

Los Derechos Humanos de los migrantes en un contexto global de movilidad

The human rights of migrants in a global context of mobility

GALLARDO BARDALES, Augusto David(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Movilidad humana y sus categorías como fenómenos histórico-sociales. III. Los migrantes como sujetos de especial protección en el sistema internacional de los derechos humanos. IV. Marco jurídico que regula la migración en el Perú. V. El derecho a migrar como derecho humano vs. los derechos humanos de los migrantes. VI. Conclusiones. VII. Lista de referencias.

Resumen: El presente artículo de investigación versa sobre un tema de relevancia jurídica, la situación de las personas en un contexto de movilidad, categoría del derecho internacional donde encontramos a los migrantes internacionales, quienes constituyen una población vulnerable a la cual el sistema internacional de derechos humanos le viene reconociendo cada vez mayores derechos humanos de manera específica, situación en la que surge la discusión si existe el derecho humano a migrar o existen los derechos humanos de los migrantes.

(*) Magíster en Estudios Legales Internacionales, mención en Derechos Humanos y Género, por American University – Washington College of Law (EE. UU.). Maestrante en Derecho Penal por la Escuela de Postgrado UNC. Fiscal Adjunto de la Tercera Fiscalía Provincial Penal de Cajamarca. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, UNC. Correo electrónico: agallardob@unc.edu.pe.

Palabras clave: Movilidad humana, migración, migrantes, derechos humanos, derecho a migrar.

Abstract: The current research is about persons in a mobility context, which is a legal relevance issue. This international law topic includes immigrant persons, who are vulnerable population according to international human rights. Thus, the international human rights system is recognizing specific rights to immigrant persons. Finally, it is important to define if there is a human right to migrate, or, there are human rights to immigrants.

Key words: Human mobility, migration, immigrants, human rights, right to migrate.

I. Introducción

Nuestra realidad global nos informa, al instante y muchas veces con una crudeza sobrecogedora, sobre el desarrollo de conflictos armados, desastres naturales, hambrunas, persecuciones políticas, guerras y demás fenómenos que tienen un impacto profundo en las sociedades involucradas, quienes por salvaguardar su integridad y su vida se ven inmersos en procesos de movilidad humana, es decir en aquellos procesos donde apreciamos un movimiento masivo de determinados grupos sociales, como consecuencia de factores externos, dejando atrás los territorios donde desarrollaron su cultura y forma de vida.

«*Vengo sin nada. Nada más con mi sueño de trabajar*»⁽¹⁾ suele ser el argumento que moviliza a miles de ciudadanos venezolanos en los últimos dos años, quienes se encuentran en un contexto de movilidad humana, principalmente en la calidad de migrantes, debido a la precaria situación económica de su Estado, el mismo que bajo un gobierno autoritario viene ejerciendo actos de represión política y extremo control gubernamental hacia quienes muestran voces disidentes al modelo económico-político que ejerce el gobierno de turno.

Así, al encontrarnos frente a un proceso global, el Perú no es ajeno a este fenómeno, siendo que contrariamente a lo que pueda pensar la autodenominada «opinión pública», los procesos de movilidad humana en nuestro país no son recientes ni exclusivos a la comunidad venezolana, sino que hemos venido experimentando este tipo de fenómenos desde el origen de nuestra historia como república. En ese sentido, este artículo versará sobre la movilidad humana y sus categorías, para luego hacer énfasis en los procesos migratorios, analizándolos bajo una perspectiva de derechos humanos, describiendo el marco jurídico internacional y peruano al respecto,

(1) BBC. *Crisis en Venezuela: los desesperados testimonios de los venezolanos que huyen a Colombia y Brasil*. 27 de julio de 2019, de BBC. <https://www.bbc.com/mundo/media-45288619>.

para finalmente concluir ideas que nos posibiliten una adecuada aproximación a la migración como derecho humano.

II. Movilidad humana y sus categorías como fenómenos histórico-sociales

La movilidad humana resulta ser un concepto adecuado para describir todo proceso social donde un grupo humano se desplaza de un lugar a otro ejerciendo su derecho humano a la libertad de movimiento. Es decir, la movilidad humana es la expresión del ejercicio de un derecho humano, como es el de la libertad. Ahora bien, las causas y dinámicas de estos procesos de movilidad humana son diversas, es decir, dependen tanto de circunstancias de necesidad como de posibilidad, por lo que podemos afirmar que para que un grupo humano decida involucrarse en un contexto de movilidad humana, es requisito no solamente el aspecto volitivo, que incluye la movilidad humana voluntaria y forzada, sino también que este grupo humano se encuentre en condiciones fácticas de dejar sus territorios y posesiones. A pesar de ello, el factor común que impacta decisivamente en los procesos de movilidad humana es la respuesta legal de un Estado, sea este un territorio de origen, tránsito o destino.⁽²⁾

Es así que, los procesos de movilidad humana no son homogéneos ni aislados, por el contrario, estos procesos han venido ocurriendo a lo largo de la historia humana con diferentes características, en donde grupos humanos se han venido desplazando de un territorio a otro en busca de mejores condiciones de vida y hasta con la finalidad de salvaguardar la suya. Estos hechos históricos quizás hayan sido catalogados bajo otros conceptos, sin embargo, bajo nuestro enfoque de derechos humanos, los mismos se encuentran dentro de lo que ahora llamamos movilidad humana, los que son diversos, dinámicos e históricamente recurrentes.

Luego, con la finalidad de estudiar y abordar legalmente los procesos de movilidad humana podemos categorizarlas en internacional (cuando se cruza las fronteras legales de un Estado hacia otro) o interna (cuando se produce dentro de los límites territoriales de un mismo Estado); voluntaria (sin coacciones de ninguna clase) o forzada (cuando sus derechos humanos se ven amenazados por terceros o por desastres naturales; o cuando son trasladados físicamente sin su consentimiento); por causas sociales (*v. gr.* Discriminación, delincuencia organizada, conflictos

(2) ZAMBRANO GENDE, H. *El derecho humano a la movilidad humana; su desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana*. Universidad Andina Simón Bolívar, I, 142. 27 de julio de 2019. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6556/1/T2804-MDC-Zambrano-El%20derecho.pdf> Base de datos..

armados), políticas (v.gr. disidentes políticos, inestabilidad política), económicas (v.gr. pobreza, hambrunas, falta de empleo) o ambientales (v.gr. contaminación minera, cambio climático, acceso al agua)⁽³⁾.

Aunado a ello, tenemos que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), en su Informe Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos del año 2015⁽⁴⁾, define las categorías de las personas en movilidad humana conforme el siguiente detalle:

- a) **Refugiado:** sobre esta primera categoría, resulta necesario observar el Estatuto de los Refugiados de 1951, modificada por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, donde se determina que la categoría jurídica de refugiado se refiere a la persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentra fuera del país de su nacionalidad; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, fuera del país donde tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él⁽⁵⁾. Este concepto ha sido ampliado mediante la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, donde se incluye dentro del término refugiado a «[...] las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público». En este punto es necesario precisar que no es necesario un pronunciamiento estatal ni del sistema internacional sobre la situación de refugiado de una persona, sino que dicha condición se adquiere con el solo hecho de cumplir con las características antes descritas.
- b) **Solicitante de Asilo:** en la Opinión Consultiva OC-21/14, del 19 de agosto de 2014 - Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, se establece que la calidad legal de solicitante de asilo: «[...] hace relación a la persona que solicita el reco-

(3) COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 2015. Washington, DC, Estados Unidos: CIDH.

(4) Ídem.

(5) ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*, 1951. 27 de julio de 2019, de ACNUR. <https://www.acnur.org/5b0766944.pdf>.

nocimiento de la condición de refugiado y cuya solicitud todavía no ha sido evaluada en forma definitiva en el país de acogida»⁽¹⁾.

- c) **Apátrida:** la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, en su artículo 1 define que: «[...] el término «apátrida» hace relación a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación»⁽²⁾.
- d) **Niño, niña o adolescente no acompañado:** la Observación General 06 del Comité de los Derechos del Niño del año 2005, define dentro de esta categoría a: «[...] todo niño, niña o adolescente separado de ambos padres y otros parientes sin estar bajo el cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumba esa responsabilidad»⁽³⁾.
- e) **Niño, niña o adolescente separado:** la Observación General 06 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, del año 2005, define dentro de esta categoría a: «[...] separado de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Por tanto, puede tratarse de menores acompañados por otros miembros adultos de su familia»⁽⁴⁾.
- f) **Desplazado interno:** el Informe del Representante del Secretario General sobre las Personas Internamente Desplazadas ante las Naciones Unidas, de fecha 11 de febrero de 1998, les define como: «[...] las personas o grupos de personas u obligados a huir de sus hogares o lugares de residencia habitual, o a abandonarlos, en particular a causa de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o desastres naturales o causados por el ser humano, y que aún no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida que han sido forzados»⁽⁵⁾.
- g) **Migrante:** El término migrante guarda particular importancia en el presente

(1) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-21/14. 27 de julio de 2019, de Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014.* http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_21_esp.pdf.

(2) ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención sobre el Estatuto de los Apátridas. 27 de julio de 1954, de ACNUR, 1954. <https://www.acnur.org/5b43cea54.pdf>.

(3) COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. 27 de julio de 2019, de UNICEF, 2014.* <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>.

(4) Ídem.

(5) ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Representante del Secretario General sobre las Personas Internamente Desplazadas, 2003.* 27 de julio de 2019, de ACNUR. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2265.pdf>.

artículo. Así, la Organización Internacional para las Migraciones define a un migrante como: «[...] cualquier persona que se desplace o se ha desplazado a través de una frontera internacional o dentro de un país, fuera de su lugar habitual de residencia independientemente de: su situación jurídica; el carácter voluntario o involuntario del desplazamiento; las causas del desplazamiento; o la duración de su estancia»⁽⁶⁾. A su vez, la CIDH hace uso del término: «[...] «migrante internacional»: para referirse a toda persona que se encuentre por fuera del Estado del cual es nacional; y «migrante interno» para referirse a toda persona que se encuentre dentro del territorio del cual es nacional, pero por fuera del lugar en el que nació o donde reside habitualmente [...]».⁽⁷⁾ En consecuencia, podemos advertir que no existe un criterio ni definición uniforme en el sistema internacional de derechos humanos sobre el término migrante, término que como se aprecia guarda evidente símil con el término persona en contexto de movilidad humana, pudiendo afirmar que incluso las categorías jurídicas previas sobre movilidad humana se encuentran dentro de la categoría de migrantes; es por ello que, a continuación analizaremos la situación particular de los migrantes como personas que merecen especial protección de sus derechos humanos.

III. Los migrantes como sujetos de especial protección en el sistema internacional de los derechos humanos

Conforme el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, experimentamos el mayor contexto de movilidad humana de la historia, precisándose que en el año 2017, se alcanzó la cifra de 258 millones personas en calidad de migrantes, número comparativamente superior a los 173 millones del año 2000⁽⁸⁾. Disgregando data, hay 68 millones de personas desplazadas por la fuerza, entre los que se incluyen 25 millones de refugiados, 3 millones de solicitantes de asilo y más de 40 millones de desplazados internos al año 2017 a nivel global. Asimismo, conforme estadística del Portal Global de Datos Migratorios⁽⁹⁾, se tiene que en el año 2017, el número de migrantes internacionales llegó hasta los 258 millones a nivel global, frente a los 244 millones del año 2015. Asimismo, se estima que hay 36,1 millones de niños migrantes y

(6) Ver: <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/migration/>.

(7) *Idem*.

(8) <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimates1.asp>.

(9) <https://migrationdataportal.org>.

150,3 millones de trabajadores migrantes.

A la luz de las estadísticas mundiales, el sistema internacional de derechos humanos, mediante acciones de la comunidad internacional, ha tomado conciencia sobre el creciente número de personas en contextos movilidad humana o migrantes, estableciendo protocolos y abordando legalmente las problemáticas que los migrantes vienen atravesando en los últimos años, ello con la finalidad de proteger los derechos humanos que les corresponden a los migrantes, además de cumplir con las obligaciones internacionales de los Estados, las cuales ya se encuentran consagradas en determinados documentos previamente suscritos y ratificados en el derecho interno. Cabe resaltar que si bien es cierto dicho reconocimiento de especial protección a los migrantes ha resultado en la sanción de documentos internacionales que abordan específicamente los derechos humanos de los migrantes, esto no importa que estos derechos no hayan sido reconocidos en convenciones previas, solo que su aplicación a ciudadanos extranjeros no era abordada claramente, situación que generaba que los agentes estatales esgriman argumentos para omitir esta protección específica a los migrantes que se encontraban en su territorio.

En esa línea de protección de los derechos humanos de los migrantes, en el año 1990, la comunidad internacional en las Naciones Unidas adoptó la Convención Internacional de Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y los Miembros de sus Familias, la misma que tiene por objeto proteger los derechos humanos de los migrantes en situación de trabajo, y sus familias, en tanto establece pautas mínimas sobre condiciones laborales y propone la lucha contra el tráfico de migrantes. Nuestro país ha ratificado dicha convención el 14 de setiembre de 2005, buscando principalmente: «[...] ampliar los mecanismos de protección para los trabajadores migratorios y sus familias, sobre todo lo relativo a condiciones de explotación y discriminación; control del tráfico ilícito de personas; y creación de lineamientos claros con relación a los beneficios sociales a los que debieran tener acceso estas personas»⁽¹⁰⁾.

Luego, tenemos el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que se constituye en el primer documento del sistema internacional en abordar de manera integral la trata de personas y definiendo por primera vez los alcances del delito de trata de personas. Este Protocolo contra la Trata de Personas data del 15 de noviem-

⁽¹⁰⁾ *Loc. cit.*, p. 7.

bre del año 2000, siendo ratificado por el Perú el 23 de enero de 2002⁽¹¹⁾. Dentro del área del Derecho Penal Internacional, tenemos el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocido también como el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, que aborda el panorama delictivo del crimen organizado que traslada y facilita el acceso de migrantes a un Estado que no otorga el ingreso de manera regular. Este documento ha sido ratificado por el Perú el 23 de enero de 2002.

Asimismo, se tienen los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, que en el mes de septiembre del año 2005, fueron reconocidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas como «[...] un marco internacional de importancia para proteger a las personas desplazadas dentro de sus países»⁽¹²⁾. Si bien es cierto se trata de un documento parte del *soft law*, es decir no vinculante para los Estados miembros de la comunidad internacional, estos principios tienen por objeto constituirse en una guía para los Estados y organizaciones regionales en la asistencia y protección de los desplazados internos. De esta manera se establecen que los Estados tienen cuatro obligaciones principales en contextos de desplazamiento interno: primero, la obligación de prevenir el desplazamiento; segundo, la obligación de proteger y brindar asistencia a los desplazados durante el movimiento; la obligación de prestar y facilitar la asistencia humanitaria; y finalmente, la obligación de facilitar el retorno, reasentamiento y reintegración de los desplazados internos en condiciones de seguridad⁽¹³⁾.

Asimismo, se tienen los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativos a «Los trabajadores migrantes», o Convenio 97, y, «Las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes», o Convenio 143. En ese sentido, el Convenio 97 consagra el principio de igualdad de trato entre los trabajadores nacionales y no nacional que se encuentren en una relación laboral regular para efectos de una serie de beneficios laborales, como remuneración, afiliación sindical, seguridad social, acceso a la justicia, condiciones de trabajo, etc. Por su parte,

(11) ONU. *Protocolo contra la Trata de Personas, 2000*. 27 de julio de 2019, de OHCHR. https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ProtocolTraffickingInPersons_sp.pdf.

(12) ONU. *Documento Final de la Cumbre Mundial 2005*. 27 de julio de 2019, de ONU. https://www.un.org/spanish/summit2005/fact_sheet.html.

(13) COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia, 2013*. 27 de julio de 2019, de CIDH. <https://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/Justicia-Verdad-Reparacion-es.pdf>.

el Convenio 143 incorpora medidas para la promoción de la igualdad de oportunidades entre los trabajadores migrantes y los nacionales, más allá de su situación administrativa migratoria en el país de tránsito o destino.⁽¹⁴⁾

Consecuentemente, podemos apreciar que en los últimos decenios se ha venido tomando conciencia de la necesidad de abordar directamente los contextos de movilidad humana y migración, mediante documentos del derecho internacional que generan obligaciones específicas en los estados que han ratificado dichos documentos, entre los cuales encontramos al Estado Peruano; sin que esto implique necesariamente que, hasta antes de la dación de los documentos mencionados, no se haya interpretado el sistema internacional de derechos humanos en favor de la protección de los migrantes, teniendo en este grupo primigenio documentos tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1965), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1984), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979) y la Convención sobre los Derechos del Niño (1990). En el ámbito regional, tenemos la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988), la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (1994), la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura, y, la Carta Democrática Interamericana (2001).

IV. Marco jurídico que regula la migración en el Perú

El Estado Peruano, al ser un actor de la comunidad internacional y en cumplimiento de los convenios internacionales de derechos humanos ratificador, los que han sido detallados previamente, ha venido implementando medidas legislativas que abordan de manera actual y más adecuada asuntos relacionados a la migración. Así, tenemos el Decreto Legislativo N.º 1350 - Ley de Migraciones y su reglamento Decreto Supremo N.º 007-2017-IN, que reemplazan a la antigua Ley de Extranjería del año 1991, documentos que fundamentalmente reconocen el

(14) DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Tratamiento de las personas extranjeras en el Perú. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo*. 27 de julio de 2019, de Defensoría del Pueblo, 2014. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Informe-009-2014-DP-ADHPD.pdf>.

respeto por los derechos fundamentales de las personas extranjeras que se encuentran en territorio peruano bajo el principio de soberanía, con reconocimiento del aporte de los migrantes en el desarrollo del país y del principio de libre tránsito internacional. Asimismo, el Estado consagra el principio de integración del migrante a la sociedad y cultura peruana, velando por la unidad familiar de los extranjeros, especialmente bajo el amparo del interés superior del niño y adolescente. Así también, el Estado Peruano formula y ejecuta su política migratoria bajo el principio de no criminalización de la migración irregular, de no discriminación, rechazando de manera especial la xenofobia y el racismo. Finalmente, nuestro Estado rige sus procedimientos migratorios bajo los principios de integralidad, unidad de acción y reciprocidad; promoviendo las medidas necesarias para la formalización de los extranjeros que deseen ingresar y permanecer en el territorio nacional.

De otro lado, el Estado Peruano sancionó el Decreto Supremo N.º 001-2017-IN, que aprueba los lineamientos para el otorgamiento del permiso temporal de permanencia (PTP) para las personas extranjeras, madres o padres de hijos/as peruanos/as menores de edad, modificado mediante Decreto Supremo N.º 002-2017-IN y Decreto Supremo N.º 002-2017-IN. Luego tenemos el Decreto Supremo N.º 023-2017-IN, que establece los lineamientos para el otorgamiento del Permiso Temporal de Permanencia para las personas de nacionalidad venezolana, modificado por Decreto Supremo N.º 001-2018-IN y Decreto Supremo N.º 007-2018-IN.

Finalmente, se tiene la Ley del Refugiado 27891 y su reglamento, del año 2003, mediante el que nuestro Estado: «[...] reconoce los derechos y obligaciones propios del Estatuto de los Refugiados, de conformidad con los instrumentos internacionales que ha ratificado, a las personas a quienes se le otorgue tal calidad, y mantiene una posición humanitaria para con los que gocen de la protección del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados»⁽¹⁵⁾.

Como se ha expuesto, el Estado Peruano ha venido modificando su legislación interna para adecuarla conforme el sistema internacional de protección de los migrantes y demás categorías de personas en contextos de movilidad humana, por ello, cabe analizar si realmente nos encontramos frente a un nuevo derecho humano, es decir si existe el derecho a migrar, o en todo caso, podemos seguir abordando el tema de la migración desde una perspectiva mas amplia, en tanto nos referimos a los derechos humanos de los migrantes conforme el catálogo actual de derechos humanos internacionales.

(15) SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE MIGRACIONES. *Ley de Refugiado*, 2003. 27 de julio de 2019, de Superintendencia Nacional de Migraciones. https://www.migraciones.gob.pe/documentos/normalegal_8.pdf.

V. El derecho a migrar como derecho humano

Ante la disyuntiva si realmente existe un derecho humano a migrar, podemos notar dos corrientes al respecto. Una de ellas defiende la tesis que el derecho a migrar se encuentra implícito dentro de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos; mientras que en la otra orilla, tenemos a quienes consideran que no existe el derecho humano a migrar «[...] por lo menos no en el ámbito internacional, toda vez que el círculo que implica la migración –entrada, estancia, salida– no se completa en los derechos enumerados en los instrumentos internacionales»⁽¹⁶⁾ y que si existen los derechos humanos de los migrantes, orientados a su protección en razón a su situación de especial vulnerabilidad.

Así, la primera de las tesis, que defiende la existencia del derecho a migrar como un derecho humano, afirma que dicho derecho se funda en la libertad de circulación y desplazamiento, dentro y fuera de un Estado del cual se es ciudadano. Tal como se expone en la Revista de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional Autónoma de México, esta tesis se remite al contenido del artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que prescribe: «[...] 1.- Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2.- Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país [...]». Aunado a ello, se sustenta esta posición en una interpretación extensiva de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que trata el derecho a la circulación y residencia en su artículo 22.

No obstante, se critica esta posición en tanto dichos articulados circunscriben la libertad de circulación y la elección de residencia dentro de los límites territoriales de un Estado, refiriéndose exclusivamente a la migración interna, mas no internacional, análisis al cual nos adscribimos en tanto no se ampara que toda persona tenga el derecho de entrar libremente y sin controles a un Estado del cual no es nacional, por ende, podemos afirmar que no existe dicho derecho a migrar como un derecho humano, al menos no por el momento, en el actual sistema internacional de derechos humanos.

Respecto de la segunda tesis, la cual se ubica al extremo de la antes mencionada, se centra en que ningún instrumento internacional de derechos humanos se refiere al derecho a ingresar al territorio de cualquier Estado bajo pretexto del respeto al derecho a la libertad de circulación, precisando además que para hablar de migración,

(16) NIEVES HERNÁNDEZ, E. ¿Derecho Internacional a migrar? entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo: el dilema de los derechos humanos de los migrantes. *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, 2019, pp. 49-75..

resulta requisito *sine qua non* que se complete el círculo de la migración internacional, es decir, se evidencie una entrada, estancia y salida-regreso de una persona al territorio de un Estado. Es así que, si bien no existe un derecho humano a migrar a nivel internacional como tal, sí se encuentran reconocido, los derechos humanos de los migrantes, que los protegen en distintos momentos del proceso migratorio, que se encuentran contenidos en el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares⁽¹⁷⁾, posición a la cual nos adscribimos.

Finalmente, conforme el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, los Estados poseen específicamente las siguientes obligaciones generales con los migrantes:

- a) **Obligaciones del Estado en su jurisdicción:** resulta interesante observar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos hace referencia a la obligación de los Estados a proteger a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, sin utilizar el término territorio. En este sentido, la CIDH ha establecido que un Estado realiza: «[...] el ejercicio de su jurisdicción sobre actos ocurridos en un lugar extraterritorial»⁽¹⁸⁾, es decir, un Estado es responsable por las personas ubicadas en el territorio de otro Estado cuando el mismo se encuentra sujeto al control de sus agentes.
- b) **Protección del principio de igualdad y no discriminación:** en ese sentido, la CIDH ha establecido en su que: «[...] no reviste relevancia alguna el motivo, causa o razón por la que la persona se encuentre en el territorio del Estado a los efectos de la obligación de este de respetarle y hacer que se le respeten sus derechos humanos. En particular, no tiene significancia alguna, a este respecto, si el ingreso de la persona al territorio estatal fue acorde o no a lo dispuesto en la legislación estatal. El respectivo Estado debe, en toda circunstancia, respetar tales derechos puesto que ellos tienen su fundamento precisamente en los atributos de la persona humana, es decir, más allá de la circunstancia de que sea o no su nacional o residente en su territorio o se encuentre transitoriamente o de paso en él o esté allí legalmente o en situación migratoria irregular».⁽¹⁹⁾

⁽¹⁷⁾ ONU. *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, 1990. 27 de julio de 2019, de OHCHR. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx>.

⁽¹⁸⁾ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe 109/99*. 27 de julio de 2019, de CIDH. <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/fondos.asp>.

⁽¹⁹⁾ *Loc. cit.*, p. 4..

Esta protección también es abordada en el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo, cuya finalidad se centra en la protección de las personas frente a la discriminación en el empleo por: «[...] cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación».⁽²⁰⁾

Así, si bien es cierto no se detalla la causal de la nacionalidad del trabajador para que se le proteja frente a la discriminación, este Convenio extiende su aplicación a todas las personas que laboran, más allá de su nacionalidad, reconociendo la situación de vulnerabilidad de los trabajadores migrantes, principalmente aquellos que se encuentran en un status migratorio irregular, discriminación que incide esencialmente en las condiciones de trabajo, los salarios, la salud y seguridad en el trabajo, y, accidentes laborales. Así también, el convenio protege a los trabajadores migrantes sea que laboren en el sector público o privado, desarrollando sus actividades en el mercado laboral formal o informal. Este convenio también comprende el principio a no ser discriminado, por razones de nacionalidad entre otras, para emprender un negocio propio, tener acceso a una formación profesional.⁽²¹⁾

- c) **Los derechos económicos, sociales y culturales:** la Declaración Universal de Derechos Humanos y todo el catálogo de tratados sobre derechos humanos no hacen distinción sobre la condición de migrante o la nacionalidad de la persona para garantizar el pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos, además de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Así, los DESC comprende el derecho al trabajo, a la educación, a la salud, a la seguridad social, a la vivienda, al agua y la comida, a un entorno saludable y a la cultura, los que importan en tanto son esenciales para una vida digna. En ese sentido, el Comité de las Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General N.º 20 sobre no discriminación, precisó que: «[...] Los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todos, incluidos los no nacionales, como los refugiados, los solicitantes de asilo, los apátridas, los traba-

(20) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)*, 1958. 27 de julio de 2019, de OIT. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111DE:C111.

(21) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Migración, derechos humanos y gobernanza*. 27 de julio de 2019, 2015 de OIT. https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Migration-HR_and_Governance_HR_PUB_15_3_SP.pdf.

jadores migratorios y las víctimas de la trata internacional, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean»⁽²²⁾.

Ante lo expuesto, es de verse que el sistema internacional de los derechos humanos reconoce la existencia de derechos humanos a los migrantes, a quienes ubica en una posición de vulnerabilidad, especialmente aquellos que se encuentran en una situación migratoria irregular, por ende, aún no es posible afirmar que existe el derecho a migrar *per se*, sin embargo, si es posible extender la aplicación y protección de los derechos humanos hacia las personas en un contexto de movilidad humanas.

VI. Conclusiones

- 6.1 El Sistema Internacional de Derechos Humanos reconoce la existencia de los derechos humanos de los migrantes.
- 6.2 A la fecha, no es posible afirmar que existe el derecho a migrar en tanto este no ha sido reconocido por el Sistema Internacional de los Derechos Humanos.
- 6.3 Es adecuado el uso del término personas en contexto de movilidad humana para referirse a todas aquellas personas y grupos sociales que dejan su lugar de origen, trasladándose hacia otro territorio por diversas causas.
- 6.4 La movilidad humana no es fenómeno reciente, sino que por el contrario ha demostrado venir ocurriendo a lo largo de la historia de la humanidad bajo diferentes nombres y motivaciones.
- 6.5 Los Estados poseen obligaciones específicas respecto de las personas en movilidad humana que se encuentran bajo su jurisdicción, todas ellas avocadas al respeto por los Derechos Humanos de estas personas.

VII. Lista de referencias

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Derechos Humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Washington, DC, Estados Unidos: CIDH, 2015.

⁽²²⁾ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General N.º 20, 2009. 27 de julio de 2019, de Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html

- Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de Derechos Humanos en Colombia. 27 de julio de 2019, de CIDH. <https://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/Justicia-Verdad-Reparacion-es.pdf>, 2013.
- Observación General 20. 27 de julio de 2019, de Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2009. https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html.
- Informe número109/99. 27 de julio de 2019, de CIDH., 1999 <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/fondos.asp>.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño*. 27 de julio de 2019, de UNICEF, 2014. https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF_Observaciones_Generales_del_Comite_de_los_Derechos_del_Niño-WEB.pdf
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-21/14*. 27 de julio de 2019, de Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_21_esp.pdf.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Tratamiento de las personas extranjeras en el Perú. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo*. 27 de julio de 2019, de Defensoría del Pueblo, 2014. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Informe-009-2014-DP-ADHPD.pdf>.
- NIEVES HERNÁNDEZ, Efraín. ¿Derecho Internacional a migrar? entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo: el Dilema de los Derechos Humanos de los migrantes. *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, 2019, pp. 49-75.

Organización de las Naciones Unidas

- Documento Final de la Cumbre Mundial 2005. 27 de julio de 2019, de ONU, 2005. https://www.un.org/spanish/summit2005/fact_sheet.html
- Informe del Representante del Secretario General sobre las Personas Internamente Desplazadas. 27 de julio de 2019, de ACNUR, 2003. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2265.pdf>
- Protocolo contra la Trata de Personas. 27 de julio de 2019, de OHCHR. https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ProtocolTraffickingInPersons_sp.pdf.
- Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. 27 de julio de 2019, de OHCHR, 1990. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx>.

(1954). Convención sobre el Estatuto de los Apátridas. 27 de julio de 2019, de ACNUR. <https://www.acnur.org/5b43cea54.pdf>.

CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS. 27 de julio de 2019, de ACNUR, 2015. <https://www.acnur.org/5b0766944.pdf>.

Organización Internacional del Trabajo

MIGRACIÓN, DERECHOS HUMANOS Y GOBERNANZA. 27 de julio de 2019, de OIT, 2015. https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MigrationHR_and_Governance_HR_PUB_15_3_SP.pdf.

CONVENIO SOBRE LA DISCRIMINACIÓN (EMPLEO Y OCUPACIÓN). 27 de julio de 2019, de OIT, 1958. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=ORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111DE:C111.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE MIGRACIONES. Ley de Refugiado. 27 de julio de 2019, de Superintendencia Nacional de Migraciones, 2003. https://www.migraciones.gob.pe/documentos/normalegal_8.pdf.

ZAMBRANO GENDE, H. El Derecho Humano a la movilidad humana; su desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana. Universidad Andina Simón Bolívar, I, 142. 27 de julio de 2019. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6556/1/T2804-MDC-Zambrano-El%20derecho.pdf> Base de datos.