales y culturales (ICESR por sus siglas en inglés) permite implícitamente distinciones entre nacionales y extranjeros bajo el artículo 4: “El estado puede sujetar esos derechos tan sólo a las limitaciones que se determinen por ley [...] y solamente para el propósito de promover el bienestar general de una sociedad democrática”. Por su parte el artículo 2, párrafo 3 establece de manera más explícita, “[...] los países en desarrollo [...] pueden determinar en qué grado garantizarían los derechos económicos reconocidos en el presente acuerdo para los no nacionales”. Tampoco el cuerpo de vigilancia del tratado ha sostenido de manera inequívoca que los no nacionales habrán de gozar todos los derechos sociales y económicos al igual que los nacionales, aunque esa diferenciación en el tratamiento no debe ser “irracional” “o basada en el prejuicio”.

6. La falta de especificidad o la ambigüedad en lo que se refiere al acceso de los migrantes a los derechos fundamentales no es el único problema. El hecho de que las provisiones de la legislación internacional sobre derechos humanos que son de relevancia especial sean fragmentarias y además ampliamente dispersas (y no necesariamente armoniosas) hace difícil para los migrantes el aprovecharlos plenamente y para los activistas de los derechos humanos dificulta la lucha por estos derechos en su nombre. En una reunión del grupo de trabajo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en el año 1999, sobre los derechos humanos de los migrantes,³ propuse, y el grupo estuvo de acuerdo, en

² El Comité para la eliminación de la discriminación racial (*Committee on Elimination of Racial Discrimination*-CCERD) ha buscado remover esta ambigüedad al afirmar que mientras que la ICERD proporciona elementos para la diferenciación entre los ciudadanos y los no-ciudadanos, debe concebirse de manera tal que se evite minar la prohibición básica de la discriminación” (Recomendación General 30), CERD/C/64/misc11/rev. 3.

³ Grupo de trabajo de expertos intergubernamentales sobre derechos humanos de los migrantes, 1998-1999.



que un compendio de todos los instrumentos de relevancia significativa para los migrantes –similar a la colección en los dos volúmenes de las Naciones Unidas de todos los tratados y textos sobre derechos humanos– debía publicarse y codificarse. A pesar del amplio acuerdo en la utilidad de ese compendio, ninguna acción, hasta donde yo sé, se ha realizado hasta el momento en torno a la propuesta.

7. La falta de especificidad en lo que se refiere al acceso de los no nacionales a los derechos humanos fundamentales en la legislación internacional sobre derechos humanos también se refleja en la legislación nacional. En un gran número de países –más de la mitad de los incluidos en una encuesta de ILO– las provisiones en las constituciones y las leyes nacionales en contra de la discriminación sólo se aplican a los propios.

8. Es verdad que existen dos importantes instrumentos –la Convención de 1951 de la ONU (y el Protocolo de 1947) en relación con el status de los refugiados (CRSR) y la Convención sobre todos los trabajadores migrantes y sus familias– que abordan específicamente el tema de los derechos humanos de refugiados y migrantes. Pero estos también sufren otras debilidades, incluidas, en particular, serios vacíos de protección que discutiré más adelante.

HIATOS ENTRE EL COMPROMISO INTERNACIONAL Y LA PRÁCTICA INTERNA

¿Para qué es la ley?

9. La ley establece las normas y principios, pero éstos tienen escaso valor si no se les aplica y se actúa de acuerdo a ellos –a menos, por supuesto, que se adopte la visión contraria, según la cual la ley encarna el ideal que nunca se puede alcanzar pero que se conserva como fuente de inspiración.

10. Los migrantes no pueden beneficiarse de la protección que proporcionan los instrumentos internacionales a menos que estos se ratifiquen, se incorporen en las leyes nacionales y se pongan en práctica. Pero varios países no han ratificado aún todos los instrumentos internacionales importantes en materia de derechos humanos. Largas demoras en la ratificación de un instrumento internacional pueden hacerlo menos relevante y puede perderse el impulso en su puesta en práctica efectiva, en especial si surgen otras prioridades en el intervalo. Como pronto se verá, tomó casi 13 años antes de que el mínimo de 20 ratificaciones se ajustaran para hacer operacional a la Convención de 1990 sobre todos los trabajadores migrantes y sus familias (Convention on All Migrant Workers and their Families-ICMW). Y la ratificación es apenas la primera parte de la puesta en práctica y vigilancia. Aun cuando los instrumentos se ratifiquen y las leyes nacionales se adapten a los estándares internacionales, no siempre se les pone en práctica de manera efectiva. El gobierno puede no poseer la voluntad política o la capacidad financiera e institucional necesarias.



11. La separación entre el enunciado de preocupación por parte de los estados respecto a los derechos humanos, incluidos aquellos atinentes a los migrantes en el nivel internacional, y la ausencia de capacidad o voluntad de hacer algo al respecto en el ámbito nacional –según se refleja en la no-ratificación de los parámetros existentes o su vigilancia inadecuada– plantea un serio problema. Genera una constante tensión entre la ley internacional para proteger los derechos humanos y las leyes nacionales en donde la principal preocupación es proteger los derechos e intereses de los ciudadanos.

VACÍOS DE PROTECCIÓN EN LA LEY Y EN LA PRÁCTICA

12. Las ambigüedades y las deficiencias en los instrumentos internacionales existentes (aplicables a todos) se componen de diversos vacíos adicionales en la protección, en lo que se refiere a determinados y específicos grupos migrantes o situaciones migratorias. En otro lugar he intentado identificar a varios de esos grupos y situaciones que son particularmente susceptibles de abuso en el renglón de derechos humanos y con frecuencia sufren de serios vacíos de protección. Estos son: los migrantes en situación irregular y los migrantes objeto de tráfico; refugiados temporales y ad hoc y quienes se encuentran en situaciones similares a las del refugio; solicitantes de asilo rechazados y quienes están sujetos a retorno obligado; migrantes durante conflictos armados; personas sin estado debido a cambios territoriales y personas desplazadas internamente, además de los migrantes en la época de los ataques terroristas del 11 de septiembre. Al menos algunas de estas necesidades de protección no cubiertas obtuvieron visibilidad y urgencia apenas en años recientes y sus situaciones pueden no haber sido previstas en el momento en que se formularon y adoptaron los instrumentos.

13. Estos vacíos podrían relacionarse con principios normativos (incluido su alcance) y mecanismos de monitoreo en el nivel global o con prácticas de estado (incluida la ratificación, aplicación y supervisión) o con ambos. No es infrecuente que estos vacíos estén estrechamente interrelacionados. Si, por ejemplo, los principios normativos se consideran insensatos, impracticables u obsoletos, es probable que los estados no los ratifiquen o no los apliquen de forma efectiva. La aplicación puede ser también escasa si la ley proporciona un mecanismo de monitoreo poderoso. No podemos discutir aquí la naturaleza de la vulnerabilidad y de los vacíos de protección en todos estos casos. Pero puede darse una rápida mirada a dos instrumentos: la ICSR y la ICMW; que fueron diseñadas como ya hicimos notar, para responder a las necesidades específicas de los refugiados y los trabajadores migrantes respectivamente y aun así también sufren de diversos vacíos de protección.



La convención de refugiados

14. La convención de 1951 sobre los refugiados, desarrollada a fines de la Segunda Guerra Mundial, diseñada al final de la Segunda Guerra Mundial, principalmente para responder a las necesidades de protección de los refugiados provenientes de los regímenes comunistas no cubre a otros individuos y especialmente a grupos de individuos, aunque también se encuentren en situaciones similares a las de refugio y requieran protección genuina. Estos incluyen: las víctimas de la migración forzada como consecuencias de luchas intestinas, conflictos armados y violencia generalizada; la violación masiva de los derechos humanos y minoritarios; y desastres naturales y causados por el hombre.

15. Los instrumentos regionales, en especial la convención OAU en África y la declaración de Cartagena en América Latina (una declaración no vinculante de intención) son más amplios en su alcance. Aun así no todas las víctimas de la migración forzada están adecuadamente cubiertas por estos instrumentos. Los estados en América del Norte, Europa Occidental y Oceanía han respondido a estas emergencias humanitarias sobre una base ad hoc, creando diversas categorías de refugiados temporales. Pero en ausencia de normas acordadas internacionalmente y armonizadas, la protección sigue siendo impredecible, insegura y frágil. Hay una profunda confusión e incertidumbre en especial en lo que respecta al fundamento para la diferenciación entre las diversas categorías (con base en el criterio de duración de la estancia y el grado de apego al país de destino) y sus derechos correspondientes.⁴

16. En lo que respecta a la aplicación, aunque la convención de 1951 sobre los refugiados (CRSR) se ha ratificado por la gran mayoría de los estados miembros de la ONU, ciertamente no está libre de vacíos en su aplicación. Han surgido incertidumbres debido a que se ha permitido que las consideraciones políticas intercedan en el momento de aplicar las provisiones protectoras a diferentes flujos de refugiados y también por la exclusión de casos de persecución por agentes no estatales y la negación de protección al recurrir a la interdicción de potenciales solicitantes de asilo en mar abierto o en otras partes más allá de las fronteras territoriales, y por el recurso frecuente (a discreción del gobierno receptor al concepto de país seguro, bajo diversas etiquetas tales como país seguro de origen, país seguro de primer asilo y tercer país seguro. El cambio de énfasis no sólo se ha dado hacia las condiciones seguras que restringen la admisión de algunos refugiados genuinos provenientes de países considerados como seguros, sino que también ha tenido el efecto de diluir el principio de “voluntariedad” como condición de retorno de los refugiados.

17. Se han expresado algunas dudas acerca de la profundidad y autenticidad de la voluntad de los refugiados para retornar según se han arreglado bajo la nue-

⁴ No existe, por ejemplo, acuerdo alguno sobre la duración o, más precisamente, en qué punto del tiempo un solicitante de asilo que espera una decisión ha de considerarse “legalmente presente” y no sólo físicamente presente para gozar de los derechos correspondientes. Dent 1998.



va postura de políticas. El retorno de los refugiados de Uganda que se encontraban en campos en Somalia y Zaire (actual República Democrática del Congo) en los años ochenta, los refugiados somalíes en Kenya en 1992 y los 2.5 millones de refugiados en Tanzania y Zaire en 1994 son típicos de los casos de retorno bajo alguna forma de extrema dificultad. La propia ACNUR ha sido obligada a aceptar la doctrina del “retorno impuesto” que en esencia constituye una violación de los principios básicos de la protección de refugiados, es decir, la non-refoulement.

18. Finalmente, como muestra la experiencia pasada en países como El Salvador, Guatemala y otros, el mandato y arreglos existentes bajo los cuales la ACNUR recibe una responsabilidad residual por la protección posterior al retorno y la integración de los refugiados es todavía demasiado frágil e inadecuada para lidiar con esa tarea.

19. El vacío en la aplicación de la convención también se deriva, al menos en parte, de su debilidad normativa. Aunque el artículo 35(2) de la convención sobre los refugiados (CRSR) proporciona el fundamento de un sistema periódico de registro, no impone obligación alguna para establecer un mecanismo formal y específico para el escrutinio entre estados. En ausencia de ese mecanismo y de un proceso formal de escrutinio interestatal –sin mencionar un sistema de peticiones individuales– los arreglos de aplicación han permanecido débiles.

La convención sobre todos los migrantes y sus familias

20. Una imagen similar, y no menos desalentadora de los vacíos de protección se perfila cuando examinamos la convención de la ONU de 1990 sobre los trabajadores migrantes. Desde el punto de vista normativo, surgen limitaciones no sólo porque ciertos grupos de trabajadores como los aprendices (quienes son utilizados con bastante frecuencia como trabajadores), marineros y trabajadores en instalaciones fuera de la costa quedan excluidos, o porque la convención permite que los estados limiten los derechos de grupos específicos de migrantes laborales temporales tales como los trabajadores de temporada y los trabajadores ligados a un proyecto. Una razón más importante es que la convención no logra dar cuenta plena de los cambios significativos en el panorama de la migración de mano de obra desde la formulación y la adopción de la convención. Estos cambios incluyen: la agudamente creciente migración de mano de obra por periodos cortos; la creciente importancia de los agentes e intermediarios privados respecto al papel del estado en el reclutamiento de trabajadores migrantes; la feminización de la mano de obra migrante, con grandes cantidades de mujeres empleadas en la industria del sexo y el trabajo doméstico; y la urgente necesidad de los estados por equilibrar las medidas de control y aquellas que facilitan el movimiento ordenado de los migrantes laborales y su protección.



21. Los vacíos de aplicación son todavía más serios. A finales del 2007 –tras un periodo de cerca de 15 años después de la adopción de la resolución de la Asamblea General de la ONU (GA 45/158) a la cual estaba anexa la convención– solo 27 países, ninguno de ellos un país industrial de importancia como receptor de migrantes, la había ratificado y otros 27 la habían firmado pero todavía estaban por ratificar el instrumento. Algunos analistas piensan que muchas de las razones por las cuales los estados se reservan de hacerlo –en especial las tendencias en contra de los inmigrantes irregulares y la resistencia a extenderles una protección explícita– también hacen previsible una aplicación débil de la convención por parte de los estados que ya la han ratificado. ¿Por qué esta postergación? Creo que podemos señalar algunas lecciones útiles al adentrarnos en las posibles razones.

22. Primero, el instrumento garantiza explícitamente un conjunto de derechos básicos a los migrantes irregulares; sin embargo, en muchos países existe una tendencia inherente en lo político y cultural en contra de aquellos cuya presencia en el país es ilegal en sí misma. Es significativo que aun algunas de las ONGs parecen estar preocupadas única o principalmente por los migrantes en situación regular. Esto refuerza la resistencia de muchos gobiernos para concederles estos derechos humanos a los migrantes irregulares, quienes según ellos perciben, se encuentran en su territorio de manera no solo ilegal, sino que pudieran también ser fuente de tensión social y reclutas fáciles para la oposición política. Estos derechos, sin embargo, ya están garantizados para todos los individuos, incluidos al menos implícitamente en el caso de los migrantes, en los tratados importantes sobre derechos humanos internacionales, todos o muchos de los cuales pueden ya haber sido ratificados por al menos alguno de los mismos estados. Una consideración real que subyace a la resistencia a la ratificación, aparentemente, es el temor de que ésta estimularía nuevos flujos de llegada de migrantes irregulares y sus familiares, incluida una desviación de los flujos desde los países que no ratifiquen a aquellos que lo hagan. Estos gobiernos parecen creer que conceder de manera explícita un conjunto de derechos a los migrantes irregulares sobre una base de igualdad con los migrantes regulares, como lo definen los primeros 35 artículos de la convención, lanzará la señal equivocada.

23. Algunos gobiernos piensan también que el tratamiento equitativo a los migrantes regulares e irregulares en lo que se refiere a los beneficios de bienestar social puede tener un efecto depresor en los beneficios de los migrantes regulares y puede por tanto ser contraproducente para ellos. Además, dado que la convención apremia a los estados a evitar la migración irregular, algunos temen, y la encuesta de 1996 realizada por la ILO confirma esa preocupación, que ello incrementa el riesgo de abuso a los derechos humanos en el curso de tal acción. También se comparte un sentimiento por parte de varios países en desarrollo, que son origen de migrantes, de que la convención no logra conservar un equilibrio entre el control de la migración irregular y las medidas para facilitar la migración ordenada de la fuerza de trabajo.



24. Otra consideración importante para algunos gobiernos se refiere a la tensión que la convención pondría en sus recursos financieros e institucionales si la ratificaran. Los países que sufren de desempleo y de limitaciones fiscales se ven desalentados a conceder derechos a los trabajadores extranjeros para acceder en pie de igualdad a los beneficios económicos, sociales y educativos; desean reservarse el derecho a conceder la preferencia a los trabajadores nacionales sobre los trabajadores extranjeros. Esto se aplica en particular a los beneficios de desempleo, el acceso a los esquemas de creación de empleos desde las obras públicas, la vivienda y los servicios de salud. Muchos de esos derechos están incluidos también en la ICESCR, aunque la ICMW entra en mayor detalle. Además, al menos algunos de estos beneficios, por ejemplo el acceso a los servicios de salud podrían estar relacionados con el derecho básico a la vida y la seguridad física. Como han argumentado muy recientemente algunos médicos en Estados Unidos –en el contexto de la controversia sobre el derecho de los migrantes irregulares a la quimioterapia bajo condiciones de ayuda médica de emergencia– el hecho de posponer esas terapias para los migrantes irregulares en muchos casos podría derivar pronto en una situación de emergencia debido a la amenaza a la vida.

25. Según un estudio reciente de la UNESCO, algunos estados consideran que, dado que estos derechos ya están cubiertos en instrumentos previamente existentes, la ICMW es superflua. Un tanto paradójicamente, algunos de esos mismos estados piensan también que el catálogo de derechos concedidos a los migrantes irregulares es demasiado expansivo. Una respuesta a este intrincado argumento podría ser: si ya se reconocen estos derechos, no pueden ser demasiado expansivos; ¡si todavía no se reconocen, no pueden ser superfluos!

26. El espectacular crecimiento de la economía informal y clandestina, incluidos los talleres en que se sobreexplota a los obreros, también inhibe el proceso de ratificación, dado que los patrones en el sector buscan beneficiarse de la mano de obra de los migrantes irregulares, que suele ser barata y dócil. Aparte de las presiones de los interesados en mantener el status quo, muchos estados se sienten incapaces de garantizar siquiera la protección más básica a los migrantes irregulares que trabajan en lugares remotos y talleres recónditos debido a las limitaciones personales y financieras. Algunos países de origen, menos pudientes, en particular, quisieran evitar el incurrir en los costos asociados con la obligación formal bajo la convención de poner en práctica medidas como tales como mantener la vigilancia e imponer sanciones a los intermediarios y contratistas que operen ilegalmente. La creciente importancia de las agencias e intermediarios privados, que contrasta con el papel en declive del estado, hace que esta tarea sea aun más onerosa y costosa.

¿CÓMO ENFRENTAR LOS VACÍOS DE PROTECCIÓN: MÁS LEYES O MEJOR APLICACIÓN?

27. En la actualidad hay un debate en torno a si deben existir o no nuevos instrumentos internacionales sobre derechos humanos en general y para los mi-



grantes en particular. Algunos opinan que, dada la proliferación de instrumentos legales “duros” y “suaves” sobre derechos humanos, incluidos algunos dirigidos a grupos especiales en las décadas recientes, es más sabio concentrarse en una mejor aplicación de los estándares existentes y ampliarlos si se requiere, en vez de intentar crear nuevos estándares. Otros argumentan enérgicamente que a medida que evolucionan las sociedades y surgen nuevos temas y nuevas situaciones y los derechos humanos evolucionan, se continuará con la necesidad de nuevos estándares.

28. En ambas visiones hay elementos de verdad. Si los estándares existentes no son ratificados ampliamente o puestos en práctica de manera efectiva, se disminuye la credibilidad del proceso de establecimiento de los estándares y podría minar todo el sistema. También es cierto que la adopción de nuevos estándares es un proceso que toma tiempo; requiere esfuerzos y costos. Por otro lado, no puede negarse que con los rápidos cambios económicos, políticos y tecnológicos que afectan la sociedad humana global, la necesidad de estándares nuevos y complementarios seguirá vigente como en el pasado. Como hemos hecho notar, varios de los vacíos normativos en la ICMW y la ICSRS se deben al hecho de que los riesgos de abuso no se han previsto con claridad. La larga experiencia de la OEA en el establecimiento de estándares, muestra que con el tiempo algunos instrumentos podrían tornarse obsoletos y tendrían que ser enmendados, revisados o reemplazados por instrumentos nuevos. El principio también se reconoce en la Ley de Tratados (Viena, 1960). Aun cuando el artículo 36 de la ley requiere que los estados participantes se ajusten a los tratados a los que se han adherido, también contiene en el artículo 63 la cláusula (*clausula rebus sic stantibus*) que indica que cuando las circunstancias cambian radicalmente y surge una nueva situación, el cumplimiento del tratado puede ya no ser automático.

29. Esto implica que nuestra postura en el asunto debe ser flexible. Algunos vacíos en la normativa de protección podrían cubrirse al extender el alcance de los actuales instrumentos por medio de enmiendas o adiciones a los protocolos. También se requiere cierta circunspección para decidir sobre la forma que ha de adoptar cualquier instrumento. Por ejemplo, puede ser más expedito comenzar con un instrumento suave como la Declaración o incluso una resolución por parte del cuerpo internacional más apropiado como paso inicial y, dependiendo del apoyo que eventualmente logre consolidar, el instrumento suave o parte de éste puede ser el tema del instrumento “duro”. Alternativamente, siguiendo la práctica de larga data de la OEA, los principios esenciales sobre los cuales ya existe un amplio consenso podrían cubrirse en un instrumento duro y los detalles se especificarían en un instrumento suave que lo acompañe. Una aproximación flexible, adaptada a la necesidad y la situación de protección específicas, es probable que tenga mayores éxitos que una aproximación rígida y doctrinaria.



LA LEY POR SÍ MISMA NO PUEDE GARANTIZAR QUE SE GOCE DE LOS DERECHOS:
LAS CONDICIONES CIRCUNDANTES TIENEN PESO

30. Un cuerpo saludable de legislación sobre derechos humanos y su puesta en práctica efectiva son esenciales, pero no son una condición suficiente para que los migrantes tengan acceso pleno a sus derechos humanos. Varias condiciones circundantes suelen impactarlos, impulsando o retrasando el proceso. Los migrantes, la fuerza y la capacidad de las organizaciones para actuar, son algunas de ellas. En una democracia moderna, las políticas y prioridades del gobierno se configuran por demandas colectivas rivales y por las presiones organizadas de grupos de interés. Y es a través de organizaciones bien llevadas que se vigila el comportamiento del estado. Es verdad que en Europa occidental, desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, muchos de las restricciones tradicionales a las asociaciones de extranjeros se han retirado. No obstante, el viejo principio de que las asociaciones de extranjeros pueden suprimirse en tiempos de emergencia y los extranjeros pueden ser deportados si amenazan con el orden público (ordre public) todavía es vigente. El “orden público” difícilmente se define en términos precisos y esto deja un gran margen de acción para la interpretación, aumentando el sentimiento de inseguridad para los migrantes, en especial para quienes no tienen el status de residencia permanente y ello los refrena de participar activamente en asociaciones para defender sus derechos. En tiempos de conflictos en el lugar de trabajo, los poderes discrecionales para ordenar la expulsión con fundamento en la seguridad o el orden público con frecuencia siguen en manos de las autoridades administrativas. Esto constituye una verdadera barrera al ejercicio de los derechos sindicales por parte de los trabajadores migrantes.

31. Tanto la ICESR (artículo 8) como las convenciones de la ILO números 143 y 97 (revisada), garantiza la igualdad de oportunidad y tratamiento en relación con los derechos sindicales. Sin embargo, bajo la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos Humanos de los Individuos no Nacionales, los migrantes en una situación regular tienen derecho a unirse a los sindicatos, pero no tienen el derecho a formarlos. En realidad la legislación nacional en un número significativo de países impone restricciones a los derechos de los sindicatos de migrantes, en especial en lo que respecta a cubrir cargos en los sindicatos. Algunos estados hacen de la ciudadanía una condición para optar por un puesto en los sindicatos; o requieren que una proporción de los miembros sean nacionales.

32. No podemos beneficiarnos plenamente de nuestros derechos incluso si la ley los garantiza, ni podemos luchar por ellos a menos que sepamos qué son. Pero muchos de los migrantes de escasa capacitación, los de más baja escolaridad y los pobres no son conscientes de las leyes y sus derechos y deberes; ni tampoco cuentan con información completa del sistema judicial y de los servicios e instituciones sociales ocupados de los derechos y el bienestar de los migrantes. La situación con frecuencia se empeora cuando son víctimas de exclusión social a consecuencia



de la segregación residencial en áreas urbanas menos favorecidas con una calidad decadente en la enseñanza de las escuelas y los servicios sociales, como sucediera en Francia.

33. Un obstáculo de gran trascendencia para que los migrantes gocen plenamente de sus derechos básicos se da en la amplia propensión conductual y cultural en contra de los extranjeros, tanto de parte del público como de los funcionarios de gobierno en la sociedad de destino, incluidos entre estos últimos a los encargados de los servicios de aplicación de la ley. La tendencia en contra de los extranjeros podría deberse a una falta de conciencia y de conocimiento de las provisiones de los derechos humanos en las leyes nacionales y de sus implicaciones. Sudáfrica tiene una de las constituciones más progresistas e inclusivas, que garantiza los derechos y libertades fundamentales a toda persona que viva en su jurisdicción. Pero una encuesta reciente mostró que sólo el 55% de quienes respondieron habían escuchado de la Declaración de derechos de su país y más de la mitad de los encuestados pensaba que los derechos que garantizaba la constitución era sólo para los sudafricanos.

34. La situación empeora cuando la ausencia de conciencia pública de los derechos de los migrantes tiene un paralelo o se agrava por una percepción negativa de la migración y sus efectos en el empleo, el ingreso, la vivienda y los servicios sociales de la localidad. Si la percepción incluye la creencia de que los migrantes despojan de sus empleos a los locales, elevan los precios de la vivienda y en los bienes de consumo o aumentan las cargas de la seguridad social, el ambiente social y político difícilmente puede derivar en el acceso pleno de los migrantes a sus derechos. Para citar nuevamente el ejemplo de Sudáfrica, las encuestas recientes en ese país muestran que grandes cantidades de sudafricanos, tanto negros como blancos, claramente discrepaban de su propia declaración de derechos. Así pues, para que los derechos de los migrantes se respeten y gocen debe prevalecer un ambiente cultural adecuado en la sociedad receptora.

35. El escenario se hace todavía más grotesco cuando el prejuicio en contra de los extranjeros se convierte en sentimiento anti-inmigrante y lemas xenófobos y estos se injertan en la agenda política. Los partidos en el espectro político, incluido el partido en el poder, pueden encontrarse a la defensiva y reaccionar a la situación “exigiendo o poniendo en práctica medidas anti-inmigrantes más rigurosas”.⁵ Esto aumenta la vulnerabilidad de los migrantes y su sentimiento de inseguridad y hace más difícil que acceda a sus derechos. Una respuesta efectiva a esto es la iniciación oportuna de medidas preactivas, incluida la diseminación sistemática de información objetiva sobre la migración y los derechos de los migrantes, además de la lógica que subyace a estos antes de que todo el tema de la migración sea explotado por los partidos anti-inmigrantes y los grupos xenófobos.

⁵ Naciones Unidas 1998.



CONSTRUCCIÓN DE COALICIONES: ¿POR QUÉ DEBERÍAN UNIRSE LAS ORGANIZACIONES DE DERECHOS HUMANOS Y LAS ASOCIACIONES DE MIGRANTES?

36. La protección de los derechos de los migrantes y una administración efectiva de la migración (en el sentido de asegurar que los traslados sean ordenados y predecibles y por tanto más manejables) —están estrechamente entrelazadas. La violación de los derechos humanos con frecuencia desemboca en flujos migratorios desordenados y no deseados; y cuando los traslados son desordenados y no deseados (como lo son la mayoría de los movimientos desordenados) el riesgo de una violación posterior de los derechos humanos es mucho mayor. Además, cuando eso pasa, la administración de la migración se hace más difícil y costosa, tanto en términos humanos como financieros.

37. Este nexo crucial constituye el meollo en la comunidad de intereses entre quienes están ansiosos por defender los derechos humanos y aquellos preocupados por una mejor administración de la migración. Es lamentable que la literatura existente sobre la migración y los derechos humanos, a pesar de ser voluminosa, ha corrido por líneas paralelas entre sí, difícilmente logrando que este nexo se haga más claro y discernir sus implicaciones de política. La laguna, al menos en parte, se explica porqué también los diseñadores de políticas han estado menos alertas ante la importancia de la protección de los derechos humanos como una condición esencial de una administración saludable de la migración, con el resultado de que las políticas en las dos áreas han permanecido en grado sumo como adyacentes entre sí.

38. Lo que a primera vista es aun más sorprendente es que también las organizaciones de derechos humanos y las asociaciones de migrantes, al menos hasta recientemente, han conservado una cierta distancia entre sí. Normalmente uno esperaría que los grupos de activistas de los derechos humanos reaccionaran más ante la vulnerabilidad de los migrantes, así como sería normal que los migrantes y sus asociaciones voltearan hacia las organizaciones de derechos humanos y movilizaran su apoyo para proteger y promover sus propios derechos humanos. Si eso no ha sucedido, sería deseable saber por qué.

39. Existen varias posibles explicaciones: Durante el siglo XIX, cuando las organizaciones occidentales realizaban activas campañas en contra de la esclavitud y el comercio de esclavos, una creación occidental, sabían y estaban dolorosamente conscientes de los sufrimientos y el trato inhumano asociados con la esclavitud. En la época de la Segunda Guerra Mundial estas organizaciones lucharon a favor de la protección de los refugiados mientras eran testigos cercanos, y con frecuencia con una preocupación política considerable al igual que una emoción ideológica, la suerte de los refugiados que tratan de escapar de regímenes comunistas opresores. Pero hasta hace unos cuantos años, estaban menos familiarizados con la vulnerabilidad de los migrantes contemporáneos, en especial los migrantes objeto de tráfico y víctimas similares. El tráfico de humanos no es nuevo.



Sin embargo, es sólo recientemente que la naturaleza y el grado de la brutalidad, que sufren con frecuencia los migrantes objeto de tráfico e ilegales, ha salido a la luz de los reflectores.

40. Una segunda razón es que a pesar de su insistencia en la indivisibilidad de los derechos básicos, las políticas de los modernos grupos occidentales defensores de los derechos humanos han mostrado una propensión hacia los derechos civiles y políticos. Dado que el foco de la legislación internacional sobre derechos humanos se da en las responsabilidades del estado, estos grupos se concentraron en la acción gubernamental y en los derechos civiles y políticos. De este modo era más fácil que incorporaran en su agenda a los refugiados como víctimas de la persecución política que a los migrantes en general.

41. Concurrentemente, el desarrollo de dos sistemas paralelos de derechos –derechos relacionados con el empleo y derechos humanos– puede también haber distraído la atención de las organizaciones de derechos humanos respecto a los migrantes. Los migrantes laborales constituyen el componente más importante de la población migrante, y hasta la adopción de la ICMW en 1990 su protección se había buscado principalmente a través de convenciones internacionales respecto a la mano de obra promovidos por la ILO y su sistema tripartita, que involucra a gobiernos, fuerza de trabajo organizada e industria. Esto también explica parcialmente porque los migrantes tradicionalmente han recibido menos atención por parte de los grupos de derechos humanos.

42. Una tercera razón, relacionada con la segunda refiere a la ansiedad tradicional de las organizaciones occidentales de derechos humanos por ajustarse al territorio moral, evitar la dilución de su mandato y demostrar su “pureza de intenciones”. Esto los ha inducido a seguir una aproximación estrecha en la protección de los derechos humanos. Convencidos de la primacía de los derechos humanos como concepto ético, han seguido tenazmente esta meta unitaria. Esta aproximación doctrinaria y estrecha, casi insular, los ha llevado a percibir al estado más como un adversario; su comportamiento y acción han de ser vigilados y habrán de atacarlos si éste falla en la protección de los derechos humanos. Estos grupos han permanecido cautelosos, si es que no indispuestos a ampliar su agenda para incluir los intereses de grupos especiales como los migrantes e involucrarse activamente (o que se les vea que se involucran) en los programas de bienestar y asistencia de las asociaciones de inmigrantes. Esto ha sido así a pesar del hecho de que muchos de estos programas abordan las causas del abuso de los derechos humanos y efectivamente algunos incluyen actividades específicas sobre derechos humanos. La coalición entre las organizaciones de derechos humanos y las asociaciones de migrantes en consecuencia ha permanecido débil. Recientemente, sin embargo, se han dado señales alentadoras de cambio.

43. Son indicativas de este cambio las investigaciones realizadas por Human Rights Watch sobre el tratamiento de los migrantes y refugiados en Sudáfrica y un estudio sobre los derechos humanos de los migrantes en cuatro países de



Europa Occidental. En Estados Unidos Human Rights Watch ha reportado sobre las condiciones de los nos ciudadanos que fueron arrestados y encarcelados en secreto después de los ataques del 9/11. En 2005 publicó un reporte detallado⁶ sobre los abusos en los derechos humanos y laborales en la industria estadounidense de procesamiento de carne y aves. Aunque, preocupada por todos los trabajadores de la industria, enfatizaba cómo los trabajadores inmigrantes, en especial aquellos en situación irregular, estaban expuestos al temor y a riesgos mayores de abuso en sus derechos como trabajadores. Hizo mención especial de la decisión de la Suprema Corte de Estados Unidos en 2002, la que desafiando la legislación internacional, despojó a los trabajadores inmigrantes irregulares de solución alguna si son despedidos ilegalmente por actividades de organización sindical. Amnistía Internacional, por su parte ha investigado sobre la ejecución de migrantes en el Medio Oriente y Amnistía USA sobre el tratamiento abusivo de que fueron objetos los migrantes durante su detención. Además algunas asociaciones nacionales de derechos humanos proporcionaron valiosos insumos para el trabajo del grupo de expertos de la ACNUR de 1999 sobre los derechos humanos de los migrantes. También han cooperado activamente con las asociaciones de migrantes y otras ONGS en varias de las iniciativas globales como la campaña global a favor de los derechos de los migrantes (Global Campaign for Migrants' Rights) establecida en 1998. En general, sin embargo, las principales organizaciones occidentales sobre derechos humanos continúan en su tradicional preferencia por actuar de manera autónoma.

44. También en los países en desarrollo la situación, en gran parte, ha sido la misma. En general siguiendo los pasos de sus contrapartes occidentales, los grupos más importantes de derechos humanos de alguna manera se han conservado distantes de la población migrante. No obstante, como en el occidente, hay signos de cambio, aunque por una razón un tanto diferente. Frente a los abrumadores problemas de la pobreza y las dificultades económicas en muchos de estos países se han visto incitados a incluir los temas económicos y sociales en su actividad defensora y por tanto siguen siendo relevantes. Se ha dado un creciente reconocimiento de que estos problemas limitan seriamente el acceso de los grupos vulnerables a sus derechos humanos, en especial los civiles y políticos. A medida que el alcance de su papel de defensores se ha ampliado y los sufrimientos de los migrantes en tierras extranjeras han sido mejor conocidos han tendido a participar cada vez más en la protección de los migrantes como un grupo vulnerable.

45. Indudablemente existen riesgos potenciales de que las organizaciones de derechos humanos extiendan excesivamente su agenda, en especial si se involucran muy profundamente en la lucha contra la letanía de variadas causas de violación a los derechos humanos que afectan a grupos de la población, incluidos los migrantes. Ubicar casos y situaciones específicos de violación a los derechos humanos es una cosa, luchar contra sus múltiples causas es otra. Si las organizaciones de derechos humanos participan de manera muy activa en esto último,

⁶ *Blood, Sweat and Fear* 2005.



efectivamente puede darse una dilución en su vocación o al menos un cambio en su principal foco de atención. Podrían incluso ser culpados de politizar el tema de los derechos humanos. El hecho de que las asociaciones de migrantes (y las que sirven a los migrantes) con frecuencia tengan otros intereses y objetivos muy variados aumenta este riesgo de detracción. También existe una consideración práctica. Las organizaciones de derechos humanos en general cuentan con recursos financieros y humanos limitados. El ensanchamiento de su agenda central para incluir los variados problemas y temas de los migrantes (y otros grupos vulnerables) podría generar una tensión adicional sobre estos recursos limitados y debilitar su capacidad institucional general para actuar y lograr resultados en la principal área de los derechos humanos.

46. Por otro lado, es casi indudable que al establecer una alianza más estrecha con los migrantes y sus asociaciones, las organizaciones de derechos humanos pueden aumentar su alcance y visibilidad y ganar también en vitalidad y dinamismo. También queda igualmente claro que al construir coaliciones y alianzas mutuas tanto las organizaciones de derechos humanos como las asociaciones de migrantes podrían ser más efectivas para proteger y promover los derechos humanos de los migrantes. El reto que se abre a las organizaciones de derechos humanos es el de lograr beneficios de esa colaboración al mismo tiempo que se evitan las posibles desventajas –un asunto de establecer el equilibrio adecuado entre una aproximación rígida, insular y una aproximación de amplitud excesiva.

47. El problema de construir una coalición por supuesto que no es unilateral. Las asociaciones de migrantes (incluidas las organizaciones que sirven a los migrantes) también pueden tener sus propios problemas y limitaciones. En los países en donde las asociaciones de migrantes están bien establecidas, con mandatos y programas específicos para proteger los derechos humanos de los migrantes, el caso a favor de la construcción de coaliciones resulta evidente. Y si la legitimidad de este papel también es reconocida ampliamente dentro del país, las asociaciones de migrantes encontrarían conveniente formalizar vínculos interinstitucionales bilaterales con organizaciones de derechos humanos o a través de la organización nacional de derechos humanos, si existe ese organismo. Pero la situación no siempre es tan simple y directa. Algunas asociaciones de migrantes orientadas al servicio que no comenzaron explícitamente con la protección de derechos humanos pueden resistirse a lanzar un programa de derechos humanos debido a la sensibilidad política que rodea al tema en el país o por su limitada capacidad institucional, o por ambas condiciones. Algunas de ellas pueden sin embargo decidir moverse gradualmente hacia el área de los derechos humanos, como se encontró de manera notable en la región asiática. Pueden luego considerar más expedito el beneficiarse de la guía y el apoyo provenientes de las organizaciones de derechos humanos, pero bajo un arreglo menos formal.

48. Finalmente, algunas organizaciones de migrantes, preocupadas por el bienestar y la asistencia, quizá no deseen hacerse cargo directamente de las acti-



vidades de derechos humanos; algunas pueden estar particularmente ansiosas por evitar una posición que pudiera ser contraria o ser percibida como contraria al estado, ya que esto podría limitar su cooperación con las autoridades públicas en otras áreas de su actividad. En esos casos, los vínculos interinstitucionales probablemente deban permanecer restringidos, aunque estos todavía podrían utilizarse bajo una cobertura más amplia para construir un apoyo público a favor de la igualdad y la tolerancia y para aumentar la conciencia de los migrantes acerca de sus derechos.

49. Las alianzas flexibles entre estos varios tipos de organizaciones a veces han sido bastante exitosas en la defensa de los derechos humanos de los migrantes por medio del establecimiento de programas y proyectos conjuntos y, con mayor frecuencia, campañas comunes en el ámbito nacional, como sucede en Japón. También en el nivel regional se ha progresado significativamente en la práctica de esas alianzas como se ilustra en el Asian Migrant Center y el Migrant Forum en Asia, el European Union Migrant Forum y el European Council on Refugees and Exiles en Europa y el South African Migration Project en Sudáfrica.

50. En pocas palabras, hay un margen considerable para fortalecer los vínculos o coaliciones interinstitucionales entre las organizaciones de derechos humanos y las asociaciones de migrantes. Sin embargo, no existe un modelo fijo o ideal para la construcción de esa colación. En mucho depende de la naturaleza, posición y fortaleza y otras características institucionales, no únicamente de las organizaciones de derechos humanos, sino también de las asociaciones de migrantes y de la situación específica de cada país.

EL DESAFÍO PARA EL ESTADO

¿Cuál debe ser el papel del estado en la administración de la creciente ola de migración y cómo ha de ajustarse la protección de los derechos humanos?

51. La migración internacional es uno de los mayores desafíos del siglo XXI –lo que puede haberse convertido en un cliché pero eso es más verdad que nunca. La movilidad humana, en términos de la cantidad de personas que participan y la intensidad de los traslados, nunca ha sido tan alta como lo es en la actualidad. Una cifra que se sitúa al menos entre los 19 y los 20 migrantes cruza fronteras cada minuto en el mundo actual. Muchos más están en espera, deseosos y ansiosos por trasladarse. Es paradójico que vivamos también en una época en que cada vez más países, ricos y pobres, equipados insuficientemente para administrar constructivamente estos flujos, se muestran cada vez menos dispuestos a admitir nuevos migrantes. En 1976, sólo el 6% de los 150 estados miembros de las Naciones Uni-



das estaban a favor de disminuir la inmigración. Para el 2002 esta respuesta aumentó casi siete veces, hasta el 40%, incluyendo a 193 estados miembros. Estas tendencias se han acentuado desde entonces por los ataques terroristas del 9/11 y los eventos subsiguientes.

52. La incongruencia derivada de ello está generando una importante tensión en el sistema migratorio mundial, acarreado con ello enormes costos humanos, sociales, económicos y políticos. Las políticas existentes en su mayor parte son reactivas y se enfocan hacia el interior, concentrándose en el control unilateral de la inmigración en vez de una administración de la migración por medio de la acción cooperativa. Tales políticas están resultando inadecuadas para abordar los nuevos desafíos y las nuevas oportunidades que la migración internacional presenta en la actualidad. Todavía peor, es frecuente que se produzcan efectos perversos. Un número creciente de personas cruza las fronteras desafiando las leyes y prácticas nacionales existentes. En Estados Unidos, por ejemplo, la cifra de los migrantes irregulares fluctúa alrededor de los 12 millones; a menos que se detenga esta tendencia, la razón entre los inmigrantes irregulares y los regulares pronto puede ser de 1:1. Se calcula que unos 2.4 millones de hombres, mujeres y niños son víctimas de tráfico de personas; y al menos el 20% de toda la mano de obra forzada es consecuencia de ese tráfico.⁷ En todo el mundo, se van a ese tráfico entre 30 y 40 mil millones de dólares anuales. La pérdida de valiosas vidas humanas –ya sea en el mar Mediterráneo o en la frontera México-Estados Unidos o en otra parte– se ha convertido en un acontecimiento cotidiano. Las tensiones entre las naciones, e incluso dentro de ellas, están a la alza.

53. Si, en un escenario contrastante, se administra adecuadamente la migración por medio de la cooperación internacional y ésta se hace ordenada y predecible, entonces puede ser inmensamente benéfica. Y las ganancias resultantes pueden ser compartidas entre todas las naciones, tanto las de origen como las de destino, aunque en diversos grados. Para ilustrarlo, un cálculo realizado en 1984 por Hamilton y Whalley mostraba que las ganancias en eficiencia provenientes de la remoción de las barreras a la movilidad laboral por encima de las fronteras podrían duplicar el ingreso mundial. Más recientemente, un análisis realizado por Dan Rodrik mostró que, dado que los salarios para los trabajadores con adiestramientos similares en los países desarrollados y en desarrollo difieren notablemente –por un factor de 10 o más frente a una diferencia en las mercancías y recursos financieros que rara vez exceden una tasa de 1:2– las ganancias de la apertura en la migración podrían ser enormes, aproximadamente 25 veces mayor que las ganancias de la liberalización del movimiento de bienes y capital.⁸ E incluso una modesta relajación en las restricciones en el movimiento de mano de obra –una

⁷ ILO 2005.

⁸ Rodrik calculaba que incluso una modesta relajación de las restricciones en los traslados de trabajadores –admisión temporal de trabajadores provenientes de países pobres que sumaran no más del 3% de la fuerza de trabajo de los países ricos– produciría un beneficio de \$ 200 mil millones de dólares para el mundo en desarrollo. 'Feasible Globalizations', Kennedy School of Government, Working paper Series RWP0 2029, Julio 2002. pp. 19-20.



admisión temporal de trabajadores provenientes de países pobres que sumara no más del 3% de la fuerza de trabajo de los países ricos— podría generar un beneficio de \$300 mil millones de dólares para el mundo en desarrollo.

54. De manera similar, el Banco Mundial calcula que un aumento en la emigración desde los países en desarrollo igual al 3% de la fuerza de trabajo de los países de altos ingresos (como en la hipótesis de Dani Rodrik) podría derivar en una ganancia global de salida de \$356 miles de millones de dólares en 2025. Esto es aproximadamente el doble de la ganancia global proveniente de la liberalización total del mercado de mercancías (utilizando el mismo modelo y suposiciones similares). Del incremento de \$356 miles de millones de dólares en ingreso global real aquellos en los países en desarrollo ganarían \$143 mil millones de dólares y sus migrantes \$162 mil millones (ajustando las diferencias en el poder adquisitivo entre los países de altos ingresos y los países en desarrollo).⁹

55. Por supuesto que estas estimaciones están incompletas en el sentido de que no toman en cuenta los costos o las externalidades negativas de la migración o sus efectos distributivos dentro de los países. Pero no obstante son indicativas de los significativos beneficios económicos que el mundo podría lograr de un sistema de migración ordenado y adecuadamente administrado. Los efectos positivos de los movimientos ordenados y más libres evidentemente van mucho más allá de las meras ganancias económicas. Facilitan el intercambio de ideas, innovaciones y valores, derivando en culturas florecientes y en enriquecimiento de la sociedad humana. Contribuyen a la paz y la estabilidad globales.

56. Para evitar las consecuencias de la creciente incongruencia en el sistema migratorio mundial y cosechar los enormes beneficios que puede ofrecer un régimen de migración ordenada y predecible, las naciones deben reunirse y acordar un nuevo marco multilateral para la administración cooperativa de la migración internacional.¹⁰ El nuevo arreglo ayudaría a evitar la brusca reacción de los países de destino ante la creciente presión de la emigración y tratar de encontrar maneras de lograr una armonía dinámica y sostenible que sustituya la creciente incongruencia migratoria. Para lograrlo, se seguiría una doble aproximación. Ayudaría a reducir presiones a la migración irregular y desordenada desde los países que envían excedentes de mano de obra; al mismo tiempo permitiría aumentar las oportunidades para el ingreso legal de nuevos migrantes, consistentes con el mercado de trabajo de los países receptores, las necesidades demográficas y de seguridad social, además de hacerlo con su capacidad general de absorción.

57. Con base en el principio de la apertura regulada, más específicamente, el régimen:

- Ayudaría a los países ricos a cubrir las necesidades reales del mercado de trabajo, de la seguridad social y demográficas relacionadas por medio de ingresos crecientes

⁹ Banco Mundial 2006.

¹⁰ Para una discusión más detallada del tema véase Bimal Ghosh (Ed) *Managing Migration: Time for a New International Regime?* (2000) Oxford, Oxford University Press. 1-26; 220-247.



- y ordenados de inmigrantes y a través de políticas de integración más efectivas y un uso más pleno de los recursos humanos de los inmigrantes;
- Promovería y ayudaría activamente a que los países menos pudientes en el sur redujeran las presiones tendientes a la migración desordenada por medio de un desarrollo de bases amplias, combinando la creación de empleos y el crecimiento económico con una distribución justa del ingreso;
 - Aseguraría una mayor coherencia entre las políticas migratorias y las políticas en otros campos relacionados como el comercio, ayuda e inversión en el ambiente en ambos grupos de países; y
 - Aseguraría una mejor protección de los derechos humanos y laborales sobre bases éticas y como condición esencial de una administración efectiva de la migración.

58. Incluiría y complementaría, pero no sustituiría a los dos regímenes de migración existentes –el que rige los flujos de refugiados (encarnado en la Convención de las Naciones Unidas de 1951 y su Protocolo de 1967) y el otro que regula el movimiento de personas naturales como proveedoras de servicios (o modo 4 según el Acuerdo General de Comercio en Servicios– GATS de la Organización Mundial de Comercio). También serviría como una contraparte pro-activa de los protocolos internacionales de 2000 sobre el contrabando y tráfico de personas e iría paralelo a las reglas globales que gobiernan la circulación de bienes, servicios y capital, pero sería distinto de ellas.

59. En otro lugar he discutido con cierto detalle los varios rasgos específicos del nuevo régimen (llamado “nuevo régimen internacional para el movimiento ordenado de personas” –New International Regime for Orderly Movement of People– NIROMF) y las condiciones de su sustentabilidad y éxito. He argumentado que los intereses comunes y complementarios de los países ricos y los países pobres, en especial en términos de la capacidad de los traslados humanos de ser predecibles y ordenados y la consecuente estabilidad nacional e internacional, además de las ganancias económicas, facilitará el bien común, visto bajo la teoría del régimen como uno de los pilares de un régimen global sostenible. Como en el comercio internacional, la negociación constructiva y los intercambios en intereses divergentes harán que cada uno de los países participantes se convierta en un ganador neto, aumentando el bien común.

60. También he argumentado que, lejos de ser una intrusión en la soberanía nacional, el nuevo régimen constituiría un arreglo interestatal de conveniencia, libremente negociado que llevaría a un enriquecimiento de la soberanía del estado y a un mejoramiento de su capacidad de lidiar con la migración como un tema global o transnacional como siempre lo ha hecho desde los días de Westfalia en 1864. Para ser viable, el arreglo propuesto debe ser planeado y desarrollado sobre un fundamento global, utilizando una combinación de procesos de consulta desde arriba y desde abajo. Ello es porque la migración contemporánea es predominantemente un proceso global –un rasgo concomitante de la globalización. No se



detiene en las fronteras de regiones o subregiones específicas, si es que alguna vez lo hizo. Los arreglos regionales y subregionales podrían ser complementarios con la iniciativa global y servir como piezas en la construcción, pero sólo dentro de un marco global armonizado. De otro modo, correrían el riesgo de avanzar por trayectos de política conflictivos, generando tensiones entre las regiones y aumentando la inestabilidad global.

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO UN ELEMENTO DE ENTRELAZAMIENTO ESENCIAL EN UN SISTEMA MUNDIAL DE MIGRACIÓN ORDENADA

61. Dado el tema principal de este texto, me centraría tan sólo en una de las características sobresalientes del régimen propuesto —específicamente, la protección de los derechos humanos. Como ya hemos discutido, existe una contradicción básica y directa entre la burda violación de los derechos humanos y el movimiento ordenado de personas. Esa violación genera traslados de personas a través de las fronteras de manera desordenada, impredecible y con frecuencia masiva, generando tensiones y conflictos entre los estados y absorbiendo a los países vecinos como ya hemos visto en los Balcanes, en África central, el cuerno de África y ahora en Sudán. Esto a su vez puede derivar fácilmente en una mayor violación de los derechos humanos, creando un círculo vicioso.

62. Los méritos de situar a los derechos humanos de los migrantes dentro de un más amplio régimen internacional armónico, de traslado ordenado de personas, se reconocen ahora gradualmente y encuentran eco en las organizaciones internacionales. Por ejemplo, las propuestas sometidas al congreso de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 2004 enfatizaban que:

[Un] régimen internacional basado en derechos para el manejo de la migración debe descansar en un marco de principios de buen gobierno desarrollados y puestos en práctica por la comunidad internacional que sean aceptables a todos y que puedan servir como base para la acción multilateral de cooperación... *un marco saludable tendría que incluir principios referentes a cómo organizar una forma más ordenada de migración que beneficie a todos* (cursivas nuestras).

63. Hay al menos tres poderosas consideraciones que explican porqué los estados nación tienen un interés vital y una obligación insoslayable de proteger los derechos humanos de los migrantes como parte importante de un arreglo multilateralmente armonizado. Consideran al estado nación más un aliado que un adversario en la lucha para proteger los derechos humanos de los migrantes.

64. Primero. El desarrollo significativo de la legislación internacional sobre derechos humanos desde el final de la Segunda Guerra Mundial ha impuesto una nueva obligación ética e indudablemente legal sobre el estado nación para prote-



ger estos derechos para todos en su territorio. Estos instrumentos fueron desarrollados por los estados mismos. De tal forma incluso los instrumentos no vinculantes y no ratificados ponen cuando menos una obligación ética en manos del estado para adherirse a las provisiones contenidos en ellos. Y, a pesar de continúan algunas diferencias entre los juristas, la mayoría está de acuerdo en el concepto de un conjunto universal de derechos humanos, aplicable a todos, incluidos los no nacionales. Con base en estos instrumentos y las obligaciones colectivas de los estados incorporadas en el marco cooperativo establecido por las Naciones Unidas, argumentan algunos, entre ellos Guy Goodwin-Gill, que los estados tienen una obligación colectiva de proteger a las personas que cruzan las fronteras.

65. Una nueva tendencia de pensamiento se ha establecido para reforzar estas consideraciones éticas y legales. Con el telón de fondo de la creciente atención a los derechos humanos y el rápido incremento en la importancia de la migración internacional en un mundo globalizado, algunos sociólogos argumentan que los migrantes han adquirido un status legal que trasciende la ciudadanía del estado y necesita reconocimiento en un nivel global o “post-nacional”. Aún más lejos, otros más, como Rainer Baubock, sostienen que dadas las dinámicas de la globalización económica es necesaria e inevitable una nueva ciudadanía transnacional con derechos asociados. Efectivamente, puede verse el comienzo de esas tendencias, aunque en un nivel regional y todavía tímido, en el concepto de ciudadanía de la UE con sus derechos y obligaciones, que son distintos de los aplicables a los nacionales de los estados miembros por sí solos.

66. Una segunda consideración que subyace a la responsabilidad del estado de proteger los derechos humanos de los migrantes se deriva y está estrechamente vinculada con sus prerrogativas soberanas y sus obligaciones básicas en otras áreas. Los estados, según la legislación internacional general, tiene la obligación de cooperar para resolver los problemas y conservar la paz y la estabilidad, incluido el orden en el traslado de personas y promover el progreso económico a través de relaciones amistosas entre ellos.

67. Estas responsabilidades en buena parte están interrelacionadas. Hemos hecho notar, por ejemplo, que la burda violación de los derechos humanos podría desatar movimientos desordenados e inoportunos, con efecto acumulativo, de cruce de fronteras, generando tensiones y conflictos entre los estados, amenazando la paz y la estabilidad internacionales. La responsabilidad del estado de mantener la paz y la estabilidad internacionales no puede por tanto divorciarse de su deber de proteger los derechos humanos y asegurar el orden en el traslado de personas. Es significativo que en 1991 fuera este vínculo el que proporcionara la principal justificación para que las Naciones Unidas autorizaran la intervención en Irak. La resolución del Consejo de Seguridad (núm. 687) señaló que la violación burda de los derechos humanos por parte del régimen iraquí generaba flujos masivos de salida de refugiados, los que a su vez amenazaban seriamente la estabilidad regional, y que esa situación, por lo tanto requería la intervención colectiva



según el capítulo VII del estatuto de las Naciones Unidas. ¿No es sorprendente que un dictado que guió la acción internacional durante la crisis reciba escasa atención de los gobiernos y los diseñadores de política en tiempos normales?

68. Permítaseme ahora voltear hacia la tercera consideración de importancia, misma que es a la vez pragmática y básica en cuanto a la obligación del estado nación con sus propios ciudadanos aun cuando estén como migrantes en otro estado. Cada vez más estados –según una encuesta reciente de la ILO, cerca del 25% de ellos– están involucrados en una escala significativa en el envío y recepción de migrantes simultáneamente. Esto requiere que el estado trate a los no nacionales que trabajan o viven en su territorio de la misma manera que quisiera que sus nacionales sea tratado fuera de éste. Si no el consecuente *quid pro quo* entre los estados haría imposible proteger los derechos y bienestar de sus propios ciudadanos. Es claro que la reciprocidad interestatal positiva a favor de la protección de los derechos de los migrantes puede garantizarse mejor dentro de un marco multilateral. Cuando el estado está convencido de que tiene una necesidad directa, centrada en el ciudadano, de proteger los derechos de los no nacionales, en más probable que mejore su desempeño en el interior y tome más seriamente su compromiso internacional en el renglón de los derechos humanos.

CONCLUSIÓN

69. Es clara la conclusión que se deriva de la discusión anterior, pero vale la pena repetirla. La protección de los derechos humanos y una sana administración de la migración internacional se interceptan entre sí. Quienes se preocupan por la protección de los derechos humanos y aquellos que participan en una mejor administración de la migración comparten un interés común. Esto resalta la importancia de alianzas más estrechas entre las organizaciones de derechos humanos y las asociaciones de migrantes. También el estado tiene un interés directo en la materia. Además de su deber ético y su obligación legal ineludibles de proteger los derechos humanos de todos, la responsabilidad individual y colectiva del estado nación en otras áreas vitales como el mantenimiento de la paz y la estabildades globales, junto con su propio interés centrado en sus ciudadanos, hacen inherente para el estado el proteger y promover los derechos humanos de los migrantes.

70. Visto desde esta perspectiva, el estado, los organismos dedicados a los derechos humanos y las asociaciones de migrantes parecerían compartir un interés común en la defensa de los derechos humanos de los migrantes. Una creciente conciencia de esta comunidad de intereses abría de unirlos y pavimentar el camino para muchas formas nuevas e innovadoras de cooperación mutuas. Con el tiempo esto podría sentar las bases para una agenda común y preactiva a la que el estado, las organizaciones de derechos humanos y las asociaciones de migrantes puedan



contribuir creativamente en conjunto, al mismo tiempo que promueven y permanecen fieles a sus propias vocaciones.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEINKOFF, T.A. y V. Chetail (Eds). 2003. *Migration and International Legal Norms*, T.M.C. Asser Press, La Haya.
- BENGOA, J. 1997 "The relationship between the enjoyment of human rights, in particular economic, social and cultural rights, and income distribution", Documento de ACNUR E/CN.4/Sub.2/1997/9.
- BAUBOCK, R. 1994 *Transnational Citizenship: Membership Rights in International Migration*, Edward Elgar, London.
- , 1993 *Age of Migration*, Guilford, Nueva York.
- CHAN, J. 1991 "The Right to Nationality as a Human Right", *Human Rights Law Journal*, 12(1-2).
- CHIMNI, B. S. 1999 "From resettlement to involuntary repatriation: Towards a critical history Of durable solutions to refugee problems", Working Paper No.2, Ginebra, Centre for Documentation and Research, ACNUR.
- CHOLEWINSKI, R. 1997 *Migrant Workers in International Human Rights Law: Their Protection in Countries of employment*, Clarendon Press, Oxford.
- COMMONWEALTH HUMAN RIGHTS INITIATIVE 1991 *Put Our World to Rights: Towards Commonwealth Human Rights Policy*, Londres
- COUNCIL OF EUROPE. 2000 *Council of Europe Achievements in the Field of Law: Nationality*, Strasbourg
- CRAVEN, M. *International Covenant on Economic, Social and Council Rights: A perspective on Development*, Clarendon Press, Oxford.
- CRUSH, J. 2001 "The dark side of democracy: migration, xenophobia and human rights in South Africa", *International Migration*, 38(6), Número especial 3/2000.
- DENT, J. 1998 Research paper on the social and economic rights of non-nationals in Europe, European Council on Refugees and Exiles (ECRE), Londres.
- FERRIS, E.G. 1993 *Beyond Borders; Refugees, Migrants and Human Rights in the Post Cold War Era*, World Council of Churches, Ginebra.
- GHOSH, B. 2003 "A Road strewn with stones: migrants' access to human rights", International Council on Human Rights Policy (ICHRP), Versoix, Suiza.
- , 1998 *Huddled Masses and Uncertain Shores: Insights into Irregular Migration*, Kluwer Law International, Hague and Cambridge, EUA.
- GHOSH, B. (Ed.). 2000 a *Return Migration: Journey of Hope or Despair?* IOM and the United Nations, Ginebra
- , 2000b *Managing Migration: Time for a New International Regime?* Oxford University Press, Oxford.
- GOODWIN-GILL, G. 1995 "The right to leave, the right to return and the question of a right to remain", in V. as (Ed.), Gowlland-Debbas(Ed.) *The Problem of Refugees in the Light of Contemporary International Law Issues*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, Boston y Londres.



- _____, 2000 "Migration: International Law and Human Rights", in B. Ghosh (Ed.), *Managing Migration: Time for a new International Regime?* Oxford University Press, Oxford.
- GZESH, S. 2006 *America's Human Rights Challenge*, Migration Policy Institute, Washington, D.C.
- HATHAWAY, J. y J. Dent. 1995 *Refugee Rights: Report on a Comparative Survey*, York Lanes Press, North York, Ontario.
- HOLLIFIELD, J. 2000 "Migration and the 'new' international order: the missing regime", in B. Ghosh (Ed), *Regime?*, Oxford University Press, Oxford.
- IOGNA-PRATT, M. 1995 "Nationality and statelessness issues in the newly independent states", in V. Gowlland-Debbas (Ed.), *The Problem of Refugees in the Light of Contemporary International Law Issues*, Martinus Nijhoff, Publishers, La Haya, Boston y Londres.
- INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY (ICHRP). 2002 *Human Rights after September 11*, Versoix, Suiza.
- _____, 2006 *Human Rights Standards: Learning from Experience*
- _____, 2004 *Enhancing access to Human Rights*
- International Labour Office (ILO) 2004 *Towards a Fair Deal for Migrant Workers in the Global Economy*, ILO, Ginebra
- _____, 1999 *Migrant Workers*.
- ILO/IOM/UNHCR. 1994 *Migrants, Refugees and International Cooperation*, Ginebra.
- International Commission of Jurists. 1999 *The Review: Globalisation, Human Rights and the Rule of Law*, ICJ, Ginebra.
- International Organization for Migration 2000 *Migrant Trafficking and Human Smuggling in Europe*, IOM, Ginebra.
- Jacobson, D. 1996 *Rights Across Borders: Immigration and the Decline of Citizenship*, John's Hopkins University Press, Baltimore.
- _____, 1998 *International Migration Law*, revised, 2nd ed., Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht.
- _____, 2007 Lieven, A. "Humanitarian Action Can Mask an Imperial Agenda" *Financial Times*, 21 de agosto. Londres.
- MACDONALD, Euan y Ryszard Cholewinski, (2007) *The Migrant Workers Convention in Europe: Obstacles to the Ratification of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families: EU/EEA Perspectives*, UNESCO Migration Studies Series, París, 2007.
- SCHACHTER, O. 1991 *International Law in Theory and Practice*, Kluwer Law International, La Haya.
- SOYSAL, Y. 1994 *The Limits of Citizenship*, University of Chicago Press, Chicago.
- UNITED NATIONS, Population Division
- 1998 *International Migration Policies*, United Nations, New York.
- 2002 *International Migration Report 2002*, United Nations, New York.
- UNITED NATIONS COMMISSION ON HUMAN RIGHTS
- 1999 Report of the working group of inter-governmental experts on the human rights of migrants, United Nations, Geneva, UN document E/CN.4/1999/80.
- UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (UNHCR/ACNUR)
- 1997 *The State of the World's refugees; A Humanitarian Agenda*, Oxford University Press, Oxford.



- VAN KRIEKEN, P. "Migrants rights and the Law of the Sea: Further efforts to ensure universal participation" 45(1) 2007)
- WERNER, H. 1994 "Integration of foreign workers into the labour market: France, Germany, the Netherlands and Sweden", World Employment Working Paper, ILO, Ginebra.
- WIHTOL DE WENDEN, C. 1992 "Immigration and citizenship: dilemmas in using political instruments to promote the integration of immigrants in France", paper presented at the Conference on Mass Migration in Europe, Viena, Marzo 1992.

