

Migración y derechos humanos. Reflexiones acerca de la protección de los derechos humanos frente a los retos contemporáneos de la migración internacional

Juan Pablo Terminiello

1. Introducción

El alcance actual y la complejidad de la movilidad humana a través de las fronteras internacionales revelan un fenómeno de múltiples dimensiones, económicas, culturales, políticas y sociales, que no debe escapar a su análisis desde un enfoque de derechos humanos. La migración es un fenómeno de alcance mundial «que afecta [...] prácticamente a todos los países del mundo»¹. Las causas subyacentes a la migración son variadas y revelan en muchos casos complejas situaciones asociadas a la falta de respeto y garantía de tales derechos, «la migración se produce por varias razones, las cuales son causas que no permiten que las personas se queden en sus propios países principalmente por la pobreza y la incapacidad de ganar su propio sustento o el de la familia; por los conflictos civiles y la inseguridad o la persecución por motivos de raza, origen étnico, religión, idioma u opiniones políticas»².

De acuerdo con las estimaciones que difunde la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), el número total de migrantes internacionales en todo el mundo en 2010 ascendía a 214 millones de personas³. Asimismo, se estima que una tercera

¹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resumen del Diálogo de alto nivel sobre la migración internacional y el desarrollo. Nota de la presidenta de la Asamblea General. A/61/515, 13 de octubre de 2006.

² COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. Derechos humanos de los migrantes: Informe presentado por la relatora especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 1999/44 de la Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/2000/82, 6 de enero de 2000, párrafo 14.

³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). *Informe sobre las migraciones en el mundo 2010. El futuro de la migración: creación de capacidades para el cambio*. Ginebra: OIM, 2010.

parte del total de la migración proveniente de países en vías de desarrollo podría encontrarse en situación migratoria irregular, una realidad que implica serios desafíos a la vigencia de sus derechos en los países de acogida. En el contexto más acotado de los países de América, el número de migrantes internacionales alcanzaba en el año 2010 la cifra de 57,5 millones de personas, lo que implicaría un aumento de aproximadamente 10,5 millones de personas en comparación con las estimaciones del año 2000⁴.

La migración internacional es un fenómeno que se vincula de un modo directo con (y a la vez incide en) el goce y ejercicio de derechos humanos de millones de personas en todo el mundo. El presente trabajo está dirigido a presentar algunos de los principales puntos de contacto entre el fenómeno de la migración internacional y la protección de los derechos humanos. Para poder cumplir con este objetivo, el trabajo plantea el análisis de la migración internacional desde un enfoque basado en derechos. El enfoque basado en los derechos humanos representa un marco conceptual para el estudio de la movilidad humana a través de las fronteras internacionales y el trato brindado a los migrantes en los países de acogida; que desde una mirada normativa está basado en las normas internacionales de derechos humanos, y desde el punto de vista operacional está orientado a la promoción y la protección de los derechos humanos de los migrantes.

El primer punto que habrá de abordar el artículo es la regulación en el derecho internacional de los derechos humanos del derecho de circulación y residencia, y en particular de aquellos componentes de este derecho que se relacionan con la movilidad de las personas a través de las fronteras internacionales y la posibilidad de fijar una residencia en un determinado territorio.

Una vez introducida la potestad que las normas de derechos humanos le reconocen a los Estados para regular el ingreso y permanencia de los extranjeros, habré de referirme a los estándares de derechos humanos como límites al ejercicio del poder regulatorio del Estado en materia de control migratorio. El segundo punto del trabajo está dedicado a presentar los límites que el respeto de los derechos humanos impone al rol y soberanía del Estado en la regulación de la política migratoria, y las tensiones que se plantean entre la protección de los derechos humanos de los migrantes y la implementación de políticas y prácticas de control de la migración amparadas por enfoques de la gestión migratoria que se centran en la seguridad y el control.

El tercer apartado de este trabajo habrá de abordar los desafíos para la protección de las personas en movimiento. Las fronteras internacionales han devenido en zonas

⁴ Ídem.

de especial riesgo para la vigencia y respeto de los derechos humanos. Los riesgos que enfrentan los migrantes a manos de las autoridades migratorias y las cada vez más extendidas redes de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, renuevan los retos para la protección de sus derechos. Como bien sostiene Miguel Carbonell, «el anecdotario de la crueldad en las fronteras o debido a ellas es interminable, y para nuestra vergüenza se alimenta día a día con una nueva tragedia»⁵. Los miles de migrantes desaparecidos en países de Centroamérica en su ruta de migración hacia los Estados Unidos⁶ y los más de 1500 hombres, mujeres y niños ahogados en el Mediterráneo tan solo en el año 2011⁷ son una prueba acabada de esta afirmación.

Un desafío particular para la protección de los derechos humanos en el contexto de la movilidad humana transfronteriza está dado por los denominados «flujos migratorios mixtos». Las causas que subyacen a la migración internacional de millones de personas en todo el mundo tienen hoy en día «su origen en un gran número de factores expulsivos y de atracción vinculados de diversas maneras a la seguridad, los derechos humanos y a causas expulsoras o de atracción socioeconómicas y geopolíticas»⁸. La aparente distinción que existía en el pasado entre las corrientes migratorias y las rutas del desplazamiento forzado de personas que huían como refugiados de la persecución y los conflictos se ha desvanecido. La realidad de la movilidad humana nos revela que «en la actualidad los solicitantes de asilo y refugiados están inmersos dentro de las mismas corrientes migratorias regionales y mundiales. Incluso en algunos casos, los refugiados se ven igualmente compelidos a recurrir a las redes de tráfico de migrantes y en no pocos terminan como víctimas de trata de personas para buscar su admisión en un Estado»⁹. Esta circunstancia determina que en muchos casos se trate como migrantes a personas que en realidad se encuentran necesitadas de protección internacional,

⁵ CARBONELL, Miguel. «Presentación: ¿Se justifican las fronteras en el siglo XXI?». En Will Kymlica. *Fronteras territoriales*. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 9.

⁶ Un informe de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México documentó entre los meses de abril y septiembre de 2010, un total de 214 eventos de secuestro, de los cuales, según el testimonio de las víctimas y testigos de hechos, resultaron 11 333 víctimas. Diversas organizaciones estiman en varias decenas de miles el número de migrantes desaparecidos durante los últimos años. Para más información véase: Informes Especiales de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos México, disponibles en: http://www.cndh.org.mx/Informes_Especiales; y Radio Nederland Latinoamérica, La caravana de los migrantes desaparecidos, 2de noviembre de 2011, disponible en: <http://www.rnw.nl/espanol/articulo/la-caravana-de-los-migrantes-desaparecidos>.

⁷ Véase ACNUR. Más de 1500 personas ahogadas o desaparecidas en el Mediterráneo en 2011. 31 de enero de 2012, disponible en: <http://www.acnur.org/t3/noticias/noticia/mas-de-1500-personas-ahogadas-o-desaparecidas-en-el-mediterraneo-en-2011/>.

⁸ ACNUR. *La protección de los refugiados y la migración mixta: El Plan de Acción de los 10*. Ginebra, febrero de 2011.

⁹ ACNUR. *Los flujos migratorios mixtos y la protección internacional de refugiados en las Américas: avances y buenas prácticas*. Documento presentado ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la Organización de Estados Americanos (OEA), 10 de marzo de 2006. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/4370>.

como refugiados o víctimas de trata, y no se les asegure su acceso a los derechos y protección acordada en las normas específicas que los amparan.

El tratamiento que se brinda a migrantes y refugiados es un elemento determinante para el análisis del apego a los valores democráticos y el compromiso con la protección de los derechos humanos de una determinada sociedad. El modo en que se trata a aquellas personas que no poseen la membresía a la comunidad política es un claro indicio del apego a los principios de no discriminación y al valor asignado en dicha sociedad al respeto de los derechos de las personas por su sola condición de tales. Lamentablemente, para muchos Estados «la situación migratoria irregular funciona como una frontera jurídica que impide el acceso a los derechos humanos fundamentales»¹⁰. Por ello, el último apartado de este trabajo está dirigido a presentar cómo la condición de irregularidad migratoria de las personas es utilizada en ciertos contextos como un argumento para limitar o directamente excluir a los migrantes irregulares del goce y ejercicio de derechos humanos fundamentales. Estas limitaciones abarcan desde el ejercicio de derechos civiles, como los que se afectan en situaciones que se aplican medidas de detención a migrantes irregulares, hasta medidas dirigidas a excluir a los migrantes irregulares del ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales como la salud o la educación.

2. La migración internacional y el derecho de circulación y residencia

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos reconocen el derecho de circulación y residencia como un derecho humano fundamental. El Comité de Derechos Humanos se ha referido a este derecho como «una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona»¹¹, resalta su valor esencial para la libertad y autonomía de las personas, y vincula su ejercicio al goce de otros derechos humanos fundamentales como el derecho al trabajo y la unidad de la familia.

A pesar de su importancia para el desarrollo de la autonomía personal, el derecho de circulación y residencia representa uno de los derechos humanos que pueden ser restringidos en función de la nacionalidad de sus titulares. Al igual que lo que ocurre con el ejercicio de los denominados derechos políticos, ciertos componentes del derecho de circulación pueden ser limitados en función de la pertenencia o membresía

¹⁰ CERIANI CERNADAS, Pablo y Ricardo FAVA (eds.). *Políticas migratorias y derechos humanos*. Remedios de Escalada: Ediciones de la Universidad Nacional de Lanús (UNLa), 2012, p. 13.

¹¹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General 27: Artículo 12 - La libertad de circulación. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 202, 1999, párr. 1.

de la persona a la comunidad política donde pretende ejercerlos. Nos encontramos, como claramente sostiene Uprimy, «frente a uno de esos derechos humanos cuya universalidad se encuentra parcialmente limitada por razones de soberanía nacional»¹².

En materia de libertad de circulación, el derecho internacional de los derechos humanos admite ciertas limitaciones a su ejercicio en función de la nacionalidad de las personas o de su situación migratoria en un determinado Estado. Esta situación determina que no todas las personas gocen de ese derecho de la misma manera. Resulta preciso entonces analizar los diversos componentes del derecho de circulación y residencia vinculados al desplazamiento de personas a través de las fronteras internacionales y el tratamiento diferenciado que corresponde a cada uno de sus componentes en función de la nacionalidad o del vínculo legal de las personas con un determinado Estado.

Distintos componentes del derecho de circulación y residencia se vinculan de un modo directo al tránsito de las personas a través de las fronteras internacionales y la regulación de la migración internacional. Comenzaré por referirme al derecho que se reconoce a toda persona a salir libremente de cualquier país. Este componente del derecho de circulación y residencia guarda el carácter de universal, ya que su reconocimiento no está condicionado a la nacionalidad de la persona ni a su situación migratoria, y es oponible frente a todo Estado, inclusive el propio Estado de la nacionalidad del individuo.

Sobre el alcance del derecho a salir de cualquier país, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que este componente del derecho de circulación y residencia no puede verse condicionado a ningún fin concreto, ni ser limitado en función del plazo que el individuo decida permanecer fuera del país. El derecho a salir del país resulta fundamental en el contexto de la migración internacional. El Comité ha sostenido que «dicha libertad incluye el viaje temporal al extranjero y la partida en caso de emigración permanente»¹³. El Comité ha establecido, asimismo, que el derecho de la persona a determinar el Estado de destino es parte de la garantía jurídica del derecho a salir de cualquier país.

Respetar y garantizar el derecho de las personas a salir del país demanda de los Estados el cumplimiento de ciertas obligaciones, como el establecimiento de mecanismos para la emisión, en un plazo razonable, de los documentos de viaje, o la abstención de medidas que restrinjan ilegítima e innecesariamente el ejercicio de este derecho.

¹² UPRIMY, Rodrigo. «Prólogo». En *Estándares. Circulación y residencia*. Disponible en: <http://www.adc-sidh.org/la-corte-lista.php?idsec=1&idsub0=12&idsub1=145&idsub2=146>.

¹³ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General 27: Artículo 12 - La libertad de circulación. Ob. cit.

Sobre este último punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH) ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre las limitaciones al derecho a salir del propio país en su decisión en el Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. En resumen, la Corte IDH sostuvo que las restricciones al derecho de salir del país deben observar los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad¹⁴.

Ahora bien, el reconocimiento del derecho de toda persona a salir de cualquier país, incluso del propio, no lleva implícito un reconocimiento universal del derecho a viajar a cualquier país y establecerse en él. El componente del derecho de circulación y residencia relativo al derecho a ingresar a un país y permanecer o residir en él es precisamente uno de los contenidos del derecho que habilita la imposición de limitaciones en función de la nacionalidad de los individuos o de su situación migratoria regular en el país de destino. La regulación que las normas internacionales de derechos humanos hacen de este contenido del derecho de circulación y residencia reafirma la soberanía del Estado para la determinación de su política migratoria.

Conforme tanto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como a la Convención Americana de Derechos Humanos, solo los nacionales de un determinado país tienen derecho a entrar al respectivo país. Bajo ciertas circunstancias, el derecho a ingresar y residir en un determinado país también se extiende a ciertos extranjeros que han obtenido en ese país una situación legal o migratoria regular pero excluye a cualquier otro extranjero. El derecho de circulación y residencia no reconoce a los extranjeros en general el derecho a entrar en el territorio de un Estado distinto del propio ni de residir en él¹⁵.

El derecho internacional de los derechos humanos reconoce la capacidad del Estado en cuanto a decidir a quién ha de admitir en su territorio. Las normas internacionales de derechos humanos reconocen, en definitiva, la potestad soberana de los Estados para determinar su política migratoria, en el sentido de fijar las condiciones, requisitos y procedimientos para el ingreso y permanencia de los extranjeros en sus respectivos territorios.

A pesar de este reconocimiento de la potestad del Estado para determinar su política migratoria, veremos a continuación cómo el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos ha avanzado en el sentido de limitar la idea de una soberanía

¹⁴ La Corte Interamericana aplica para el análisis de la restricción al derecho a salir del país una metodología de análisis que resulta útil para el estudio de las limitaciones impuestas a otros derechos. Véase: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004, párrafos 113-135.

¹⁵ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General 15. La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto. 27º período de sesiones, 1986, pág. 5.

absoluta en la regulación de la materia migratoria en pos de asegurar el respeto de principios de derechos humanos como la no-discriminación o la protección de otros derechos humanos fundamentales.

3. Viejos métodos, nuevos límites

El fenómeno mundial de la globalización ha favorecido la circulación de bienes, servicios e información a través de las fronteras en niveles que hubieran resultado impensables décadas atrás. Sin embargo, la circulación de personas a través de esas mismas fronteras se ha visto enfrentada cada vez con mayores controles y barreras, no solo legales como pueden ser la imposición de trámites y requisitos cada vez más complejos para la adquisición de visas o permisos de residencia, sino también físicas a través del aumento de los controles migratorios y el establecimiento de barreras a la migración irregular como la construcción de muros o vallas de contención, o la implementación de modernos sistemas de vigilancia fronteriza¹⁶.

A pesar de los cambios operados en el mundo como consecuencia del fenómeno de la globalización, el Estado continúa desempeñando el papel principal en el diseño y aplicación de la política migratoria. La idea de soberanía estatal continúa estrechamente vinculada al diseño de políticas públicas, que ejercen control sobre la entrada, permanencia y salida de personas al territorio. Sin embargo, el mundo globalizado y el desarrollo del derecho internacional han modificado la concepción que se podía tener del Estado y ha generado condiciones que afectan su autonomía y capacidad en el diseño de las políticas públicas. La política migratoria no es la excepción a este fenómeno.

El rol regulatorio del Estado en el diseño e implementación de la política migratoria ha visto cómo gradualmente pierde fuerza la idea de una soberanía absoluta estatal, que se imponía firmemente en el pasado. La relocalización de ciertos componentes de la autoridad estatal en el seno de organizaciones supranacionales (Unión Europea, Mercosur, Comunidad Andina de Naciones) y, en particular, el desarrollo progresivo

¹⁶ En 1994, se inició en la frontera sur de los Estados Unidos la construcción de un muro de seguridad de varios kilómetros de extensión en la frontera Tijuana-San Diego (California). El muro se complementa con diversas medidas como iluminación de muy alta intensidad, detectores de movimiento, sensores electrónicos y equipos con visión nocturna conectados a la policía fronteriza, así como vigilancia permanente con el objeto de impedir la entrada irregular de inmigrantes. Se estima que desde la construcción del muro, se han producido más de diez mil muertes de inmigrantes que han intentado cruzar irregularmente por zonas más peligrosas, como por ejemplo el desierto de Arizona. Para prevenir la migración, se han levantado muros y vallas en otras partes del mundo: Ceuta y Melilla (enclaves españoles en el norte de África), Chipre y Turquía, Botsuana y Zimbabue, Tailandia y Malasia, etcétera.

del derecho internacional de los derechos humanos ha impuesto nuevos límites a la decisión estatal sobre cuestiones migratorias.

La atención creciente que las instancias y mecanismos regionales y universales de protección de los derechos humanos han dado al trato que los Estados brindan a migrantes y refugiados ha incidido de algún modo en la capacidad y autonomía del Estado para el diseño e implementación de su política migratoria. La aludida soberanía absoluta que los Estados argumentaban para la regulación de la política migratoria se ve severamente cuestionada cuando dichas políticas estatales están sujetas al escrutinio de las normas internacionales de derechos humanos. Este nuevo paradigma de control a la regulación migratoria se hace patente en aquellos países donde las cortes de justicia locales han desestimado la aplicación de leyes y disposiciones que coartaban el ejercicio de derechos humanos de los migrantes. Así, en países como la Argentina, aun antes de la reforma de la Ley de Migraciones, las cortes de justicia cuestionaron la aplicación de medidas de expulsión a extranjeros sin que se hubiera asegurado el debido proceso o la negativa al acceso a tratamientos retrovirales del VIH a migrantes en razón de su situación migratoria irregular, invocando las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos¹⁷. Sassen afirma que el nuevo régimen internacional de derechos humanos ha sido un mecanismo clave para comprender los problemas de aquellos que hasta ahora eran invisibles para la ley internacional como indígenas, mujeres, inmigrantes y refugiados¹⁸.

A pesar de estas consideraciones, es preciso señalar que la incorporación de los estándares internacionales de derechos humanos en las políticas y prácticas estatales para la regulación migratoria continúa siendo lenta. Mármora afirma que «las políticas unilaterales de migraciones en general han dado prevalencia a la cuestión del ejercicio de la soberanía, incorporando lentamente la vasta y creciente normativa internacional sobre los derechos humanos»¹⁹. El discurso y la práctica migratoria de los Estados se ven todavía dominados por la noción de soberanía estatal en la regulación del ingreso y permanencia de extranjeros, y por las preocupaciones en materia de seguridad y lucha contra el terrorismo, la concepción de los inmigrantes como una amenaza al estado de bienestar, y por el resurgimiento de tendencias nacionalistas xenófobas que ven en la migración una amenaza a las tradiciones culturales de los Estados.

¹⁷ Véase: RODRÍGUEZ MIGLIO, Ezequiel y Leonel TOLEDO. «Jurisprudencia argentina en materia de derechos de migrantes». En Pablo Ceriani Cernadas y Ricardo Fava (eds.). Ob. cit., pp. 337-382.

¹⁸ SASSEN, Saskia. *Los espectros de la globalización*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2003.

¹⁹ MÁRMORA, Lelio. «Derechos humanos de los migrantes y soberanía política. Las divergencias entre la norma y la práctica». En Pablo Ceriani Cernadas y Ricardo Fava (eds.). Ob. cit., p. 25.

Con relación a la lenta incorporación de los estándares de derechos humanos a las políticas migratorias, podemos observar cómo en la región son pocos los países que han modificado su legislación migratoria en consonancia con los estándares internacionales de derechos humanos. Argentina en el año 2003²⁰ y Uruguay en 2008²¹ han dado importantes avances al derogar leyes migratorias heredadas de periodos dictatoriales y adoptar nuevas leyes de migración que garantizan el debido proceso frente a los procesos migratorios y reconocen la titularidad amplia de derechos civiles, económicos, sociales y culturales en favor de los extranjeros independientemente de su situación legal. Sin embargo, la mayor parte de los países de la región mantienen en vigencia políticas migratorias que no aseguran el respeto del debido proceso en materia de admisión al territorio, retención y expulsión de extranjeros; acceso a permisos de residencia y reunificación familiar. Asimismo, muchos Estados mantienen vigentes restricciones al acceso de los migrantes irregulares a derechos económicos, sociales y culturales fundamentales para el desarrollo de la persona como la educación o la salud.

En Europa, la adopción de la «Directiva de Retorno» es señalada por muchos analistas como un retroceso en la observancia de las normas de derechos humanos en relación con las medidas de expulsión en contra de migrantes irregulares²². La Directiva —que en términos formales está dirigida a armonizar los procedimientos que los Estados miembros de la Unión Europea aplican para la expulsión de migrantes irregulares— ha jugado un rol determinante en imponer y legitimar un discurso centrado en el control y la seguridad frente a la aludida amenaza de la inmigración descontrolada. La Directiva consolida «un mensaje criminalizador de la inmigración»²³ y varias de sus disposiciones entran en contradicción con estándares internacionales de derechos humanos en materia de debido proceso legal, presunción de inocencia y restricción de la libertad ambulatoria. La Directiva autoriza la detención administrativa de migrantes irregulares con fines de expulsión por plazos que pueden ir hasta los dieciocho meses dependiendo de las circunstancias. Asimismo, habilita la imposición de medidas de internamiento a extranjeros por parte de autoridades administrativas e incluye la retención de niños no acompañados o separados.

²⁰ Ley de Migraciones 25.871 del 20 de enero de 2004. Disponible en: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/92016/norma.htm>.

²¹ Ley de Migración 18.250 del 6 de enero de 2008. Disponible en: <http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18250&Anchor=>.

²² Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=L:2008:348:0098:0107:ES:PFE>.

²³ Véase: de LUCAS, Javier. «La Unión Europea ante la inmigración: balance de una esquizofrenia jurídica y política». En Pablo Ceriani Cernadas y Ricardo Fava (eds.). Ob. cit., p. 49.

Algunos Estados europeos han ido aún más allá en su intento por alejar de sus fronteras el ejercicio del control migratorio y sustraer dichas medidas de la observancia de los estándares de derechos humanos. Los Estados europeos han recurrido a la externalización del control migratorio más allá de sus fronteras territoriales y han recurrido para ello al auxilio de terceros países. La Unión Europea ha transferido gran parte de la responsabilidad del control y la gestión de los migrantes hacia otros países mediante la celebración de acuerdos de readmisión y de cooperación policial con los países de origen y tránsito de los migrantes para que estos acepten las expulsiones. A cambio, se establecen cuotas de migración legal (laboral) para los nacionales de los países que han suscrito el acuerdo²⁴. Un ejemplo de este tipo de acciones se evidencia en las medidas para la interceptación en las costas de África de precarias embarcaciones —denominadas cayucos o pateras— que se dirigen a Europa cargadas de migrantes, cuyos tripulantes y pasajeros son retornados al puerto de origen o al territorio de países con los cuales se mantienen acuerdos de admisión²⁵.

4. La protección de las personas en movimiento y los flujos migratorios mixtos

En la actualidad, migrantes y refugiados se desplazan a través de las fronteras internacionales, utilizando las mismas rutas y medios de transporte. Las crecientes barreras a la migración internacional han favorecido el desarrollo de extendidas y lucrativas redes de tráfico ilícito de migrantes. De acuerdo con las estimaciones de la Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito (UNDOC), se estima que cada año el tráfico ilícito de migrantes genera ganancias cercanas a los 6750 millones de dólares provenientes tan solo de dos de sus principales rutas: a) desde el norte, este y oeste de África hacia Europa; y, b) desde Centro y Sudamérica hacia los Estados Unidos²⁶. Cuando las vías a la migración legal de las personas se ven obstaculizadas, estas se ven forzadas a recurrir a los servicios de traficantes de personas y bandas criminales para embarcarse en peligrosos viajes por mar o intentar cruzar las fronteras sin la documentación requerida. Los viajes a manos de redes de tráfico ilícito de migrantes

²⁴ Para mayor información sobre el proceso de externalización del control migratorio en la Unión Europea véase: AA. VV. *Frontera sur. Nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa*. Barcelona: Virus editorial, 2008.

²⁵ Véase: CERIANI CERNADAS, Pablo. «Control migratorio europeo en territorio africano: la omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos». *Revista Sur*, 6, 10 (junio 2009), pp. 189-205.

²⁶ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LAS DROGAS Y EL DELITO (UNDOC). Cada año el tráfico ilícito de migrantes genera miles de millones de dólares para los criminales. 11 de septiembre de 2012. Disponible en: http://www.unodc.org/mexicoandcentralamerica/es/webstories/2012/trafico_ilicito.html.

«ocurren a menudo en condiciones inhumanas y hay un alto riesgo de explotación y abusos, y muchos no sobreviven»²⁷.

Los flujos migratorios mixtos encuentran a personas que se mueven a través de las fronteras con la intención de mejorar sus condiciones de vida o empezar una nueva, reunirse con miembros de su familia o aprovechar las oportunidades de educación de otro país, viajando junto con personas que han tenido que abandonar su país de origen para huir de las violaciones de los derechos humanos y los conflictos armados. Identificar estas diversas realidades resulta fundamental para la prevención de los abusos y la protección de sus derechos. Independientemente de su situación jurídica, los migrantes y refugiados que se mueven en el contexto de flujos mixtos a menudo se encuentran expuestos a los mismos peligros y violaciones de sus derechos humanos: «detención y encarcelamiento, destitución y explotación, trata y tráfico de personas, abuso físico y acoso, discriminación racial o étnica, interceptación, abandono o muerte en el mar; así como la devolución o el traslado a lugares remotos y peligrosos»²⁸.

Muchos de los Estados de destino de la inmigración irregular han adoptado medidas para prevenir que ciertos grupos de extranjeros lleguen y permanezcan en sus territorios. Una de las consecuencias directas de los flujos migratorios mixtos ha sido el desdibujamiento de las diferencias entre migrantes y refugiados. A menudo, los Estados han propiciado a las personas en busca de asilo el tratamiento previsto para migrantes irregulares y han implementado medidas dirigidas a prevenir y desalentar la llegada de personas que en ciertas circunstancias podrían requerir de protección internacional como refugiados. Este tipo de medidas atenta contra la observancia de los principios de la Protección Internacional de Refugiados como el derecho al asilo y la no devolución (*Non Refoulement*), y la individualización de otras necesidades específicas de protección como pueden ser los casos de las víctimas de la trata de personas y los niños no acompañados o separados.

Frente a esta realidad, se plantea como un desafío asegurar que las medidas para el control de la migración sirvan para prevenir los abusos en contra de los derechos humanos de las personas que se mueven en el contexto de los flujos mixtos independientemente de las razones por las que migran y de su condición legal. Las medidas para la protección de la vida y la seguridad de los migrantes irregulares se deben imponer a las consideraciones sobre control y seguridad que alientan las políticas

²⁷ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR). Asilo y migración. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/que-hace/asilo-y-migracion/>.

²⁸ ACNUR. Documento de Discusión: Protección de refugiados y soluciones duraderas en el contexto de las migraciones internacionales. Diálogo del Alto Comisionado sobre los Retos de la Protección, ACNUR/DPC/2007/Doc. 02, 19 de noviembre de 2007, pág. 17.

de control migratorio y prevención de la inmigración irregular. Estas consideraciones se tornan particularmente relevantes en los casos de intercepciones o rescates en alta mar, en los que en numerosas ocasiones las consideraciones migratorias se han impuesto al imperativo moral de rescatar a un semejante cuya vida se encuentra en peligro²⁹.

Asimismo, los Estados deben reforzar los esfuerzos para identificar en el marco de los flujos migratorios mixtos a aquellas personas con necesidades específicas de protección —refugiados, víctimas de la trata internacional de personas o niños no acompañados o separados— para su referencia a mecanismos que aseguren las medidas adecuadas de protección. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ha señalado que «una de las preocupaciones principales de la Oficina en situaciones de migraciones mixtas es incentivar y ayudar a los Estados para que establezcan controles fronterizos sensibles a los temas de protección y sistemas de control migratorio que respeten el derecho internacionalmente reconocido del individuo a en caso de persecución, buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país»³⁰.

La identificación de otras necesidades de protección en el contexto de los flujos mixtos, como la de las víctimas de la trata de personas o los casos de niños no acompañados o separados, resulta fundamental para que los Estados aseguren el cumplimiento de sus obligaciones de protección frente a estas situaciones. La identificación de las víctimas de la trata de personas es una obligación de los Estados ya que «de no identificarse correctamente a una víctima de trata de personas, el resultado consistirá probablemente en seguir denegándole sus derechos»³¹. Los Estados deben impartir capacitación y adoptar «directrices y procedimientos para las autoridades y los funcionarios competentes del Estado, tales como los funcionarios de policía, de fronteras o de inmigración y otros que participen en la detección, detención y recepción de migrantes en situación irregular o en la tramitación de sus casos, a fin de permitir la identificación rápida y exacta de las víctimas de trata de personas»³².

En el caso de menores no acompañados o separados, es preciso tener presente que los niños son merecedores de una protección especial dada su situación de vulnerabilidad que requiere de parte de los Estados el cumplimiento de obligaciones

²⁹ Véase: SPINDLER, William. «Entre el demonio y el mar profundo y azul». *Revista Refugiados*, 136 (2007), pp. 16 a 21.

³⁰ ACNUR. Documento de Discusión: Protección de refugiados y soluciones duraderas en el contexto de las migraciones internacionales. Ob. cit., p. 26.

³¹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas. E/2002/68/Add.1, 20 de mayo de 2002, Directriz 2: Identificación de las víctimas de la trata de personas y de los tratantes.

³² *Ibid.*, p. 6.

y el resguardo de salvaguardas específicas. El Comité de Derechos del Niño ha tenido oportunidad de referirse al tratamiento debido a los niños no acompañados o separados en virtud de las obligaciones asumidas por los Estados en la Convención sobre los Derechos del Niño. El Comité ha determinado que los deberes de protección incluyen «también que los Estados han de tomar todas las disposiciones necesarias para identificar a los menores en situación de no acompañados o separados de su familia lo antes posible, particularmente en la frontera, a procurar la localización y, si resulta posible y redundante en el interés superior del menor, reunir lo antes posible a este con su familia»³³.

Los esfuerzos para la identificación de personas necesitadas de protección y para la prevención de los abusos en el marco de los flujos mixtos de migración plantean una faz protectora de las medidas de control migratorio que difiere de su tradicional aplicación con exclusiva finalidad de control y seguridad. La implementación de sistemas de ingreso sensibles a la protección resulta fundamental para la prevención de violaciones a los derechos humanos de las personas en movimiento.

5. Migrantes irregulares, entre la criminalización y la discriminación

Las políticas para la gestión de la migración exceden las medidas para el control del ingreso y permanencia de los extranjeros en el territorio y también se verifican en el modo en que los Estados regulan el acceso de los individuos a derechos y servicios fundamentales para el desarrollo de una vida digna. Muchos Estados complementan sus medidas de prevención y control de la migración irregular con la aplicación de restricciones al ejercicio de derechos fundamentales como la salud o la educación a partir de la situación migratoria de las personas. Es así como decenas de miles de personas en diversas partes del mundo se encuentran completamente desprotegidas en función de su situación migratoria irregular.

Numerosos Estados recurren a la imposición de restricciones graves a derechos fundamentales como la salud o la educación de los migrantes irregulares en tanto instrumento de lucha contra la migración irregular. Este tipo de restricciones refuerza el desconocimiento de los migrantes como sujetos de derechos y permite la utilización de los servicios de salud y educación como un instrumento para el control migratorio en lugar de considerar el acceso a ellos como derechos que deberían ser protegidos y garantizados independientemente de la condición migratoria de los individuos.

³³ Véase: COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General (2005): Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005, párr. 13.

Un estudio difundido por la organización Médicos del Mundo revela «que el derecho fundamental a la salud no está garantizado en Europa ya que la mayoría de las leyes nacionales discriminan abiertamente a las personas inmigrantes sin permiso de residencia»³⁴. El estudio asocia estas restricciones a la utilización del «sistema sanitario como instrumento para controlar la migración en lugar de considerarlo como un derecho que deberían proteger de acuerdo con sus obligaciones derivadas de las normas internacionales de derechos humanos»³⁵.

Un extremo perverso de este tipo de prácticas se plantea cuando no solo se niega el acceso a la salud, la educación u otros derechos a los migrantes irregulares, sino que además se impone a los prestadores de dichos servicios la obligación de denunciar ante la agencia de control estatal al migrante irregular. Algunos países, como es el caso de Grecia, Francia, y más recientemente España, han llegado al punto de tipificar como delito la asistencia que se brinde a los inmigrantes irregulares, incluso si esta ayuda no se facilita con fines de lucro. Esta tipificación alcanza desde el personal sanitario que ofrezca atención a migrantes sin residencia legal hasta la conducta de empadronar en la vivienda a un inmigrante sin permiso de residencia (que no viva en casa) para permitir que este sea registrado en el municipio como condición para acceder a ciertos derechos sociales básicos.

La imposición de este tipo de restricciones no solo refuerza el mensaje criminalizador y estigmatizante de la migración irregular, sino que contradice estándares internacionales en materia de respeto y garantía a los derechos humanos. A modo de ejemplo, debemos señalar cómo la exclusión de los migrantes irregulares de los servicios de salud resulta contraria a la obligación estatal «de respetar el derecho a la salud, en particular absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, [...] los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; [y] abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado»³⁶.

Por su parte, en el ámbito interamericano, la Corte IDH ha señalado que:

La situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, [...],

³⁴ Médicos del Mundo / Red HUMA. Informe: ¿Tienen las personas inmigrantes sin permiso de residencia y los solicitantes de asilo derecho de acceso a la atención sanitaria en la UE? Estudio comparativo en 16 países de la Unión Europea, 2010.

³⁵ Ídem.

³⁶ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación general 14 (2000): El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 34.

dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio. Esto no significa que no se podrá iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa³⁷.

6. Conclusiones

El objeto de este trabajo ha sido poner de relieve los nexos que vinculan a la migración internacional con la protección de los derechos humanos. A través de estas reflexiones se busca señalar algunos de los principales retos que plantea la defensa de los derechos humanos de las personas migrantes frente a un discurso de control y seguridad que se impone en el diseño y aplicación de la política migratoria, y que conduce a la legitimación de un discurso criminalizador de la migración irregular.

La suerte y el trato que los Estados brindan a millones de personas migrantes en todo el mundo no puede y no debe escapar al escrutinio de las normas y mecanismos para la protección de los derechos humanos. El reconocimiento que el derecho internacional hace de la potestad estatal para la regulación del ingreso y permanencia de las personas extranjeras no importa una autorización para sustraer la política migratoria del imperio de las normas internacionales de derechos humanos. Así como la observancia de los principios de derechos humanos en la gestión de la migración tampoco implica ignorar las legítimas preocupaciones de los Estados en materia de seguridad y control migratorio.

En este sentido, el cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos no se limita al monitoreo de las medidas estrictamente migratorias de ingreso y permanencia de extranjeros sino que ha de extenderse a todo el concierto de medidas dirigidas a la gestión migratoria, incluyendo la regulación del acceso de los migrantes irregulares a derechos fundamentales como la salud y la educación. Un enfoque de derechos humanos aplicado a la gestión migratoria debe rechazar de plano la utilización de los servicios sociales como instrumento de control migratorio y el empleo de los prestadores de tales servicios como agentes para la persecución de migrantes irregulares.

³⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Serie A No. 18, 2003, pág. 118.

Por último, considero importante destacar una relación de retroalimentación que se debe plantear entre las políticas migratorias y la protección de los derechos humanos. Por un lado, la observancia de las normas y estándares de derechos humanos debe servir de límite al diseño e implementación de las medidas de control migratorio. Paralelamente, se debe explorar la faz protectora del control migratorio como una herramienta para la protección de los derechos humanos en el contexto de los flujos mixtos de migración. Así el control migratorio aparece como fundamental para asegurar el respeto y garantía de las obligaciones del Estado para la identificación y protección de personas con necesidades específicas tales como refugiados, víctimas de la trata de personas y niños no acompañados o separados. Este enfoque de la gestión migratoria rompe con el paradigma tradicional de control y seguridad asignado al control de las fronteras para convertirlo en una herramienta puesta al servicio de la protección de los derechos humanos.