

COYUNTURA Y DEBATE

REPLANTEANDO EL DEBATE SOBRE MIGRACIÓN Y DESARROLLO CON BASE EN LOS DERECHOS HUMANOS

SUSAN GZESH*

El debate sobre migración y desarrollo no puede ni debe ser disociado de la agenda de derechos humanos.

Mientras las tendencias actuales hacia la flexibilidad de los mercados y la reducción de los estándares laborales afecta a los trabajadores en todo el mundo, los trabajadores migrantes enfrentan el mayor riesgo y se encuentran sujetos a las condiciones sociales y laborales más vulnerables.

En este contexto, la AGP busca promover la protección efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales de los migrantes y sus familias, aplicando herramientas de referencia como la noción de «desarrollo humano» de la PNUD y la agenda de «trabajo decente» de la OIT.

ACCIÓN GLOBAL DE LOS PUEBLOS, 2010.

En noviembre del 2009, durante la sesión de clausura del Foro Mundial sobre Migración y Desarrollo (FMMMD) en Atenas, Grecia, el representante del gobierno mexicano anunció que los derechos humanos serían uno de los temas centrales del FMMMD de 2010 en México. Sin embargo, cuando se anunciaron

los temas oficiales a principios de 2010, los «derechos humanos» habían sido reemplazados por «desarrollo humano», bajo la presión de estados poderosos que integran los «Amigos del Foro».² Lo anterior no tomó por sorpresa a los observadores del proceso del FMMMD, puesto que había sido claro desde el inicio del proceso que

* Profesora titular en el Centro de Estudios Internacionales. Dirección electrónica: sgzesh@uchicago.edu.

los gobiernos dominantes no permitirían ninguna discusión seria sobre los derechos humanos dentro de su marco temático.³

Desde sus inicios, el proceso del FMMD ha tenido dos distintas asambleas de la sociedad civil que han intentado influir en las agendas gubernamentales. Una sesión oficial de las Jornadas de la Sociedad Civil (JSC), sostenida inmediatamente antes de las juntas intergubernamentales, se compone por delegados seleccionados por un Comité Asesor Internacional del FMMD. Los temas de discusión de las JSC se limitan a los temas oficiales de las juntas gubernamentales.⁴ Simultáneamente, o justo antes de las JSC, un grupo autónomo de ONG y organizaciones dirigidas por migrantes, llamado Acción Global de los Pueblos sobre Migración y Desarrollo, se reúne para discutir temas de su elección.⁵

En el FMMD de 2010, sería responsabilidad de la sociedad civil, representada por la Acción Global de los Pueblos sobre Migración, Desarrollo y Derechos Humanos (AGP) y miembros simpatizantes de las Jornadas de la Sociedad Civil, reintegrar los derechos humanos a la discusión sobre políticas de migración y desarrollo. Además del artículo sobre el

desarrollo de un marco conceptual de la AGP (distribuido en julio de 2010),⁶ se sostuvo una junta preliminar de los representantes de la AGP en la ciudad de México en septiembre de 2010 para reforzar el enfoque en derechos humanos.

El presente artículo fue escrito para la junta preliminar de septiembre y fue presentado de nuevo en la reunión formal de la AGP en noviembre de 2010 en México.⁷ Al final de los tres días de reuniones de la AGP en la ciudad de México (previos a las reuniones del FMMD en Puerto Vallarta), la AGP emitió un comunicado oficial cuya primera petición era «una aproximación a la migración y al desarrollo centrada en los derechos humanos».⁸ Durante el FMMD en Puerto Vallarta, el gobierno mexicano extendió una invitación a los representantes de la AGP para unirse a los delegados de la JSC en una reunión cara a cara con los representantes del gobierno, siendo ésta la primera vez que se le había dado tal acceso a la AGP. Aunque la continuidad del proceso mismo del FMMD sea dudosa,⁹ las organizaciones autónomas de la sociedad civil que componen la AGP seguirán siendo firmes defensores de los derechos humanos tanto de migrantes

² <http://www.gfmd.org/en/media-gallery/mexico-2010/mexico-2010-news/175-mexico-holds-second-round-of-preparatory-meetings.html>

³ <http://www.gfmd.org/en/gfmd-process/the-themes-discussed-at-successive-meetings.html>

⁴ Véase el sitio web del FMMD para una descripción general de las Jornadas de la Sociedad Civil. <http://www.gfmd.org/en/process/civil-society.html>

⁵ Véase el sitio web de la Acción Global de los Pueblos: <http://www.accionglobalmexico.org/iindex01.php>

⁶ Raúl Delgado Wise, Humberto Márquez Covarrubias y Rubén Puentes, «Reframing the Debate on Migration, Development, and Human Rights» 2010, PGA.php

⁷ Este documento no es un manual para el uso de los instrumentos y mecanismos para la defensa de los derechos de los trabajadores migrantes y de los solicitantes de asilo. Un proyecto así se encuentra más

como de personas en riesgo de migración dentro de las políticas internacionales de cualquier carácter.

LOS DERECHOS HUMANOS SON UNIVERSALES Y PORTABLES: LOS ESTADOS SON RESPONSABLES DE SU PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN

Antecedentes

¿Quién tiene derechos humanos?

Los derechos humanos universales son derechos plasmados en declaraciones y tratados (ratificados por la mayoría de los países del mundo) que le pertenecen a todas las personas. Es claro que la Organización de las Naciones Unidas, al aprobar la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, buscó establecer un régimen de derechos que trascendiera la ciudadanía nacional. Durante la Segunda Guerra Mundial y el periodo inmediato de la posguerra, millones de personas perdieron sus hogares y ciudadanía y se vieron obligados a cruzar fronteras hacia países que no tenían ningún interés en protegerlos como seres humanos. La desnaturalización y expulsión de los judíos de estados

europeos ocupados por los Nazis durante la guerra, las divisiones de Pakistán e India, y Palestina e Israel en 1948, y el éxodo de ciudadanos de los estados de Europa del Este recién declarados comunistas fueron experiencias presentes en la mente de los delegados de las Naciones Unidas que aprobaron la DUDH en diciembre de 1948.

Es por esto que los tratados y declaraciones internacionales de los derechos humanos reflejan el consenso internacional de proteger los derechos de todas las personas, sin importar su ciudadanía o ubicación. Como lo estipula la DUDH, los migrantes son, antes que nada, seres humanos incluidos en el «toda persona» del artículo 2:¹⁰

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos» (DUDH, art. 1) // Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración (DUDH, art. 2).

Los tratados regionales de derechos humanos también garantizan los principios de universalidad y portabilidad. La Declaración Americana de los Derechos

allá del alcance de este documento y ha sido desarrollado por otros autores. ONG y otras organizaciones de la sociedad civil han usado las normas internacionales sobre derechos humanos para levantar quejas, peticiones y reportes ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, junto con la Organización Internacional del Trabajo, en la Comisión Inter-Americana y Corte de Derechos Humanos; ante la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana para las Personas y los Derechos Humanos; en la Corte Internacional de Justicia en la Haya, los Relatores Especiales de Naciones Unidas y Comisiones Inter-Americanas, así como ante otros organismos.

⁸ <http://www.accionglobalmexico.org/doc/PGA-FinalStatement.pdf>

⁹ El FMMD ha anunciado que, en vista de una conferencia en 2011, se celebrarían una serie breve de juntas temáticas. <http://www.gfmd.org/en/media-gallery/news/25-news-swiss-2011/128-swiss-gfmd-chair-lays-the-groundwork-for-2011-global-forum-on-migration-and-development-gfmd.html>

y Deberes del Hombre estipula que «los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la personalidad humana», y en el artículo 17 se declara que «Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales».¹¹ De manera similar, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales garantizan el principio de derechos universales.¹²

¿Quiénes son migrantes?

Los migrantes son seres humanos cuyos países de origen ofrecen pocas o ninguna posibilidad decente de supervivencia o movilidad social, tanto personal como familiar, y por tanto deciden mudarse cruzando fronteras internacionales, muchos de ellos sin autorización. Los migrantes no pierden su cualidad de seres humanos con derechos humanos por el simple hecho de cruzar una frontera.¹³

¹⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 2, G.A. Resolución 217A, 10 de diciembre de 1948.

¹¹ La Declaración Americana fue aprobada por la Organización de los Estados Americanos 8 meses antes de que la DUDH fuera adoptada por las Naciones Unidas.

¹² «Todo individuo tendrá derecho al disfrute de los derechos y libertades reconocidos y garantizados en la presente Carta sin distinción de ningún tipo como raza, grupo étnico, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de otra índole, origen social y nacional, fortuna, nacimiento u otro status» (Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 2); «Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el [...] presente Convenio» (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 1).

¹³ Aunque ofrece una definición menos amplia que el uso común de la palabra «migrante», la Convención de Trabajadores Migratorios define a las personas que protege de la siguiente forma: «toda persona

¿Los estados son responsables de la protección de los derechos humanos de los migrantes?

La DUDH, a pesar de ser una declaración y no un tratado vinculante, enfatiza la universalidad de los derechos, implicando que todas las personas de todo el mundo tienen derechos (véase arriba).

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (DUDH, art. 2).

Adicionalmente, los estados miembros de las Naciones Unidas debe cooperar en la materialización de los derechos del desarrollo económico y social de «toda persona», como lo estipula la DUDH. Este principio debería ser fundamental en la evaluación de políticas de desarrollo económico que obligan a millones de familias a dejar sus países de origen en busca de viabilidad económica y supervivencia familiar.

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

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) es muy claro en cuanto a la responsabilidad de cada Estado de proteger los derechos civiles y políticos de todas las personas «dentro de su territorio», sin importar su calidad de ciudadanos o extranjeros.

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

que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional». Pero excluye a diplomáticos, inversionistas, refugiados y estudiantes (CTM, art. 2.1). «A los efectos de la presente Convención, el término “familiares” se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares...» (CTM, art. 4).

¹⁴ Ciertos tratados sobre derechos humanos permiten la discriminación limitada entre ciudadanos y extranjeros, lo que podría aplicar en estados de tránsito o destino de la siguiente forma: en tiempos de «emergencia nacional», el PIDCP permite la restricción limitada del tránsito interno de extranjeros y de los derechos políticos de todos (esto podría aplicar en estados de tránsito y destino). El PIDESC le permite a los estados con niveles bajos de desarrollo darle prioridad a sus ciudadanos en los programas de asistencia social. Sin embargo, la obligación que tienen los estados de origen de promover el desarrollo económico de sus propios ciudadanos, es decir «migrantes potenciales», carece de cualificación.

De este modo, el principio de universalidad, tal y como se expresa en los instrumentos de derechos humanos citados previamente, mantiene que los estados de origen, tránsito y residencia son todos responsables de la protección de los derechos humanos de los migrantes, incluyendo aquellos que poseían antes de haber cruzado una frontera, convirtiéndose en «migrantes».¹⁴

Y, a pesar de ser un tratado relativamente débil, ratificado únicamente por 39 estados, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias (Convención de Trabajadores Migrantes o CTM) establece que:

La presente Convención será aplicable durante todo el proceso de migración de los trabajadores migratorios y sus familiares, que comprende la preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el período de estancia y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, así como el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual (CTM, art. 1.2).¹⁵

Es así que la CTM incluye las responsabilidades de los estados de origen, tránsito y destino.¹⁶

Disposiciones relevantes en materia de derechos humanos¹⁷

¿Qué son los derechos humanos?

Después de que Naciones Unidas aprobara el DUDH y ratificara la Convención para los Refugiados y la Convención contra el Genocidio, pasaron varias décadas antes de que nuevos tratados obligaran a los países a respetar Derechos Humanos específicos. Los principales tratados internacionales son el PIDCP¹⁸ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).¹⁹

El PIDCP obliga a los estados partes a proteger los derechos de «todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción»; en otras palabras, tanto ciudadanos como extranjeros (PIDCP, art. 2.1). Los derechos protegidos por el PIDCP incluyen todos los derechos políticos y civiles, entre ellos, el derecho a la vida (art. 6.1), la prohibición de la tortura (art. 7), los derechos a la libertad, privacidad y seguridad personal

(art. 9.1), el derecho al debido procedimiento legal y a la igualdad ante la ley (art. 9, 10, 14 y 16), libertad de culto (art. 18), libertad de expresión (art. 19), el derecho de libre asociación (incluso el afiliarse a sindicatos) (arts. 21 y 22), el derecho a la participación política (arts. 22 y 25), el derecho al matrimonio (art. 23), y el derecho a vivir sin discriminación racial o de cualquier otro tipo (art. 26). El PIDCP también otorga a los niños el derecho a la protección, así como a tener un nombre y una nacionalidad (art. 24). Estos derechos civiles y políticos protegen entonces a personas «en riesgo de migración» en sus estados de origen, a migrantes en tránsito y a migrantes asentados.

Por otro lado, el PIDESC garantiza que los estados avancen hacia la «realización progresiva» de una gran variedad de derechos económicos y culturales,²⁰ tales como el derecho al trabajo (art. 6) y a condiciones laborales justas y favorables como salarios suficientes para proveer una vida digna, días de descanso y días de asueto pagados (art. 7), el derecho a formar sindicatos o afiliarse a ellos (art. 8), el derecho a la seguridad social (art.

¹⁵ La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, en adelante CTM, fue adoptada por la resolución 45/158 de la Asamblea General el 18 de diciembre de 1990 y entró en vigor en 2003.

¹⁶ Por desgracia, pocos estados destino han ratificado la CTM (véase la discusión posterior).

¹⁷ Este documento, debido al tiempo con el que dispusimos para su preparación, no incluye referencias a los acuerdos regionales sobre Derechos Humanos efectivos en África, América y Europa, que también protegen a migrantes, refugiados y solicitantes de asilo.

¹⁸ El PIDPC entró en vigor el 23 de marzo de 1976. A la fecha 164 países lo han ratificado.

¹⁹ El PIDESC entró en vigor el 3 de enero de 1976. A la fecha, más de 160 países lo han ratificado. Estados Unidos ha firmado, mas no ratificado, el PIDESC.

9), y a «un nivel de vida adecuado [...] incluso alimentación, vestido y vivienda» (art. 11). El PIDESC también provee «la más amplia protección y asistencia posibles» para las familias, especialmente para las madres y los niños (art. 10), el derecho a gozar de buena salud física y mental (art. 12), el derecho a la educación (art. 13) y el derecho a disfrutar de la cultura y la ciencia (art. 15). Derechos que son particularmente importantes si se consideran las políticas económicas en los estados de origen y los derechos de los migrantes en los estados de destino.

Subsiguientes tratados internacionales de derechos humanos garantizan los derechos de ciertos grupos vulnerables como mujeres, niños y migrantes, prohíben el uso de la tortura, y protegen ante la discriminación por motivos de raza, sexo y nacionalidad. Otras declaraciones y documentos de las Naciones Unidas, ratificados por la Organización Internacional del Trabajo, reconocen los derechos de trabajadores, pueblos indígenas, prisioneros y el derecho al desarrollo.²¹

La CTM entró en vigor en 2003 y establece pocas obligaciones para los estados de origen, como evitar la doble tributación sobre las ganancias de los migrantes y prevenir los cargos excesivos por documentos de salida o pasaportes, enfatizando las obligaciones de los estados de tránsito y destino. Sin embargo, incluso después de una campaña para su ratificación por parte de organizaciones de la sociedad civil, el tratado ha sido ratificado casi exclusivamente por estados de origen de los migrantes y muy pocos de los estados que reciben migrantes, donde sus derechos se encuentran en mayor riesgo.²² El reporte sobre desarrollo humano del PNUD del 2009 clasifica a los países de acuerdo al índice de desarrollo humano (IDH) y registra los tratados sobre derechos humanos que cada país ha firmado o ratificado; ninguno de los 43 países con mayor IDH ha ratificado la CTM.²³ Esta convención es útil para determinar las violaciones a los derechos humanos cometidas contra los migrantes en sus estados de origen y en estados de tránsito y destino; sin embargo, pocos estados de destino son partes del tratado.

²⁰ En contraste con las responsabilidades de los estados de acuerdo al PIDCP (que deben garantizar los derechos civiles y políticos), de acuerdo al PIDESC, los estados están obligados solamente a realizar avances para que las personas ejerzan sus derechos económicos, sociales y culturales, con base en el máximo de recursos disponibles. Sin embargo, todos los estados están obligados a proteger estos derechos a través de la asistencia y cooperación internacional (ver artículo 2.1).

²¹ Nótese que las «declaraciones» como la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo son declaraciones consensuadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, pero no tienen ningún poder para ratificar los tratados.

²² Entre los 41 países que han ratificado la CTM, hay pocos que son receptores de migrantes, como son Argentina y Chile. Algunos de los países son de origen y destino.

EL USO DE LOS DERECHOS HUMANOS PARA EVALUAR LAS CONDICIONES Y POLÍTICAS QUE FOMENTAN LA EMIGRACIÓN

Antecedentes

Los factores económicos no son los únicos que influyen en la decisión de emigrar;²⁴ sin embargo, la falta de oportunidades de desarrollo personal y económico es un motivo clave para muchos de los migrantes. La Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1986, es una herramienta interesante para la evaluación de las condiciones de los países de origen²⁵ de los migrantes y contiene artículos que sostienen que:

el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable [...] para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los Derechos Humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar del él (art. 1.1).²⁶

En 2008, el Grupo Global sobre Migración (un agrupamiento de agencias de

las Naciones Unidas) expuso en un reporte durante las sesiones del FMMD en Filipinas:

La privación del derecho humano al desarrollo es una de las causas principales de la migración. Un enfoque de Derechos Humanos que enfatice la responsabilidad del Estado para garantizar los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos *ab initio* contribuiría a reformular las políticas sobre desarrollo de tal manera que se reduciría la emigración causada por la incapacidad de los Estados para garantizar que las personas puedan ejercer su derecho al desarrollo («Challenges and Opportunities on the Threshold of the 60th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights»).

En 2009, el PNUD hizo público un reporte de gran relevancia que argumenta que la migración es el producto de la distribución desigual de oportunidades para el desarrollo humano. El PNUD utiliza el «enfoque de las capacidades», un marco analítico que promueve políticas que les permitirían a todas las personas desarrollar sus capacidades por completo,

²³ Los países 44 (Chile), 49 (Argentina), y 50 (Uruguay) le siguen. No es hasta después de Montenegro (país 65) que la lista comienza a incluir países que han firmado y ratificado el tratado. Después del país 100 (Jamaica) aproximadamente la mitad de los países con niveles Medios y Bajos de IDH han firmado o ratificado, estos países son en su mayoría países de origen de migrantes.

²⁴ «El factor determinante de la migración desde México y en todo el mundo [son]: profundas desigualdades, inseguridad, y la falta de oportunidades [...] La migración sigue siendo forzada por el impulso saludable y humano de la reunificación familiar...»

²⁵ Es importante tener en cuenta que la Declaración del Derecho al Desarrollo es solamente eso: una declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas y no un tratado internacional ratificado por los estados.

²⁶ Artículo 1.1.

por medio del acceso a la educación, a los recursos y a un nivel de vida adecuado.²⁷ Ese análisis no enfatiza el derecho que tienen los individuos de exigirle tal acceso al Estado (a los migrantes y a las personas en riesgo de migración no se les presenta como sujetos de derecho), sino que establece argumentos morales y pragmáticos más amplios y generales a favor de la promoción del bienestar humano mundial. Sin embargo, por medio de la ratificación de instrumentos de derechos humanos, los estados adquieren obligaciones por las que se les puede responsabilizar, como la obligación de promover y proteger los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) de todas las personas (PIDPC, PIDESC).

Un paradigma de los derechos humanos podría esclarecer las responsabilidades de los estados de origen. En estados con altos niveles de emigración, la retórica oficial expresa pena por la «fuga de cerebros», el éxodo de las habilidades y por la explotación de sus ciudadanos en el extranjero; sin embargo, algunos estados de origen consideran la emigración a gran escala como un factor positivo que promueve la seguridad nacional: las remesas enviadas por los migrantes ayudan a aliviar el impacto del desempleo y la falta de desarrollo que, de otro modo, podría desestabilizar a los estados. La voluntad

de los estados de frenar o poner fin a la emigración estará sujeta al desarrollo de un modelo económico que le permitiera a los estados de origen eliminar poco a poco su dependencia a las remesas. De acuerdo con Stephen Castles:

Muchos países menos desarrollados han identificado la exportación de mano de obra como determinante clave para reducir el desempleo, mejorar la balanza de pagos, garantizar habilidades e inversión de capital, y estimular el desarrollo. En algunos casos, la exportación del descontento y la reducción de la tensión política también se convierten en metas. La migración podría convertirse en un sustituto al desarrollo en lugar de un factor que contribuye al desarrollo (Castles, 2004: 860).

Evidentemente, no todos los residentes de países en vías de desarrollo y que sufren de privaciones en sus derechos humanos económicos, sociales, ambientales, o culturales deciden dejar su país, muchos se quedan y participan en movimientos de oposición política y defienden el respeto de los derechos, otros se resignan a la difícil situación, mientras otros más se hunden en la pobreza y la desesperanza.

Es más fácil trazar la conexión entre las violaciones a los derechos humanos en los estados de origen y la huida de refugiados que escapan de la represión

²⁷ El «enfoque de las capacidades» fue teorizado inicialmente y popularizado por el economista y Premio Nobel Amartya Sen y por la filósofa Martha Nussbaum: «Este concepto [...] el enfoque de las capacidades [...] ha estado al centro de nuestra ideología desde el primer Reporte de Desarrollo Humano de 1999, y sigue siendo de gran relevancia para el diseño de políticas efectivas para el combate a la pobreza y la privación» (UNDP, 2009, 14).

o la persecución. Así como los refugiados, los «migrantes económicos» también huyen de situaciones en las que los estados han sido incapaces de proteger sus derechos humanos. Las soluciones orientadas a resolver las crisis de refugiados buscan mejorar las condiciones de los países de origen; del mismo modo, la solución al problema de la migración no autorizada podría encontrarse en las obligaciones de los países de origen de promover y proteger los derechos humanos del sector de la población que se encuentra «en riesgo» de emigrar de forma no autorizada. Más aún, los tratados básicos obligan a todos los estados, por medio de la cooperación internacional, a proteger los derechos económicos, sociales y culturales de todas las personas.

EL USO DE LOS DERECHOS HUMANOS PARA EVALUAR POLÍTICAS Y RESPONSABILIZAR A LOS ESTADOS DE ORIGEN

¿Qué normas de derechos humanos pueden usarse para evaluar si los estados cumplen con la obligación de promover el desarrollo y un nivel de vida adecuado para sus ciudadanos, en otras palabras, garantizar a las personas el «derecho a no migrar»?

1) *La Declaración Universal de Derechos Humanos*,²⁸ que todos los estados Miembros de las Naciones Unidas están obligados a respetar, contiene las

garantías básicas de derechos económicos, sociales y culturales:

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

2) *El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, tratado firmado y ratificado por 160 países:

«Cada uno de los Estados Partes [...] se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que

²⁸ La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados [...] la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos» (art. 2.1). Algunos de los derechos garantizados por el PIDESC incluyen: el derecho al trabajo, a condiciones laborales justas y favorables y a formar sindicatos o afiliarse a ellos (arts. 6, 7, y 8); el derecho de todas las personas a tener un nivel de vida adecuado, incluyendo alimentación, vestido y vivienda (art. 11); el derecho de todas las personas a «el más alto nivel posible de salud física y mental» (art. 12); el derecho de todas las personas a la educación (art. 13).

3) *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, ratificado por 164 países, el PIDCP obliga a cada Estado Partido a proteger los derechos civiles y políticos de «todos los individuos que se encuentren en su territorio» (art. 2.1). Donde los derechos civiles políticos de muchos ciudadanos son violados por el Estado, gobiernos no democráticos promueven políticas económicas y sociales que hacen caso omiso de los intereses de esos sectores, creando condiciones en las que la emigración se convierte en una opción de supervivencia y la única oportunidad de movilidad social. Las multicitadas palabras del economista ganador del Premio Nobel, Amartya Sen, que dicen que en las democracias no hay hambruna sirven para ilustrar el principio de que un proceso político abierto tiene altas probabilidades de contribuir al bienestar

económico del mayor número de personas. Es así que las violaciones de los derechos civiles y políticos en los países de origen se encuentran frecuentemente entre las causas de la emigración. Algunos de los derechos garantizados por el PIDCP incluyen: el derecho a la libertad de opinión y expresión (art. 19), a la libertad de religión y de culto (art. 18), al libre tránsito dentro del país (art. 12), a salir de cualquier país y reingresar al país propio (art. 12), a participar en la dirección de los asuntos públicos, así como a votar (art. 25), a reunirse pacíficamente y a la libre asociación (arts. 21 y 22), a formar sindicatos y a unirse a ellos para la protección de sus intereses (art. 22), a no sufrir ningún tipo de discriminación en el ejercicio de los derechos contenidos en el PIDCP (art. 2), a ser reconocido como persona ante la ley y a la igualdad ante ésta (arts. 16 y 26) y al debido procedimiento legal previo a cualquier privación de libertad o propiedad (arts. 9, 10 y 11).

- 4) *La Convención sobre los Derechos del Niño* obliga a los estados a garantizar que: «El niño [...] crezca] en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión» (Preámbulo), «El niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos» (art. 9).
- 5) *La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus*

Familiares (Convención de los Trabajadores Migrantes). Aplica «durante todo el proceso de migración [...] que comprende la preparación para la migración [y] la partida» (art. 1) y obliga a los estados de origen a proteger a todos los migrantes y a sus familias (un migrante es «toda persona que vaya a realizar [...] una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional») (art. 2.1).

Es claro que la CTM imputa obligaciones a los estados para con sus ciudadanos antes y después de que estos emigren. La CTM garantiza que todos los migrantes y sus familias tengan derecho a «la protección efectiva del Estado contra toda violencia, daño corporal, amenaza o intimidación por parte de funcionarios públicos o de particulares, grupos o instituciones» (art. 16.2). Esta disposición podría aplicarse a las amenazas en contra de las familias en el país de origen por parte de redes de tráfico que pretenden cobrar cuotas o forzar a los migrantes en el extranjero a seguir trabajando. «Podrán salir libremente de cualquier Estado, incluido su Estado de origen» (art. 8.1). Esta disposición supone la prohibición de cargos excesivos por la expedición de pasaportes o sobornos solicitados para obtener contratos laborales. Asimismo, tienen derecho a «regresar en cualquier momento a su Estado de origen y permanecer en él» (art. 8.2) a recibir información de parte de su Estado de origen acerca de sus derechos en los estados de tránsito y empleo de su interés (art. 33).

La CTM obliga implícitamente a los estados de origen a proveer protección consular al establecer el derecho de los migrantes y de sus familias a recibir protección y asesoría consular en el artículo 23.

EL USO DE LOS DERECHOS HUMANOS PARA ESTABLECER LA RESPONSABILIZACIÓN DE LOS ESTADOS DE TRÁNSITO SOBRE LOS DERECHOS DE LOS MIGRANTES

Antecedentes

La horrenda masacre de 72 migrantes latinoamericanos en el Rancho San Fernando en el norte de México en agosto del 2010 es un recordatorio trágico de que los estados de tránsito son rara vez responsabilizados del bienestar y el respeto a los derechos humanos de los migrantes que cruzan sus territorios. Los migrantes no autorizados en tránsito son vulnerables a la extorsión por parte de servidores públicos, traficantes y ladrones; al secuestro, la violación, la explotación laboral, el encarcelamiento sumario, la deportación sumaria, a que se les niegue la protección de la policía, a condiciones inhumanas de detención y al abuso físico.

Por su condición de tránsito, estos migrantes carecen incluso del apoyo comunitario ofrecido por sus compatriotas y aliados a los migrantes no autorizados en sus países de destino. Los migrantes en tránsito dependen en gran medida de activistas y defensores de derechos humanos sobrecargados laboral y emocionalmente, provenientes de organizaciones

religiosas y ONG para obtener orientación, refugio, protección, alimentos y atención médica. Estos valientes defensores y activistas se han convertido también en la voz de los migrantes de tránsito para levantar quejas sobre las violaciones de sus derechos humanos. Muchos gobiernos de estados de tránsito tratan con negligencia su responsabilidad de proteger a los migrantes en tránsito.

Instrumentos relevantes de derechos humanos

La tarea de los migrantes y sus defensores consiste en utilizar los instrumentos internacionales de derechos humanos para responsabilizar a los estados de tránsito por los derechos humanos de los migrantes que atraviesan su territorio, así como responsabilizar a los estados de origen por los derechos humanos de sus ciudadanos en el extranjero. Bajo los acuerdos relevantes, y especialmente bajo la Convención de los Trabajadores Migrantes, es posible sostener la Responsabilidad de Proteger que tienen los estados de tránsito. Los deberes de los estados de origen pueden encontrarse en los instrumentos que constituyen y protegen las funciones de protección consular.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El PIDCP obliga a los estados partes a «respetar y a garantizar» los derechos de «todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción [...] sin distinción alguna

de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social» (art. 2). Algunos de los derechos relevantes para los problemas de los migrantes en tránsito incluyen: el derecho a la vida (art. 6), a no ser sometido a ningún tipo de tortura (art. 7), a no ser sometido a esclavitud o servidumbre (art. 8), a no ser sujeto de arrestos o detenciones arbitrarias sin el debido procedimiento legal (art. 9), a ser tratado «humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano» en caso de ser detenido (art. 10), a salir libremente de cualquier país (art. 12), al debido procedimiento legal de expulsión en caso de hallarse legalmente en el país en cuestión (art. 13), a ser reconocido como persona ante la ley y a la igualdad ante ésta sin sufrir ningún tipo de discriminación, particularmente por el origen nacional o algún otro estatus, y al debido procedimiento legal en cualquier proceso criminal (arts. 14 y 15).

La Convención de Trabajadores Migrantes. Muchos de los estados partes de la CTM son estados de tránsito. El tratado ofrece las siguientes protecciones respecto de los maltratos a manos de servidores públicos, traficantes y otras personas que buscan explotar a los migrantes en tránsito vulnerables: «Protección efectiva del Estado contra toda violencia, daño corporal, amenaza o intimidación por parte de funcionarios públicos o de particulares, grupos o instituciones» (art.

16.2), derecho a la libertad y a la seguridad personal (art. 16.1), a la vida (art. 9), a no ser sometido a ningún tipo de tortura, ni a tratos o penas crueles, inhumanas o denigrantes (art. 10), a no ser sometido a esclavitud, servidumbre o trabajos forzados (art. 11), a que la verificación de la identidad de parte de las autoridades se lleve a cabo de acuerdo a los procedimientos legales (art. 16.3) y a que los documentos de identidad, migratorios o pasaporte no sean destruidos o requisados de forma ilegal (art. 21), a no ser arrestado o detenido arbitrariamente (art. 16.4), a ser informado del derecho a recibir acceso consular y a comunicarse con autoridades consulares (art. 16.7), al debido procedimiento legal en caso de ser detenido, y a ser indemnizado en caso de haber sufrido un arresto o detención ilegales (art. 16.9); en caso de ser detenido, a ser tratado «humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano y a su identidad cultural», y a que se le aloje en locales distintos de los destinados a las personas condenadas, etcétera (art. 17) y a no ser objeto de medidas de expulsión colectiva (art. 22).

La Convención de los Trabajadores Migrantes establece implícitamente el deber afirmativo que los estados de origen tienen con sus ciudadanos en el extranjero, estipulando en el artículo 23 que:

Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recurrir a la protección y la asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas de

su Estado de origen, o del Estado que represente los intereses de ese Estado, en todos los casos en que queden menoscabados los derechos reconocidos en la presente Convención. En particular, en caso de expulsión, se informará sin demora de ese derecho a la persona interesada...

La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963. Las obligaciones que tienen los estados de proveer servicios consulares y garantizar el acceso a estos para personas detenidas se encuentran estipuladas en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963.²⁹ Las obligaciones adicionales de los estados con sus ciudadanos en el exterior pueden encontrarse en legislaciones nacionales o acuerdos bilaterales. El artículo 5 de la Convención de Viena define entre las funciones consulares (y de este modo insinuando la obligación de los estados de origen):

- a) proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional [...] e) prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas [...] i) representar a los nacionales del Estado que envía o tomar las medidas convenientes para su representación ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor,

de conformidad con la práctica y los procedimientos en vigor en este último, a fin de lograr que, de acuerdo con las leyes y reglamentos del mismo, se adopten las medidas provisionales de preservación de los derechos e intereses de esos nacionales, cuando, por estar ausentes o por cualquier otra causa, no puedan defenderlos oportunamente...

El artículo 35 garantiza el acceso de las personas detenidas a las autoridades consulares de su país de origen, asegurando la comunicación entre el personal consular y los ciudadanos. La Convención también garantiza que la persona detenida debe ser informada de su derecho a solicitar que las autoridades consulares de su país de origen sean notificadas de su detención o arresto; sin embargo, la persona debe consentir a la notificación consular. Las autoridades consulares también tienen garantizado el derecho a visitar a las personas detenidas.

EL USO DE LOS DERECHOS HUMANOS PARA ESTABLECER EL DEBER DE LOS ESTADOS DE DESTINO Y ASENTAMIENTO DE PROTEGER LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES

Con base en el principio de universalidad explicado previamente, los estados de destino están obligados a respetar los derechos humanos de los migrantes en términos de igualdad con sus propios

ciudadanos (con algunas excepciones). Casi todos los derechos reconocidos en la Declaración Universal de los derechos humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros tratados importantes sobre derechos humanos les son otorgados a «todas las personas», «todos los niños», «todos», «hombres y mujeres», etcétera.

Por lo tanto, todos los derechos estipulados en los instrumentos básicos de derechos humanos (PIDCP, PIDESC, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer) están garantizados tanto para ciudadanos como para extranjeros. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CIEFD) tiene una importancia especial, ya que muchas de las violaciones a los derechos humanos que sufren los migrantes a nivel mundial están basadas en el racismo y la xenofobia.

La Convención de los Trabajadores Migrantes garantiza explícitamente una gran variedad de derechos (como el derecho de ser considerado como una persona ante la ley, derechos laborales y de asociación sindical, acceso a la educación y a servicios médicos de emergencia, debido procedimiento legal en procesos criminales, etcétera [CTM, arts. 8-35]) bajo el principio básico de igualdad en el trato

²⁹ La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 entró en vigor el 19 de marzo de 1967 y, hasta el 2010, 174 la han ratificado.

de nacionales y migrantes. Los migrantes documentados («en situación regular») gozan incluso de más protecciones, tales como la libertad de tránsito, la elección del lugar de residencia, la posibilidad de reincorporarse al país después de una ausencia, la participación en la dirección de los asuntos públicos, la posibilidad de votar (cuando las legislaciones nacionales así lo permiten), el acceso a todos los servicios públicos bajo el principio de igualdad con los nacionales, etcétera (CTM, arts. 36–56). Sin embargo, han sido tan pocos los estados destino que se han convertido en estados partes de la Convención de los Trabajadores Migrantes que estas garantías siguen siendo más una aspiración que instrumentos aplicables.

A pesar de los principios de igualdad proclamados en los tratados de derechos humanos, ha habido un incremento alarmante en la disposición que tienen los estados de tolerar, o incluso de iniciar, la discriminación en todas las áreas de la vida de los migrantes y sus familias. Enumerar todos los derechos humanos estipulados en todos los tratados bajo los que los migrantes deberían de gozar (aunque muchas veces no lo hacen) de igualdad en la protección va más allá del alcance de este documento; sin embargo, es importante hacer notar que las áreas más problemáticas en este respecto son los derechos laborales y el acceso a la educación, a los servicios médicos, a los servicios humanos básicos, a la vivienda, el empleo y al trato justo en las cortes y por

parte de las fuerzas policiales. También hay una alarmante y creciente tendencia a criminalizar la migración irregular misma.

Los tratados básicos de derechos humanos les permiten a los estados limitar ciertos derechos políticos para ser ejercidos únicamente por sus ciudadanos,³⁰ les permiten a los países en vías de desarrollo la posibilidad de determinar si pueden o no garantizar los derechos económicos de las personas «no nacionales» (PIDESC, art. 2.3), requieren que los estados ofrezcan libertad de movimiento dentro del territorio nacional únicamente a «todos aquellos que se encuentren en su territorio de forma autorizada» (PIDCP, art. 12.1) y permiten explícitamente la expulsión de los extranjeros bajo ciertas garantías del debido procedimiento legal (PIDCP, art. 13).³¹

Los hijos de los migrantes son víctimas frecuentes de las violaciones a los derechos humanos, hayan nacido en el país de asentamiento de sus padres o no. En la mayoría de los países se ha priorizado el cumplimiento de las leyes migratorias por encima de los principios de unidad familiar o protección infantil reconocidos en los instrumentos de derechos humanos;³² miles de familias «mixtas» han sufrido separación internacional cuando uno o los dos padres son deportados.

En países que garantizan la ciudadanía bajo el principio de *ius solis*, a algunos hijos de migrantes se les ha negado

injustamente el acceso a lo que es su derecho legal. En otros países que se rigen bajo el mismo principio, los movimientos antiinmigrantes ejercen presión para la modificación o la abolición de los derechos de ciudadanía de ciertos sectores de la población. Los niños tienen el derecho humano a «tener una nacionalidad», pero los derechos humanos internacionales no les garantizan la ciudadanía (ya sea por nacimiento o a través del proceso de naturalización) del país donde nacieron.³³

Algunos países están restringiendo régimen legales anteriores que permitían la regularización de migrantes no autorizados. Una tendencia reciente para abrir el proceso de naturalización a los hijos de migrantes parece ir en reversa con el incremento del poder político de los grupos nativistas. No existe un estándar global ni un acuerdo de derechos humanos sobre la obligación de los estados de ofrecer la ciudadanía a los migrantes, a sus hijos, o incluso a sus nietos.

LOS DERECHOS HUMANOS DE LA DIÁSPORA

El derecho a regresar al país propio está garantizado por varios de los tratados básicos sobre derechos humanos: «Nadie será privado arbitrariamente del derecho de regresar a su país» (PIDCP, art.

12.3), «Todos tienen el derecho [...] de regresar a su país» (DUDH, art. 13.2). En un mundo globalizado de comunidades transnacionales, y considerando la dependencia de muchas economías de las remesas de los migrantes, el derecho de los migrantes a participar en las actividades políticas de sus países de origen ha recibido cada vez más atención. Algunos países han experimentado con el voto desde el exterior, mientras que muchos otros intentan fomentar la inversión y el regreso de los migrantes. Otros países tienen políticas cuestionables (o carecen por completo de ellas) para la reintegración de los migrantes que regresan a sus países de origen, particularmente aquellos nacionales que regresan después de haber cumplido sentencias en el extranjero.

El régimen internacional de derechos humanos ha prestado poca atención a las cuestiones en materia de derechos humanos de las diásporas y a los migrantes que regresan a sus países, más allá del derecho al regreso citado anteriormente. La Convención de Trabajadores Migratorios garantiza derechos políticos limitados en sus estados de origen a los migrantes y sus familias que estén «documentados o en situación regular», es decir, a «participar en los asuntos públicos de su Estado de origen, así

³⁰ El artículo 25 del PIDCP describe los derechos de los «ciudadanos» —en lugar de las «personas»—, término usado en todo el tratado, a participar en los asuntos públicos y votar.

³¹ Sin embargo, la Convención de los Refugiados prohíbe a los estados regresar a los individuos a un territorio donde su «vida o libertad puedan estar amenazadas» por motivos de raza, nacionalidad, religión, opinión política o membresía a un grupo social en particular» (CPRER, art. 33).

³² Convención sobre los derechos del Niño, artículo 9; PIDESC «La mayor protección posible debe ser otorgada a la familia» (art. 10).

como votar y ser votado en las elecciones del Estado de acuerdo a su legislación», obligando al Estado a facilitar el ejercicio de esos derechos «de forma apropiada y de acuerdo con su legislación» (art. 41).

Es claro que la cuestión de los derechos de la diáspora y las condiciones de regreso (ya sea voluntario o por medio de la deportación) merecen atención y análisis más profundos.

CONCLUSIÓN

Como se mencionó en la introducción, la tarea de la sociedad civil autónoma es la de situar los derechos humanos al frente y al centro de la discusión sobre las políticas de migración y desarrollo. La autora espera que este documento sea considerado como un primer paso en este proceso, y que sea extendido y enriquecido por la contribución de muchas voces, defensores, académicos, representantes sindicales y, más aún, por los mismos migrantes.

BIBLIOGRAFÍA

CASTLES, Stephen (2004), «The Factors that Make and Unmake Migration Policies», *International Migration Review*, vol. 38, núm. 3.

CHACÓN, Oscar y Amy Shannon (2008), «Migration and Development: Moving beyond NAFTA», *The Right to Stay Home*, Global Exchange, www.globalexchange.org/the-right-to-stay-home

DECLARACIÓN Universal de los Derechos Humanos (1984), Artículo 2, G.A. Resolución 217A, 10 de diciembre.

DELGADO Wise, Raúl, Humberto Márquez Covarrubias y Rubén Puentes (2010), «Reframing the Debate on Migration, Development, and Human Rights», PGA.

GLOBAL Migration Group (2008), «International Migration and Human Rights: Challenges and Opportunities on the Threshold of the 60th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights», http://www.globalmigrationgroup.org/pdf/Int_Migration_Human_Rights.pdf

GZESH, Susan (2008), «Redefining Forced Migration Using Human Rights», *Migración y Desarrollo*, vol. 8.

<http://www.mfasia.org/index.php?option=comcontent&view=article&id=189:2010-peoples-global-action-on-migration-development&catid=33:peoples-global-action&Itemid=54>

<http://www.gfmd.org/en/media-gallery/mexico-2010/mexico-2010-news/175-mexico-holds-second-round-of-preparatory-meetings.html>

<http://www.gfmd.org/en/gfmd-process/the-themes-discussed-at-successive-meetings.html>

³³ Convención sobre los derechos del Niño, artículo 7; PIDPC, artículo 24.3; Convención de los Trabajadores Migrantes, artículo 29 («el derecho a la nacionalidad»)

<http://www.gfmd.org/en/process/civil-society.html>

<http://www.accionglobalmexico.org/iindex01.php>

NUSSBAUM, Martha (2007), «Twentieth Anniversary Reflections: Human Capabilities and Human Rights», *Harvard Human Rights Law Journal*, vol. 20 (spring).

«Statement of the Peoples Global Action on Migration, Development, and Human Rights» (2010), ciudad de México, 5 de noviembre, <http://www.accionglobalmexico.org/doc/PGA-FinalStatement.pdf>.

UNDP (2009), «Selected conventions related to human rights and migration», *Overcoming Barriers: Human mobility and development*, Human Development Report 2009, <http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr2009/>.

UNITED Nations Development Program (2009), *Overcoming Barriers: Human mobility and development*, Human Development Report.

VIENNA Convention on Consular Relations of 1963, entered into force March 19, 1967, as of 2010, 174 nations have ratified it; <http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/vccr/vccr.html>