

¿Los “unos” y los “otros”? Tensiones, luchas y desafíos en torno a los derechos humanos de las personas migrantes*

“Us” or “Them”? Tensions, Struggles and Challenges on Migrants Human Rights

AGUSTINA PÉREZ**

RESUMEN

El presente artículo tiene por objetivo problematizar el fenómeno de la migración y las categorías de migrantes como concepto jurídico y social, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, haciendo énfasis en los avances y los retos pendientes. Así, con el eje en la Convención Internacional sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias, y retomando la labor de la relatoría especial sobre los derechos humanos de los migrantes, se pretende identificar las vulnerabilidades que afectan a la población migrante, especialmente a las mujeres y a los niños, así como los desafíos de una gobernanza global en la materia.

Palabras clave: derechos humanos, migración, género, niñez migrante, desarrollo.

ABSTRACT

This article aims to reflect on the migration phenomena and the legal and social concepts of the different migrant "categories" in light of the international human rights law, making emphasis on the progresses and the pending challenges.

Also, taking into consideration the International Convention on the Rights of Migrant Workers and their Families and the work of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, the ultimate goal of this paper is to identify the vulnerabilities affecting the migrant population, especially women and children, and the challenges for a global governance in this area.

Keywords: human rights, migration, gender, migrant children, development.

* Artículo de investigación recibido el 4 de octubre de 2017 y aceptado para publicación el 18 de febrero de 2018

**Abogada por la Universidad de Buenos Aires, Magister en Derecho por la Universidad de California, Berkeley, Estados Unidos. (agustinaperez00@gmail.com) orcid.org/0000-0002-6737-7609

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Un sistema específico para una situación específica / 3. Vulnerabilidades que atraviesan los migrantes y migrantes especialmente vulnerables / 3.1 Marco jurídico y plan de acción en los albores de la relatoría (E/CN.4/2000/82) / 3.2 Empleados/as domésticos migrantes y empoderamiento de las mujeres en los países desarrollados (E/CN.4/2004/76) / 3.3 Marco jurídico vigente a casi media década de entrada en vigor de la CTM (A/HRC/4/24) / 3.4 Niñez migrante, ¿el eslabón más débil? (A/HRC/11/7) / 3.5 Gobernanza mundial de la migración (o la búsqueda de la armonía) (A/68/283) / 4. Recomendaciones internacionales y desafíos locales / 4.1. Institucionalidad y gobernanza / 4.2. Igualdad y no discriminación / 4.3. Migración y desarrollo (y la eterna problemática del costo de los derechos) / 4.4. Género y migración / 4.5 Niñez Migrante / 5. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

La Organización de Naciones Unidas (ONU) y el sistema que la compone han nacido con una premisa fundamental como objetivo: respetar la dignidad intrínseca que corresponde a todas las personas por el mero hecho de ser tales. A ello también responde el espíritu de la Declaración Universal de Derechos Humanos (firmada por unos pocos Estados “triumfadores” pero para ser aplicada a gran escala). Sin embargo, día tras día asistimos al fracaso, o al menos a la “retórica cuestionable”¹ de los derechos humanos.

Pese a que la Declaración Universal estaba dirigida a “todos”, existían (y existen) muchos “otros” que, bajo el eufemismo de personas en situaciones de (¿especial?) vulnerabilidad, se encontraban por fuera de dicha protección y requerían acuerdos y compromisos específicos de Estados y entre Estados, para ver garantizados sus derechos. Entre estos “otros” se encuentran los niños, niñas y adolescentes, las mujeres, las personas con discapacidad y los de la “disidencia” sexual (LGTBI), entre algunos más, así como los (y las) migrantes.

¹ Pitch, T., “Tess y yo: la diferencia y las desigualdades de la diferencia”, *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*, Biblos, Buenos Aires, 2006.

En las páginas que siguen nos proponemos hacer un análisis de la Convención específica que busca proteger al colectivo migrante y las tensiones que se observan entre la teoría y la práctica. También, reflexionaremos sobre situaciones especiales que el mismo sistema universal de promoción y protección de derechos humanos resalta como de mayor importancia (y gravedad) en relación con las personas migrantes y las consecuentes recomendaciones realizadas de lo internacional a lo nacional, así como los desafíos de lo nacional a lo local.

2. UN SISTEMA ESPECÍFICO PARA UNA SITUACIÓN ESPECÍFICA

Como dice Joaquín Arango, “las teorías acostumbran a reflejar los estilos de pensamiento dominantes en su tiempo”.² Todas las diferencias o desigualdades en el acceso a derechos de ese “sujeto” (en este caso los migrantes en general pero, como se verá en el acápite siguiente, también algunos migrantes en especial) tienen que ver con que “naturalmente” es un sujeto diferente (un “otro”), y la única manera en que el discurso y el sujeto se pueden desnaturalizar es convertirse en el sujeto que enuncia. De allí la necesidad de un tratado específico, de una definición determinada y de leyes especiales que, desde luego, tampoco están exentas de discursos hegemónicos y luchas de poder. Lo que está claro es que la migración y los migrantes son categorías jurídicas pero también sociales (o quizá porque son lo segundo se transforman en lo primero).

Según la Real Academia Española (2015), el verbo *migrar*, a secas, significa “trasladarse desde el lugar en que se habita a otro diferente”.³ A ello se le suman las referencias a *emigrar*, entendida como la acción de abandonar el propio país o lugar de residencia para trasladarse a otro (país nuevo o lugar nuevo dentro del país de residencia) en busca de mejores condiciones de vida. Lo mismo aplica para *inmigrar*, con el plus de la llegada, el establecimiento, el fin del movimiento.

Si bien existen diversos antecedentes de otros organismos, como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre aspectos de la vida de las personas migrantes, no fue sino hasta 1990 cuando los Estados parte de la ONU firmaron un tratado específico destinado a garantizar una mayor protección

² Arango, Joaquín, “La explicación teórica de las migraciones: luz y sombras”, *Revista Migración y Desarrollo*, núm. 1, 2003, p. 4.

³ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 23.ª edición (versión en línea).

para este colectivo social: la Convención Internacional sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias (CTM). Sin embargo, prueba de que el compromiso no superaba el discurso y la (famosa) buena voluntad es que no consiguió la cantidad de ratificaciones necesarias (20) para entrar en vigor hasta 2003.

No es casual el momento histórico en que se firma el tratado: poco tiempo después de la caída del muro de Berlín, con el “éxito” inminente del capitalismo y una fuerte flexibilización laboral. En este marco, la migración se presenta como algo voluntarioso. Según las teorías liberales de la época, migrar también estaba regido por las leyes de mercado, era el resultado de

decisiones individuales, tomadas por actores racionales que buscan aumentar su bienestar (...) [donde] la recompensa por su trabajo, es mayor que la que obtienen en su país, en una medida suficientemente alta como para compensar los costes tangibles e intangibles que se derivan del desplazamiento. Se trata, por lo tanto, de un acto individual, espontáneo y voluntario, basado en la comparación entre la situación actual del actor y la ganancia neta esperada que se deriva del desplazamiento, resultado de un cálculo coste-beneficio.⁴

Ahora bien, tampoco es casual la fecha de entrada en vigencia de la CTM (poco después de la evidente crisis socioeconómica sufrida por el neoliberalismo), ni quiénes fueron los primeros en ratificarla (países catalogados como, eufemísticamente, “en vías de desarrollo”), ni mucho menos quiénes no lo hicieron y aún no lo hacen (los países “desarrollados”, entre ellos Estados Unidos, Alemania y Reino Unido, por citar algunos de los que reciben millones de migrantes y se encuentran en grandes crisis institucionales en la actualidad).

A la fecha (julio de 2017), la CTM cuenta con 51 ratificaciones; 15 son de Estados que han realizado declaraciones interpretativas o reservas a la misma; tan sólo dos observaciones generales (aunque actualmente están trabajando en conjunto con el Comité de Derechos del Niño para publicar otra) y ningún procedimiento de comunicaciones individuales, porque los Estados no han aceptado la competencia del Comité que rige la aplicación del instrumento para ejercer tal facultad.

⁴ Arango, 2003, p. 4.

A la fecha de publicación del presente artículo, Ecuador y México realizaron declaraciones interpretativas. A su vez, se publicaron dos nuevas observaciones en conjunto con el Comité de Derechos del Niño, una sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional y otra sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, ambas del 16 de noviembre de 2017.

Ahora bien, ¿qué establece la CTM? Para empezar, la Convención reitera principios generales de los derechos humanos: su goce sin distinción alguna, sin discriminación. También, establece una definición del grupo (“trabajador migratorio”), así como el alcance de la protección:

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 periodo 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.⁵

Dentro de los sujetos, realiza distintas clasificaciones de trabajadores migratorios (fronterizo, de temporada, marino, de estructura marina, itinerante, vinculado a un proyecto, con empleo concreto y por cuenta propia)⁶ y excluye específicamente a otros trabajadores que también migran (funcionarios de organismos internacionales, personas enviadas por el Estados a trabajar al exterior, refugiados y apátridas, estudiantes, marinos en ciertas condiciones).⁷ A su vez, determina qué se entenderá por y cuáles serán los alcances del término *familiares*. Por último, divide a los trabajadores migrantes en documentados o en situación regular (si fueron autorizados para ingresar, permanecer y ejercer una actividad remunerada en el Estado), e indocumentados o en situación irregular a los que no cumplimentan estos requisitos, y establece derechos específicos para cada subcategoría.

A través de sus 93 artículos, la CTM garantiza a todos los trabajadores migrantes, independientemente de su subcategoría, el derecho a la libre

⁵ Convención Internacional sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias, art. 1.

⁶ *Idem*, art. 2

⁷ *Idem*, art. 3

circulación (entrar y salir del país), a la vida, a no ser sometidos a tratos crueles, inhumanos o degradantes ni a esclavitud ni a servidumbre, tampoco a trabajos forzosos (con determinadas “excepciones”). También reconoce el derecho a la libertad de expresión y asociación, a no sufrir injerencias en la vida privada, a la propiedad privada, a la libertad y seguridad personal, a la no detención arbitraria ni privación de la libertad ilegítimamente y a que, en caso de ser detenidos, se les explique el motivo y sus derechos, “en lo posible”, en su idioma de origen (la cita es textual), a la seguridad social, a la educación y la salud, al acceso a la justicia (con todas las precondiciones que ello demanda), entre otros más.

En la sexta parte, la CTM establece medidas para la “promoción de condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas en relación con la migración internacional de los trabajadores y sus familiares” (arts. 64 a 71). Entre ellas destaca que los Estados deberán tener “debidamente en cuenta no sólo las necesidades y recursos de mano de obra, sino también las necesidades sociales, económicas, culturales y de otro tipo de los trabajadores migratorios y sus familiares, así como las consecuencias de tal migración para las comunidades de que se trate” (art. 64). Asimismo, hace énfasis en la necesidad de cooperación entre Estados, y de formular y ejecutar políticas públicas para migrantes; de detectar y eliminar los movimientos ilegales o clandestinos de trabajadores migratorios y sus familiares, e imponer sanciones efectivas a las personas, grupos o entidades que organicen o dirijan esos movimientos o presten asistencia a tal efecto; a tomar medidas tendientes a regularizar la situación de los migrantes irregulares; etc.

Como puede observarse, todos los derechos aquí reconocidos están enumerados en la Declaración Universal o en otros tratados internacionales de derechos humanos pero, como si el hecho de traspasar una frontera restase humanidad a la persona, resultó (y resulta) necesario negociar un instrumento específico.

Asimismo, la CTM, como es usual en los tratados internacionales, establece una autoridad de aplicación (el comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares), así como su composición y funciones. También, establece un mecanismo de informes (monitoreo de cumplimiento) aplicable a todos los Estados que ratificaron el instrumento y un procedimiento de comunicaciones entre Estados y de comunicaciones individuales para analizar casos puntuales de violación de derechos contenidos en la CTM, competencias que quedan supeditadas al reconocimiento

específico de los Estados. Sin embargo, como señalamos anteriormente, no existe ninguna comunicación individual realizada porque los Estados no han reconocido dicha función.

Dentro de la estructura del sistema universal, también se encuentra el mecanismo extra-convencional de las relatorías, donde se ha otorgado un mandato específico para atender la cuestión de los migrantes (y donde Latinoamérica ha tenido una fuerte influencia). En 1999 se creó el mandato para un relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes, y se designó a la Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de Costa Rica, que cumplió funciones entre 1999 y 2005. Posteriormente, el cargo fue ejercido por el Sr. Jorge Bustamante, de México, entre 2005 y 2011, y desde entonces lo ostenta el canadiense François Crépeau.⁸ En el siguiente punto analizaremos algunos de los esfuerzos realizados durante los dos primeros mandatos.

Por último, es importante destacar que en lo que a nuestra región se refiere y pese a los enormes desafíos pendientes, algunos países latinoamericanos tienen muchas buenas experiencias que contar a sus pares del norte. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) cuenta con una extensa trayectoria en relación con los derechos y la situación de las personas migrantes. Por su parte, la Comisión Interamericana tiene una relatoría especial para trabajar el tema, fundada en 1996 (antes que sus pares en el Sistema Universal), que viene realizando informes temáticos sobre la situación de las personas migrantes y sus familias desde 1999. A la fecha, realizaron una actualización de dicho estudio (2005) y sumaron al análisis la situación de migrantes en México (2014) y Estados Unidos (2015), así como otro de estándares de movilidad en la región (2016).⁹ Además, el SIDH realiza informes anuales (el primero data de 1970, antes de la creación de la Relatoría)¹⁰ y por país (desde 1962).¹¹ Por su parte, la Corte Interamericana tiene una vasta jurisprudencia en la materia¹² y cuenta con dos opiniones consultivas (equiparables en el Sistema Universal a las observaciones generales) específicas: la OC-18/2003, solicitada por México, relativa a la “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”; y la OC-21/2014, solicitada por Argentina, Brasil,

⁸ Al momento de publicación del presente artículo, el Sr. Felipe González Morales (Chile), es el nuevo Relator con mandato desde Agosto de 2017.

⁹ Ver al respecto: <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/informes/tematicos.asp> [15/7/2017].

¹⁰ Ver al respecto: <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/informes/anales.asp> [15/7/2017].

¹¹ Ver al respecto: <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/informes/pais.asp> [15/7/2017].

¹² Ver de manera sintética Corte IDH (sf), *Migrantes*, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, núm. 2, San José. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/migrantes4.pdf> [15/7/2017].

Paraguay y Uruguay, sobre los “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”.

A nivel más micro, el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur, también desarrolla actividades de promoción¹³ e investigación¹⁴ en relación con los derechos de las personas migrantes.

3. VULNERABILIDADES QUE ATRAVIESAN LOS MIGRANTES Y MIGRANTES ESPECIALMENTE VULNERABLES

Hablar de migrantes es complejo. ¿Quién emite el discurso? ¿Desde qué lugar lo hace? ¿Con qué fines intrínsecos y extrínsecos, ocultos y expresos? Antes que nada, si queremos ampliar derechos, tenemos que discutir la matriz subyacente, las estructuras que otorgan o deniegan derechos, quién es el sujeto que clasifica y quién es el sujeto clasificado. Es importante saber quién es quién en esta tensión histórica sobre el cual se construye lo “natural”, lo “obvio” y lo “evidente” en relación con lo no tan natural ni obvio ni evidente. En esta jerarquización de (o en) binomios, el extranjero es el “otro”, es el otro de la Nación. Pero, sobre todo, es preciso saber que “pretender asegurar los derechos de los más débiles o de los más vulnerables frente a los más fuertes o los más poderosos supone, en efecto, asumir una dimensión conflictiva de las relaciones sociales en la que los intentos de distribución del poder acarrear resistencias”.¹⁵

En este apartado, con el objetivo de identificar las vulnerabilidades que afectan a la población migrante, retomaremos el trabajo realizado por los dos primeros relatores para los derechos de los migrantes, especialmente los expuestos en el primer informe de la relatora Rodríguez Pizarro (2000) ante la entonces Comisión de Derechos Humanos, donde hace énfasis en la importancia del lenguaje, la necesidad de definir *migrante* y la feminización de la migración. También, analizaremos el informe anual de 2004, presentado por la misma relatora, referido a “los derechos humanos de los/las migrantes que trabajan como empleados/as domésticos/as” (el género sensitivo es original de la versión en español). Acto seguido, reflexionaremos sobre los informes presentado por el Sr. Bustamante sobre el marco jurídico legal existente de protección para los migrantes (2007) y la protección de los niños en contexto de migración

¹³ Ver al respecto: <http://www.ippdh.mercosur.int/tag/migrantes/> [15/7/2017].

¹⁴ Ver al respecto: <http://www.ippdh.mercosur.int/publicaciones/> [15/7/2017].

¹⁵ Pisarello, G. (2009). “Los derechos sociales y sus enemigos: elementos para una reconstrucción garantista”, *AAVV, Defender y repensar los derechos sociales en tiempos de crisis*, Barcelona, Observatorio DESC, 2009, p. 2.

(2009). Para finalizar, revisaremos el informe del Sr. Crépeau, relativo a la importancia de una gobernanza global sobre migraciones (2013).

3.1. Marco jurídico y plan de acción en los albores de la relatoría (E/CN.4/2000/82)¹⁶

En este primer informe, la relatora hizo énfasis en la necesidad de ratificar la CTM y establecer un plan de acción con base en un diálogo constructivo entre los Estados, en los motivos de la migración y la importancia de ampliar el concepto de migrantes para incluir a otras personas que no necesariamente sean trabajadoras o que comparten más características con los refugiados o son víctimas de tráfico, etc., en la situación de especial vulnerabilidad de mujeres y niños, entre otras cuestiones.

Así, la relatora señaló que existen entre setenta y ochenta millones de personas migrantes cuyos motivos para migrar van desde la situación de pobreza hasta la inseguridad o discriminación, y que si bien históricamente las migraciones fueron sur-norte, cada vez es mayor la que se produce sur-sur. En este marco, haciendo una importante alusión al uso del lenguaje, reforzó la necesidad de revisar la condición de “voluntariedad” de la migración, ínsita en la CTM.

Asimismo, señaló que muchas veces el racismo y la xenofobia, sumados a la falta de acceso a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), hacen que las personas migren, pero luego se enfrentan, con aún mayor dificultad, a las mismas problemáticas en los Estados de destino (es decir, son revictimizados continuamente).

Haciendo alusión a la interseccionalidad de los derechos y sus violaciones, se refirió a las mujeres migrantes y a los niños migrantes. En relación con el primer grupo, indicó que sufren doble vulnerabilidad por ser mujer y ser migrante, por sufrir violencia en sus casas y en el trabajo, por ser mayoritariamente migrantes indocumentadas, por los estereotipos de género, por la doble jornada laboral que tienen impuesta (tareas domésticas y de cuidado), que hacen más difícil su profesionalización, por lo cual se ven privadas de acceder a mejores empleos y condiciones laborales; por tener más oportunidades de ser víctimas de explotación y violencia psicológica, física, sexual, económica y verbal. Además, señala que es usual que no existan mecanismos

¹⁶ ONU, Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, Gabriela Rodríguez Pizarro, E/CN.4/2000/82, 6 de enero de 2000.

de denuncia o que las mujeres no sepan de su existencia, no puedan movilizarse hacia allí o no hablen el mismo idioma (nótese que esta situación afecta a todos los migrantes independientemente de su nacionalidad, sexo o edad, pero con mayor énfasis en sujetos especialmente vulnerables).

En el caso de los niños migrantes, la relatora notó incluso más intersecciones. Según datos citados en el informe de la relatora y recabados por la OIT, 96% de los niños que viven en la calle son migrantes. Además, las niñas migrantes son más pequeñas en edad que sus pares varones (lo que las lleva a mayores posibilidades de ver vulnerados sus derechos), y los niños migrantes son los que están en los trabajos más precarios (mal pagos, insalubres, sin acceso a prestaciones de salud).

3.2. Empleados/as domésticos migrantes y empoderamiento de las mujeres en los países desarrollados (E/CN.4/2004/76)¹⁷

En 2004, la relatora se centró en analizar la categoría específica de empleados domésticos migrantes, sus propias condiciones y vulnerabilidades, así como su vinculación con el desarrollo y, sobre todo, con el adelanto de las mujeres (o mejor dicho de algunas mujeres). Hasta procuró darles una definición.

En este sentido, feministas como Tamar Pitch reflexionan, por así decirlo, en torno a la siguiente pregunta: ¿quien cuida a los hijos de las mujeres que cuidan a nuestros hijos? Y se responden: “... el ejercicio amplio de uno de mis derechos [trabajo] depende, en definitiva, de la lesión de derechos de otro u otra”.¹⁸ Por ello, Tamar concluye que “nuestra emancipación es aun ilusoria, precaria y permanentemente irresuelta”.¹⁹ Cuando menciona “nuestra”, interpretamos tanto la emancipación de las mujeres que avanzan en sus carreras profesionales gracias a otras mujeres que se encargan de las tareas domésticas y de cuidado, como la emancipación de la mujer empleada doméstica que “sale” al mercado laboral externo como migrante y deja atrás a sus hijos a cargo de otras mujeres de la familia, y así sucesivamente en un espiral infinito en descenso. La emancipación y el empoderamiento dependen de dónde se les mire.

La relatora agrega que las condiciones y situaciones que aumentan la vulnerabilidad están dadas por múltiples motivos. Para empezar, existen

¹⁷ Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, Gabriela Rodríguez Pizarro, Vulnerability of migrant domestic workers, E/CN.4/2004/76, 12 de enero de 2004.

¹⁸ PITCH, 2006, p. 208.

¹⁹ *Idem*, p. 205.

iniciativas y acuerdos institucionales y privados que alientan la migración de hombre y mujeres, pero mayoritariamente de estas últimas, para trabajar como empleadas domésticas, aunque no necesariamente se pone tanto ahínco en garantizar condiciones dignas. Muchas veces, las mujeres viajan dejando atrás a sus hijos y contrayendo deudas. No siempre son documentadas ni tienen un contrato firmado, lo que las somete a una mayor dependencia de (la palabra de) su empleador. Muchas, al menos en los comienzos, trabajan en la modalidad “cama adentro”, lo que las hace especialmente propensas a violaciones de sus derechos, y todas las demás vulneraciones mencionadas supra (3.1) se exacerban en ese contexto.

Muchas mujeres terminan siendo víctimas de abusos sexuales por parte del empleador, sus hijos o familiares; trabajan extensas horas por un salario mínimo a la vez que son forzadas a estar disponibles las 24 horas, dormir en espacios indignos (incluso en el baño o la cocina) y comer las sobras de sus patrones; también su derecho a la privacidad es violado: se les abre la correspondencia, se escuchan sus llamadas telefónicas, se les requisa la habitación; se les prohíbe salir a la calle y practicar su religión. A su vez, muchas no hablan el mismo idioma o no conocen el lugar en el que están porque han estado siempre o mayoritariamente encerradas en las propiedades de los empleadores, lo que no sólo dificulta la creación de lazos en el país de destino y aprender el idioma y la cultura, sino que también obstaculiza sus posibilidades de conocer (en el caso de que existan y que puedan hablar el mismo idioma) mecanismos de denuncia y acceder a ellos, etc. Esas prácticas violatorias de la dignidad fortalecen la percepción de inferioridad y dominación por parte del sujeto hegemónico, legitimando indirectamente los abusos.

Aún más, en algunos casos las mujeres son víctimas de tráfico y trata de personas (con fines de explotación laboral o sexual). Asimismo, la falta de documentación de estas mujeres y registro de los empleados domésticos hace difícil tener una noción clara de la dimensión del problema. Muchas veces no tienen un contrato firmado, no tienen copia o está en un idioma que no comprenden. No saben qué derechos las asisten, la legislación laboral es inexistente o precaria para trabajadoras domésticas, no renuncian por temor a represalias (ser tratadas como criminales, no tener dónde más ir, no tener documentación que acredite su identidad), y no siempre hay consulados u oficinas disponibles y verdaderamente accesibles. En nuestra región, diversas investigaciones, entre ellas las realizadas por Corina Courtis y María Inés Pavecchia, así como por

María Cristina Cravino,²⁰ dan cuenta de esta realidad y de las condiciones de precariedad que viven las empleadas domésticas migrantes, en su mayoría paraguayas, en Argentina (migración sur-sur). También, evidencian las redes de cooperación que se generan tanto en las familias en los países de origen como en familiares en los países de destino. Siempre tienen una persona que las espera, les paga el pasaje o les presta el dinero para ello, les provee de alojamiento (al menos al principio), les consigue trabajo, etc.

3.3. *Marco jurídico vigente a casi media década de entrada en vigor de la CTM (A/HRC/4/24)*²¹

En esta oportunidad, el informe versa sobre una serie de preguntas sobre diversos ejes (los controles fronterizos y las medidas adoptadas para reducir/hacer frente a la migración irregular, la expulsión, las condiciones de entrada/residencia, los derechos de los migrantes y la protección de los migrantes), ante lo cual se obtuvieron 26 respuestas de Estados que no necesariamente forman parte de la CTM pues el relator tiene la potestad de investigar la situación de los migrantes en todos los países miembros de la ONU. En varias oportunidades, el Sr. Bustamante señala con pesadumbre que los Estados no han contestado determinadas preguntas. A su vez, las respuestas son muchas veces tan disímiles que la recomendación y las conclusiones son evidentes: necesidad de homogeneizar la legislación de acuerdo con los estándares internacionales de derechos humanos (que muchas veces no se cumplen siquiera para los propios nacionales).

En relación con el tratamiento de los migrantes, y por mencionar algunas de las observaciones realizadas en el informe, se puede vislumbrar que los agentes de las fuerzas armadas en controles fronterizos portan armas y están autorizados a usarlas (con ciertas "limitaciones" que varían caso a caso), y en general no hay acuerdos entre Estados fronterizos para evitar la pérdida de vidas humanas en el paso de fronteras (especialmente en casos de migración irregular).

²⁰ Courtis, C. y PACECCA, M. I., "Género y trayectoria migratoria: mujeres migrantes y trabajo doméstico en el Área Metropolitana de Buenos Aires". *Revista Papeles de Población*, 2010, vol. 16. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx>; Cravino, M. C., "Jóvenes migrantes paraguayos/as en Argentina. Relatos del proceso migratorio y condiciones de vida", *Juventud, migración y género en el corredor Paraguay-Argentino*, Flacso-ONU Mujeres, Buenos Aires, 2013.

²¹ ONU, Informe del relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, A/HRC/4/24, 14 de febrero de 2007.

Migrar, para países como Argentina, es un derecho humano; para otros, un crimen o una acción pasible de ser sancionada. Las condiciones de admisión y permanencia en el país como migrantes o los requisitos para solicitar la ciudadanía varían de Estado a Estado. También las condiciones jurídicas para la reunificación familiar en el país de destino son diferentes entre sí; muchas veces se les niegan o restringen ciertos derechos (seguridad social, vivienda, salud, educación, protección de leyes laborales, libertad de asociación y sindicalización, entre otros). A su vez, ante vulneraciones de derechos, si bien la mayoría de los países indican que tiene legislación, y/o mecanismos e instituciones públicas que brindan asesoramiento legal o patrocinio jurídico para el acceso a la justicia, lo cierto es que los reclamos no son tan recurrentes como deberían ser, por lo que sería más preciso conocer el acceso en términos reales (si los servicios enunciados están en todos lados, si se promocionan y los migrantes saben de su existencia, qué amenazas pueden sufrir los migrantes para no hacer denuncias, etc.).

3.4. Niñez migrante, ¿el eslabón más débil? (A/HRC/11/7)²²

En 2009, el relator hizo especial énfasis en la niñez migrante y estableció tres categorías para su posterior análisis: niños que quedan atrás (en sus países de origen con progenitores que migran), niños en tránsito o “en movimiento” y niños en países de destino, acompañados o no acompañados. La falta de estadísticas hace complejo, una vez más, analizar la situación de manera acabada. Aun así, el relator da cuenta de que, tanto los niños, niñas y adolescentes (NNyA) como los adultos migran por múltiples razones (sociales, económicas, políticas), y que los NNyA no acompañados, entre ellos especialmente las niñas, tienen mayores oportunidades de sufrir abusos y violencias de todo tipo. Estas últimas, además, sufren mayores porcentajes de abusos sexuales.

Si bien la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), ampliamente ratificada, no define ni garantiza derechos específicos a niños migrantes, es el tratado que debe regir la aplicación, el ejercicio y la garantía de derechos en la infancia y adolescencia. Incluso, tiene un protocolo específico para el caso de venta de niños, que debe ser aplicado en los casos que corresponda. Sin embargo, el relator nota que tanto la perspectiva de niñez como la de género están ausentes en el tratamiento de los NNyA migrantes.

²² ONU, Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, Jorge Bustamante. Protection of children in the context of migration, A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009.

Además, los NNyA están sujetos a un tratamiento similar a los adultos, que deja de lado cualquier tipo de protección especial prevista por la CDN; son tratados como criminales y discriminados por los progenitores que tienen, privados de la libertad, objetos de explotación y tráfico, etc. Los niños que permanecen en los países de origen también sufren discriminaciones de todo tipo y experimentan traumas y violencias, incluso de los familiares y cuidadores.

3.5. GOBERNANZA MUNDIAL DE LA MIGRACIÓN (O LA BÚSQUEDA DE LA ARMONÍA) (A/68/283)

En 2013, el tercer relator sobre los derechos de los migrantes presentó un informe anual destinado a la gobernanza mundial de la migración. En este sentido, el relator entiende que, en tanto se trata de un fenómeno fundamentalmente humano que afecta a todos los Estados de una u otra manera, es necesaria una gobernanza mundial con perspectiva de derechos humanos. Esta gobernanza, según él, puede asumir “diversas formas, incluidos las políticas y los programas en materia de migración de los distintos países, los debates y acuerdos entre Estados, los foros multilaterales y los procesos consultivos, y las actividades de las organizaciones internacionales, así como las leyes y normas pertinentes” (párr. 10). Lo más preocupante es, según él, no sólo la ausencia de tal gobernanza, sino su fragmentación (distintos marcos jurídicos y enfoques institucionales por país y región) y la hegemonía del discurso de los países desarrollados por sobre los demás.

El mero hecho de la inexistencia de un organismo dentro de la arquitectura de la ONU, que se encargue específicamente de la situación de los migrantes, es para el relator un problema. El informe también problematiza sobre el rol de la OIM, que no es un organismo de la ONU, los fondos que recibe de los Estados para representar sus intereses, el solapamiento de los discursos, medidas y compromisos en la multiplicidad de foros de debate (o que estos no siempre giren en torno a los derechos humanos, sino a temas como desarrollo, crecimiento económico, etc.); la falta de ratificación de la CTM, el incumplimiento sistemático por parte de los Estados de principios/derechos básicos de derechos humanos como el de igualdad y no discriminación; la disparidad de gobernanza a nivel nacional, que afecta desproporcionadamente a unos migrantes y no a otros; que muchas veces los migrantes compartan características con los refugiados y se les rechace sin analizar las cuestiones particulares alegando que son meros migrantes económicos; etc.

4. RECOMENDACIONES INTERNACIONALES Y DESAFÍOS LOCALES

El Derecho (y los derechos) es un elemento de poder que incluye y excluye, nombra y visibiliza u oculta y esconde. En este sentido, la existencia de una CTM, de la Relatoría especial, de instancias de diálogo formal, entre otras, significa un avance simbólico importante pero desafortunadamente insuficiente para transformar la realidad de las personas a quienes están destinadas.

A decir de Alda Facio y Alicia Ruiz,²³ el Derecho como discurso social configura la subjetividad y la identidad, y para entender el fenómeno legal (en este caso el derecho internacional de los derechos humanos de las personas migrantes) es preciso analizar no sólo la ley y su aplicación práctica, sino sobre todo el componente político-cultural, que es el contenido que las personas le dan a la ley (escrita o no) por medio de la doctrina jurídica, las costumbres, las actitudes, las tradiciones y el conocimiento y uso que la gente tenga y haga de la ley.

Consideramos fundamental partir de esta premisa para entender y deconstruir las recomendaciones realizadas por los relatores en cada uno de sus informes (así como las *no* realizadas) y, a la vez, identificar las dificultades y desafíos que enfrentan los Estados en relación con aquellas.

Para empezar, dejamos claro que en varios de los informes las recomendaciones se repiten o, al menos, se relacionan tan intrínsecamente que parece imposible entenderlas por separado; con ello no nos referimos solamente a la necesidad de ratificación de la CTM. A continuación, se analizan los puntos que consideramos más sobresalientes y ayudan a homogeneizar la interpretación y el análisis: institucionalidad y gobernanza, igualdad y no discriminación, migración y desarrollo, género y migración, y niñez migrante.

4.1. *Institucionalidad y gobernanza*

Los relatores insisten en diversos grados y con diversos objetivos en dotar de mayor institucionalidad a las situaciones (y a las problemáticas) derivadas de las migraciones (fundamentalmente) internacionales. Ello incluye el marco jurídico local, nacional e internacional protectorio de derechos de los migrantes.

²³ Facio, A., "Metodología para el análisis del género en el fenómeno legal", *Género y derecho*, La Morada, Santiago de Chile, 1999; Ruiz, A., "La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres", *El derecho en el género y el género en el derecho*, Biblos, Buenos Aires, 2000.

Ahora bien, los postulados de la CTM reafirman principalmente los derechos que ya se derivan de otros tratados, con lo cual es evidente que los Estados no cumplen con los demás instrumentos y que los comités que rigen la aplicación de estos últimos no hacen demasiados esfuerzos argumentativos por incorporar la perspectiva migrante en su labor.

A su vez, para fortalecer esa institucionalidad no es suficiente con alentar a los Estados a ratificar un tratado más, sino que es preciso sugerir a los Estados cuáles son los estándares mínimos a cumplir, cómo deben implementarlos, cómo podrían diseñar una política pública acorde a estos estándares y cómo monitorear y ajustar esa política.

En este sentido, los relatores Rodríguez Pizarro y Bustamante alientan la formulación de más y mejores normas, con mejores implementaciones, monitoreo y sanciones (económicas, políticas y sociales, tanto para los actores privados como para los funcionarios y los Estados). Por su parte, Crépeau aboga por mayor trabajo interdisciplinario, interagencial y multisectorial, hacer más efectivos y eficientes los espacios de diálogo y crear un organismo rector del tema migrantes dentro de la esfera de ONU, entre otras cuestiones.

Todos hicieron hincapié en la generación de datos estadísticos y en reforzar los mecanismos de vigilancia. Crépeau agregó también la posibilidad de detectar buenas prácticas locales/nacionales (o experiencias relevantes según el nuevo lenguaje ONU), para implementar a gran escala o, al menos, compartir y seguir el modelo, sin por ello violentar la soberanía y supremacía estatal. Una mayor gobernanza (mayor institucionalidad) no sólo no atenta contra la soberanía, sino que economiza procesos, optimiza el control y mejora la coordinación y la cooperación (entre otros milagros).

Sin embargo, ninguno de los relatores propuso, por ejemplo, la participación activa de migrantes en el diseño de las políticas públicas que irán dirigidas a ellos mismos, premisa fundamental del enfoque de derechos humanos. Tampoco insistieron expresamente en la importancia de cesar con la corrupción y la impunidad.

Mayor burocracia, nacional o internacional, no resuelve los múltiples estereotipos (es decir, ese componente político-cultural) que obstaculizan el acceso a derechos fundamentales por parte de los migrantes. Ello nos lleva al siguiente punto.

4.2. Igualdad y no discriminación

En la literatura jurídica argentina parece imposible pensar en igualdad y no discriminación y no citar a Roberto Saba.²⁴ Según él, existen dos tipos de igualdad: una formal o clásica (ante la ley) y otra real o estructural (igualdad como no subordinación, como la ha dado a llamar).

En este sentido, hablar de respetar y garantizar los principios/derechos de igualdad y no discriminación significa, desde nuestra perspectiva, transformar las relaciones patriarcales de subordinación que privan a los sujetos subalternos (migrantes, mujeres, niños) de derechos fundamentales.

Ahora bien, ¿cómo se alcanza la igualdad real? Con compromiso (y para ello sí se precisa la institucionalidad y la gobernanza). Es preciso capacitar (seria y comprometidamente) en derechos humanos a todos los funcionarios públicos (desde la alta gerencia hasta el personal de atención al público), a docentes de primaria y secundaria, a profesores terciarios y universitarios, a niños y adolescentes. También es fundamental realizar campañas de sensibilización masivas en derechos humanos, en general, y en derechos de los migrantes, en particular, que lleguen hasta los lugares más recónditos de cada país y ayuden a deconstruir los dualismos naturalizados de hombre-mujer, adulto-niño, nacional-extranjero/inmigrante que afectan profundamente a la sociedad en su conjunto.

Asimismo, como recomendaba Rodríguez Pizarro, es importante poner los consulados al servicio de los migrantes y no a la inversa. Deben servir para informar, para dictar cursos de idioma, para asesorar y defender los derechos de las personas migrantes antes, durante y después del proceso, hasta su integración en el país de destino o retorno a salvo al país de origen.

Prueba de la importancia de interpretar la igualdad en términos estructurales es que la segunda observación general del Comité de la CTM se refirió a los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, retomando varias de las recomendaciones realizadas por los dos primeros relatores de la ONU.

Finalmente, en lo que refiere al acceso a la justicia (extremo también mencionado con frecuencia en los informes), resulta evidente que, en términos

²⁴ Saba, R., "(Des)igualdad estructural", *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 163-197.

dworkinianos, la concepción de igualdad que tengamos será concordante con la concepción de justicia que tengamos (y que queramos).²⁵

4.3. Migración y desarrollo (y la eterna problemática del costo de los derechos)

Todos los relatores hablaron, de alguna manera u otra, e independientemente de los alcances y desafíos de cada término según la extensión e importancia que quiera dárseles (cuestión que excede ampliamente el objetivo y extensión posible de este artículo), del vínculo entre migración y desarrollo. Sin embargo, decididamente todos omitieron reflexionar sobre el costo de los derechos de los migrantes. En un mundo capitalista donde lo único que importan son las ganancias, no hablar de costos es, cuanto menos, ingenuo. Un país cuyo PIB se compone principalmente de las remesas enviadas por sus nacionales en el extranjero, ¿qué cambio estructural querrá hacer cuando su economía depende de ello? Un Estado que se beneficia de mano de obra a bajo costo para producir bienes y servicios que reclama el mundo desarrollado, ¿por qué modificaría, sin amenaza real o simbólica, su *modus operandi*? La política y la moralidad, lamentablemente, no van de la mano.

Crépeau decía que “siempre debe considerarse a los migrantes, ante todo, seres humanos con derechos humanos inherentes, en lugar de agentes de desarrollo. (...) Sólo cuando la migración se conciba desde el punto de vista de los derechos humanos podrá desarrollar su potencial para facilitar el desarrollo humano” (ONU, 2013, párr. 126). Desde un punto de vista dogmático, incluso humanitario, esta afirmación es convincente; en la práctica, no. Por supuesto, el relator también es de la idea que “si se gestionaran correctamente, todos ellos [los Estados] se beneficiarían de la migración”,²⁶ entendida como un todo que incluye diversidad cultural y el intercambio de conocimientos y fundamentalmente, claro está, mano de obra para producir los bienes y servicios (que requieren los países desarrollados).

En este sentido, cabe aclarar que el relator no estaba sólo en su postura, sino que se encontraba inmerso en un contexto de negociaciones intergubernamentales para definir la Agenda 2030, que dio lugar a los objetivos

²⁵ Rodríguez, M. “Igualdad, democracia y acciones positivas”, *Teoría y práctica del derecho constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, pp. 619–656.

²⁶ Report by the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau: Global migration governance, A/68/283, 7 de agosto 2013, párr. 87.

de desarrollo sostenible (ODS), que reconocen un vínculo indisoluble entre desarrollo y derechos humanos, y entre estos con las políticas públicas de los Estados y el sector privado.

En este marco, el Objetivo 10, destinado a reducir la desigualdad en y entre los países, menciona entre sus metas la misión de “facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas” (10.7), así como reducir, de 2015 a 2030, “a menos del 3% los costos de transacción de las remesas de los migrantes y eliminar los corredores de remesas con un costo superior al 5%”. El tiempo dirá cómo los Estados se ajustan a los nuevos desafíos (y promesas) mundiales.

4.4. Género y migración

El análisis particular de la situación de esta categoría específica de migrantes, al igual que la siguiente (niñez migrante), se vincula directamente con los sub-apartados anteriores. Tanto las mujeres como los NNYA, en tanto no son tratados como iguales a pesar de serlo y tener instrumentos específicos que los protegen, son funcionales al “desarrollo” (de otros). Las recomendaciones hechas por la relatora en 2004, en relación con los empleados domésticos migrantes, son tan “básicas” como alarmantes, y dan cuenta de la falta de aplicación efectiva de políticas de género específicas y de políticas públicas con enfoque de género. Las mismas vulneraciones a las que se ven sometidas las trabajadoras domésticas nacionales (dependencia, mal salario, cargas horarias excesivas, falta de acceso a la seguridad social, la salud, la educación, etc.) y sus respectivas consecuencias se ven exacerbadas en las empleadas domésticas migrantes.

Sin embargo, puede verse como un avance (al menos discursivo) que la primera Observación General (2011) del Comité de la CTM haya estado dedicada a esta problemática y haya retomado muchas de las observaciones y recomendaciones realizadas por la relatora. De esta manera, su trabajo sirvió para interpretar, de manera institucional, el alcance de los derechos contenidos en la CTM, y resulta de mayor utilidad para la implementación de aquella por parte de los Estados.

4.5. *Niñez migrante*

La protección de los más débiles siempre resulta un fin noble. El problema ocurre cuando los sujetos protegidos (NNyA) se transforman en “menores”, en aquellos “otros” que no merecen un tratamiento acorde a su edad y circunstancias por ser “criminales”. Esa es la conclusión a la que, indirectamente, llegaba Bustamante.

En su informe, el relator evidenciaba que, lejos de ser respetados como sujetos de protección (tal como indica la CDN), los niños migrantes son considerados objetos de control social, en flagrante contraposición con el sistema de protección integral.

Aquí lo importante es diseñar y llevar a cabo políticas públicas que aseguren el acceso, goce y ejercicio de todos los NNyA de todos sus derechos, independientemente de sus condiciones personales o las de sus familias. Es preciso, también, que los Estados siempre se guíen por los principios rectores de la CDN (interés superior del niño, derecho a la igualdad y no discriminación, a la vida y a ser oído, y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta). Mientras los Estados criminalicen a los NNyA migrantes, les apliquen sanciones extremas y los traten como adultos, los Estados (todos “menos” Estados Unidos, que no ratificó la CDN, afirmación totalmente discutible ya que incluso ello tampoco lo eximiría) estarán incurriendo en responsabilidad internacional. De allí la importancia de aplicar, como guía interpretativa, la OG núm. 6 del Comité de Derechos del Niño (de hecho, muchas de las recomendaciones del relator están basadas en esta OG), relativa al trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.

Asimismo, es dable destacar que (en este esfuerzo por mayor institucionalidad, gobernanza, interseccionalidad, etc., mencionada en el punto 4.1.), tanto a nivel regional como internacional, ha habido avances (una vez más, al menos discursivos) en la materia. En el sistema interamericano, en 2014 la Corte publicó la Opinión Consultiva 21, que arroja luz sobre los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y en necesidad de protección internacional. En este sentido, los Estados no parte de este subsistema podrían (y deberían) tomar de referencia esta OC para el desarrollo de sus políticas públicas.

Por su parte, en el sistema universal los comités rectores de la CDN y la CTM se propusieron realizar una Observación General conjunta, con el objetivo expreso de, entre otros, “elaborar, para los Estados partes y otros actores

clave, directrices para el desarrollo de políticas migratorias, de infancia y otras relacionadas, dirigidas a la protección y garantía de los derechos de NNyA en el contexto de la migración”, que alcance a todos los niños migrantes (todas las categorías señaladas por el relator, sumado los que retornan a sus países de origen).

5. CONCLUSIONES

Es de público conocimiento que el eje central de la obra de la filósofa Hannah Arendt reside en el famoso “derecho a tener derechos”. De alguna manera, ella sostiene que sólo nos dimos cuenta de que los derechos de la modernidad dependían del Estado cuando millones de personas fueron despojadas de todo: su espacio, su bienes materiales e inmateriales, incluso su nacionalidad. Por ello, en el marco de la posguerra, el Estado-Nación es fundamental. Ahora bien, el problema ocurre cuando acaece lo que Benhabib denomina “la perversión del Estado moderno”, es decir, un Estado “que pasó de ser un instrumento del derecho a uno de discrecionalidad sin derechos”,²⁷ y ello es lo que se observa de los informes y recomendaciones de los relatores.

Hoy en día, la migración es entendida por algunas personas y algunos Estados como un derecho y como “la legítima búsqueda de oportunidades en el exterior”.²⁸ Sin embargo, las ideas sistematizadas hasta aquí dan cuenta de que, pese a los varios esfuerzos internacionales y nacionales, generalmente los migrantes siguen siendo vistos como agentes para el desarrollo o como el enemigo común a quien endosarle todos los problemas y librarse de toda culpa. Escasas veces son vistos como seres humanos con derechos humanos que les son inherentes.

Por lo tanto, sigue siendo necesario ampliar el concepto de *migrante*, sumarle el manto protectorio de los derechos humanos y hacer efectivos los derechos, siguiendo hasta la sombra de los Estados y proponiendo alternativas creativas para hacerlos realidad. Hasta que ello pase, seremos todos responsables de un desarrollo no merecido y de las desigualdades que alejan cada vez más a los “unos” de los “otros”.

²⁷ Benhabib, Seyla, “El derecho a tener derechos’: Hannah Arendt y las contradicciones del Estado-nación”, *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, Gedisa, Barcelona, 2005, pp. 45-59.

²⁸ Martínez Pizarro, J., “Migración internacional en la agenda de derechos. Expresiones, avances y perspectivas”, Ponencia presentada en Reunión de Expertos en Población y Derechos Humanos, CEPAL-CELADE, octubre de 2006, p.2.

