

XXII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

“ARGENTINA Y SU PROYECCIÓN LATINOAMERICANA”,
en el BICENTENARIO de la REVOLUCIÓN de MAYO

Salta, 21 a 23 de octubre de 2010

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL

SECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Tema general:

"Migraciones y derechos humanos"

Relatora: Teresita N. Saracho Cornet ^{1*)}

Título del Relato: “Las migraciones y los derechos humanos”.

^{1(*)} Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Profesora Adjunta de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Vocal de la Cámara Única del Trabajo de Córdoba. Correo electrónico: teresitasaracho@hotmail.com

Sumario:

I. Consideraciones preliminares

1. Los migrantes y su problemática
2. Valores en tensión
3. Adelantando respuestas: una solución posible

II. La postmodernidad y el cambio de paradigmas

III. La migración y la pobreza. Buscando causas. Encontrando algunas respuestas

1. Los pobres
2. Los reduccionismos
3. Una herramienta: la proyección de los principios del Derecho del Trabajo
4. La visión de conjunto. La cooperación internacional. La solidaridad. La magnanimidad. El derecho a la plenitud y a la felicidad

IV. A propósito del Bicentenario

1. El contexto latinoamericano
2. Algunos datos desde la economía
3. Los flujos migratorios en el hemisferio
4. Reflejo de la preocupación de los Estados: Foros, Conferencias, Cumbres, acuerdos bilaterales y multilaterales
5. La Relatoría especial de trabajadores migratorios y miembros de sus familias
 - 5.1 Funciones y actividades
 - 5.2 Violaciones a los derechos humanos

V. Las migraciones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

1. Medidas provisionales
2. Opiniones consultivas
 - A. Sentido y alcance de la obligación general estatal de respetar y garantizar los derechos humanos
 - B. Principio de igualdad y no discriminación. El deber universal de respeto y garantía
 - 1) La igualdad y la unidad del género humano
 - 2) "Distinción" versus "Discriminación"
 - 3) La igualdad y no discriminación como *principios*. Naturaleza jurídica y consecuencias. *Jus cogens* y obligaciones *erga omnes*
 - C. Aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los migrantes, cualquiera fuere su condición
 - 1) Características especiales de los migrantes
 - 2) Estándares básicos para los migrantes
 - 3) Los migrantes, la actividad laboral y el derecho del trabajo
 - 4) ¿Cuáles derechos laborales?
 - 5) Pautas de interpretación. Principios pro homine e in dubio pro operario
 - 6) Derechos de los trabajadores migrantes indocumentados
 - 7) La dignidad y sus derivaciones. El disfrute de una "vida" digna. El "estándar de vida" digno. El "desarrollo integral" como ser humano
 - 8) Garantías para el ejercicio de los derechos laborales
 - D. Políticas migratorias y la obligación de los Estados
 - 1) Paradigmas: las características de la actividad productiva y la capacidad individual de las personas
 - 2) Sobre la eficacia de la regulación jurídica interna

VI. Las migraciones laborales en el MERCOSUR

1. La Declaración Sociolaboral del MERCOSUR
2. El Tratado Multilateral de Seguridad Social del MERCOSUR
3. El Protocolo de Asunción sobre Derechos Humanos del MERCOSUR

VII. Política migratoria argentina

1. Ámbito material y personal de aplicación
2. Objetivos
3. Categorías de extranjeros
4. Derechos de los extranjeros
 - 4.1 Derecho a migrar
 - 4.2 Derecho a la igualdad de trato
 - 4.3 Derecho a la educación
 - 4.4 Derecho a la salud
 - 4.5. Derecho a la información
 - 4.6 Derecho a la reunificación familiar
 - 4.7 Derecho a gozar de los beneficios del fruto del trabajo
 - 4.8 Derecho a no ser objeto de expulsión colectiva
 - 4.9 Derecho a la jurisdicción
 - 4.10 Derecho a la aplicación de la ley más favorable
5. Obligaciones del Estado argentino
6. Obligaciones de los inmigrantes
7. Responsabilidad por violación de la ley migratoria
 - 7.1 Responsabilidad de los dadores de trabajo y de quienes brinden alojamiento a residentes irregulares. Multas
 - 7.2 Responsabilidad de los medios de transporte internacional
8. Los argentinos en el exterior, sus derechos laborales y de la seguridad social. Reciprocidad
9. Impedimentos para el ingreso y permanencia de los extranjeros
10. Delitos al orden migratorio. Penalidades

VIII. A modo de conclusiones, para seguir pensando

Las migraciones y los derechos humanos

I. Consideraciones preliminares

1. Los migrantes y su problemática

El término “migrar”, enfocado desde una de las realidades en las que con mayor énfasis se da, la del *trabajador migrante*, nos lleva a pensar en opciones casi dilemáticas. Por un momento, me transformo en la voz de los que no tienen voz, me imagino en el cuerpo y en el alma de un trabajador que debe migrar, que se ve virtualmente expulsado de su patria, que sin quererlo se desarraiga y se aventura a buscar nuevos horizontes. Y pienso: me quedo donde estoy y no satisfago mis necesidades básicas (que no sólo serán las individuales sino también las de mi familia) o me desarraigo, con mi corazón bastante roto y mi espíritu en ebullición. Asumo desafíos, busco un lugar donde “*mi vida*” adquiera sentido; donde “*mi dignidad*” sea respetada para poder utilizar *mis propias fuerzas, mi energía vital, mi creatividad*, en suma, *mi trabajo*, para preservar mi “integridad personal”. En mi tierra, donde nací, donde recibí mis pocos o muchos conocimientos, donde viví con mis padres y abuelos, no encuentro espacio. Pienso, si varios de mis antepasados pudieron dejar su tierra, seguramente yo podré vivir en otros lugares. Tomo la decisión. Viajo. Llego. A veces el idioma no es el mismo; tampoco la forma de comunicación, ni las costumbres, los modos de vida, de sentir, de actuar, de “convivir”, de considerar “*al otro*”. El “yo”, el “tú”, el “nosotros”, adquieren connotaciones diferentes.

“Yo”, desde mi perspectiva individual te digo: me falta todo o casi todo (alimento, obra social que me ampare si estoy enfermo, formación más calificada: educación, vivienda).

Te cuento lo que tengo: además de tales necesidades insatisfechas tengo estas herramientas: mis fuerzas, mi empuje, mi sacrificio, mi trabajo.

Te cuento lo que necesito: no pido caridad; eso ya lo pedí en mi país y algo recibí. Pido un espacio para trabajar y ganarme por mí mismo el propio sustento y el de los míos, que quedaron en mi país.

¿Si mi documentación está en orden?, me preguntas. Respondo: estoy como “irregular” ya que sólo con un contrato de trabajo me autorizaban el ingreso.

Este es el escenario.

Cierro los ojos nuevamente y vislumbro que en esta situación aparecen:

- los empleadores o dadores de trabajo, quienes aceptan a este tipo de trabajadores porque, dicen, son más responsables, no se quejan, trabajan más horas y por menos salarios. Cuando quieren los despiden y no les pagan indemnizaciones y a veces, ni los salarios devengados. Tampoco otorgan vacaciones, ni hablar de hacer aportes jubilatorios y menos aún para la cobertura de la salud. En suma, se benefician del trabajo ajeno y a la par, también están incumpliendo leyes, las que efectivamente conocen, las de su propio país;
- el ciudadano nativo, con el legítimo sentimiento del que nació en su tierra y se siente orgulloso del sentir nacional y que por ello detenta el rango de hijo de la patria (de “patris”, padre), y como integrando una “nación” (de “nacis”, nacer), contando con todos sus derechos y obligaciones de ciudadano nativo. Habitualmente, ostenta una determinada calidad de vida según el estrato social al que pertenezca, pero básicamente se encuentra relativamente cómodo y no está dispuesto a compartir su “status” con el “extranjero” marginal, que ingresa clandestinamente a “su país” (pensemos por un momento, en el ciudadano norteamericano medio);

- el Estado receptor, que sabe que estas situaciones vienen ocurriendo pero su contralor tanto respecto de los migrantes irregulares como de los dadores de trabajo es bastante ineficiente;
- el Estado de origen: lo que acontece realmente en este segmento social del que venimos hablando es que el migrante, en muchos casos, no se va porque quiere de su país de origen, sino porque ha quedado virtualmente “excluido” por razones económicas, pues de hecho está desempleado y sin percibir seguro de desempleo y, por tanto, no le queda otra alternativa que migrar a otro país con mejores condiciones socioeconómicas que lo albergue, ó quedar reducido a la miseria. Con lo que se quiere significar que no estamos frente a una decisión “libre”, sino de una opción “forzada” (pensemos sino en los marroquíes que llegan a nado a las costas de Merilla – enclave español – y en no pocos casos mueren ahogados...).

Lo expresado, sin más, pone en evidencia una notoria responsabilidad por parte del Estado que “expulsa” al migrante, al no cumplir con la función esencial que le es propia, en el sentido de dar trabajo y condiciones apropiadas a sus propios connacionales. Si bien en este aspecto hablamos de “responsabilidad institucional”, es preciso dejar sentado que en muchos casos se trata de países subdesarrollados y empobrecidos por falta de tecnología y de recursos humanos calificados, ó bien con escasos recursos naturales, donde “*no pueden*” brindar las condiciones requeridas para un desarrollo sustentable (como acontece en muchos países africanos, ó el caso de Haití, que no casualmente es el más pobre de los países latinoamericanos).

Mientras tanto, acontece un fenómeno singular en la mayoría de los países latinoamericanos, incluida la Argentina: por un lado, existe un conglomerado de profesionales que han sido educados y formados en sus países de origen, pero que al no encontrar adecuadas condiciones económicas para desarrollar su actividad, migran a otros países, que de esta forma los acogen con importantes contratos y aprovechan el ingreso gratuito de recursos humanos calificados (nos estamos refiriendo a la denominada “fuga de cerebros”); y por el otro, son receptores de migrantes provenientes de países limítrofes (que son indocumentados, y con escasa ó nula calificación profesional).

Y empiezan ya los primeros interrogantes:

¿El derecho a migrar y a procurar mejores condiciones de vida constituye un derecho humano?

¿La situación de los migrantes clandestinos debe ser regulada para superar el problema de miles de trabajadores informales que están en esa situación? En su caso, ¿cómo y de qué manera?

¿El derecho de los pobres a conseguir trabajo en los países ricos ó en los que ellos, en los hechos consideran más ricos, debe estar regulado? En su caso, ¿cómo y de qué manera?

¿Tiene el Estado receptor obligaciones con respecto a quienes ingresaron transgrediendo su propia legislación?

Dos mundos distintos y aparentemente enfrentados.

¿Son enemigos irreconciliables?

¿Tienen necesariamente intereses contradictorios?

¿El migrante acaso procura robarle el trabajo al nativo?

¿Se justifica el sentimiento xenófobo y cuasi racista para resistir y expulsar al extranjero ilegal?

¿Es posible armonizar estos supuestos intereses contradictorios mediante la articulación de un diseño normativo que permita albergar ó contener a ambos, con un criterio convivencial y asociativo?

2. Valores en tensión

En el caso del ciudadano nativo parece totalmente legítimo que - como si fuera el propietario de su propia casa - tenga el derecho de echar a los intrusos, fundado en elementales razones de seguridad y control social. Por otro lado, trabajan en blanco y pagan sus impuestos, en forma subordinada ó por cuenta propia, con lo cual se sostiene el Estado, a cuyo cargo está la Seguridad Social. Dicho Estado está obligado a brindar salud, educación pública gratuita, seguridad, justicia, vivienda, protección a la familia, régimen de jubilaciones y pensiones, y garantizar el plexo de derechos de base constitucional y de derechos humanos.

Pero, también parece igualmente legítimo que el migrante tenga el derecho humano a trabajar y a percibir un salario digno, o a buscar mejores condiciones de vida, máxime cuando está dispuesto a realizar los trabajos “sucios” que los nativos no quieren hacer (como es lavar platos, higienizar baños, realizar tareas domésticas, recolectar residuos, trabajar en la minería, en la construcción, como jornalero en la agricultura, etc.). Estas personas también reclaman del Estado receptor que les brinde las mismas condiciones y prestaciones que a los nacionales, pero en muchos casos, no efectúan aportes porque trabajan en negro y no pagan impuestos.

Así planteado, está el derecho incuestionable de que quienes efectúan sus aportes para sostener el sistema económico, financiero y de la Seguridad Social, sean los beneficiarios de los servicios públicos estatales, no resultando justo que los migrantes clandestinos usufructúen de tales derechos sin efectuar el aporte correspondiente, pues más allá de las razones humanitarias que puedan invocarse, es innegable que la sustentabilidad económica del sistema está en función de un criterio de aportación.

Tenemos entonces a muchos “comensales” que pretenden sentarse al banquete, sin haber sido “invitados” ni estar previstos por la organización del evento, pero que por razones humanitarias es preciso alimentar y asistir.

¿Quién debe pagar el costo de tales desarreglos económicos y financieros que debe erogar el país que se ve “invadido” por los migrantes irregulares?

Estamos en presencia de un difícil problema, porque si lo resolvemos desde el punto de vista “económico”, seguramente que caeríamos en una posición expulsiva y contraria a un elemental sentido humanitario, porque deberían ser deportados, sin más trámite (tal es la postura que en la actualidad está aplicando la Francia de Sarkozy; la Italia de Berlusconi, y el Estado de Arizona, en los EEUU).

Si lo resolvemos desde la perspectiva exclusivamente “humanitaria”, deberíamos acoger a los que tienen hambre, sentarlos a la mesa del banquete y darles de comer, con el consiguiente costo económico y de inequidad social, porque sería injusto que usufructúen beneficios quienes no han aportado nada al sostenimiento del sistema.

3. Adelantando respuestas: una solución posible

A mi entender, en el marco de soluciones a dispensar a esta cuestión se encuentra la aplicación del sistema de “compensaciones” entre Estados, deducción mediante de lo que en concepto de “multas” el Estado receptor recaude de los empleadores o dadores de trabajo por haber empleado a inmigrantes indocumentados, en clara transgresión de las leyes nacionales (pago de salarios por debajo de los

establecidos legalmente para la actividad desarrollada), que en atención a la naturaleza alimentaria de la prestación laboral imponen mínimos de cumplimiento ineludible. Ello significa que si un determinado Estado, por razones de subdesarrollo ó de ineficiencia de su sistema político y económico, no logra alimentar y/o contener a sus nacionales, propiciando su “fuga” ó expulsión a terceros países, es lógico y equitativo que tenga que pagar los costos que implica su manutención (léase cobertura de asistencia médica, sanitaria, educativa, seguridad y justicia), mediante el reembolso de la contraprestación respectiva, lo que debiera implementarse a nivel de cada una de las Cancillerías de los países involucrados.

Ahora bien: *¿qué ocurre si el Estado de origen no tiene fondos ó carece de la posibilidad financiera de cubrir los gastos de cobertura de sus nacionales migrantes?* Pues, en tal supuesto, podría implementarse un *Fondo de Cooperación Social Internacional* para cubrir tales contingencias, el que debiera ser solventado por la solidaridad internacional de los países más desarrollados.

Valgan las breves consideraciones vertidas como modo de presentación del escenario y de la orientación que decidí dar a este Relato, que abre la actividad a realizar en la Sección de Derechos Humanos de este Congreso. La gran cantidad de foros que vienen abordando el tema de las migraciones, a nivel internacional, universales y regionales, multilaterales y bilaterales, me lleva a tener que orientar el examen de la temática hacia alguna de las fuentes normativas. Dado que la convocatoria a este Congreso se hizo bajo el llamado de “Argentina y su Proyección latinoamericana en el Bicentenario de la Revolución de Mayo”, direcciono fundamentalmente el análisis al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), buscando encontrar los estándares o principios que obren como referentes en las políticas nacionales de los Estados. Además, no puedo obviar examinar el derecho argentino de fuente autónoma pues su conocimiento es de sustancial relevancia para los operadores jurídicos y la ciudadanía en general; asimismo, permite conocer si nuestro país adecuó su legislación a las directivas del SIDH. Dedico un capítulo breve a las migraciones en el ámbito del MERCOSUR. Sin perjuicio de ello, se irán intercalando referencias, en texto o a pie de página, relativas a la dimensión universal y al de la integración regional de modo de acceder a una visión de conjunto, reconociendo las limitaciones de tiempo y de espacio, propias de encuentros de esta naturaleza.

Por último vendrán las consideraciones finales (algunas de las cuales han sido enunciadas a título de esbozo preliminar), necesarias para dar un cierre a este trabajo, pero que ciertamente no importan dar por concluido el tema. Reconozco que no me ha sido fácil encontrar respuestas a todos los interrogantes, ya que cuando respondía uno, venía a la mente con rapidez inusitada la réplica y casi inmediatamente la contra réplica. Aún así, creo que se trata de un aporte para que entre todos, realicemos los ajustes necesarios, logrando acuerdos, que seguramente estarán signados por la impronta de los derechos humanos. Con un aditamento singular: el propósito que me orienta es procurar que las respuestas que juntos encontremos, sean asibles, en “el hoy”, donde el “yo” y el “tú”, integrados, pues reclaman con urgencia un “nosotros”. Y a esta altura, es casi imposible de detener esta representación mental: alguno de los integrantes de este Encuentro podrá decir: “lo nuestro no puede ser más que otra declamación” o bien: “las cosas importantes vinculadas a la política pública de los Estados no está en nuestras manos”. A ello contestaría: que este grupo humano está constituido por profesores (guías y orientadores en el aprendizaje, en el modo de ver la realidad, de pensarla, de sentirla, de valorarla...) investigadores, abogados litigantes,

jueces, personas vinculadas a diferentes organismos públicos y privados, licenciados en áreas sociales, todas, profundamente comprometidas con la persona humana.

Habernos planteado el tema en la Sección de Derechos Humanos de la AADI, habernos puesto a estudiar el bagaje normativo para poder analizar el tema de los desplazamientos humanos, que ciertamente no puede reducirse a una cuestión de soberanía nacional sino que requiere ser abordado y regulado desde una dimensión más amplia, captada por el derecho natural, axiológicamente sustentada en un orden moral universal que aglutina a todos los seres humanos (aún con todas las limitaciones que el tema de por sí conlleva), denota que estamos imbuidos de un fuerte gesto de solidaridad y hermandad; que no nos pasa por la vereda del frente el problema “*del otro*”, que nos sentimos parte de este nuestro país, pero a la vez fuertemente unidos en una cosmovisión que pide con urgencia volver al universalismo en una concepción integral e integradora de la persona humana. En suma, si aquí estamos, es porque asumimos nuestra cuota de participación desde nuestros roles, que no son ni tan pocos ni tan insignificantes.

II. La postmodernidad y el cambio de paradigmas

Cada época tiene su impronta y su modo de pensar, de sentir y de producir. Y aunque nos pese, y aún cuando seamos muy críticos y escépticos, la humanidad ha progresado porque existe una suerte de “conciencia universal” que actúa como un reservorio de valores “valiosos”: tales como la libertad, la igualdad, la fraternidad” (legado de la Revolución Francesa de 1789); la producción de bienes y servicios y la globalización económica (legado del capitalismo); la distribución adecuada de tales bienes, para aminorar la brecha entre ricos y pobres (legado del socialismo y la socialdemocracia), entre otros.

Frente a ello, se anteponen los contravalores “disvaliosos” de la xenofobia, el chauvinismo, el nacionalismo extremo, el racismo; la discriminación, etc. que buscan exaltar exclusivamente el ser nacional y a repudiar al extranjero, a quien vislumbran como un ladrón que viene a usurpar y a desplazar a los hijos de la Patria.

En el siglo XX, estas disputas costaron dos guerras mundiales y millones de muertos, donde el imperialismo, el nacionalismo, el antisemitismo y el odio implicaron un durísimo aprendizaje de sangre, sudor y lágrimas para redimirlos.

Como resultado de esta lucha fratricida, surgió la Carta de las Naciones Unidas y su correlato la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y su homónima americana con la Organización de Estados Americanos, que echaron las bases de una dimensión supranacional con jerarquía legal y constitucional, donde los Estados Miembros se someten a sus reglas y, por ende, ceden parte de su soberanía en pos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

Y entonces, es inevitable que acudan a nuestra memoria los grandes visionarios que imaginaron un mundo sin nación y sin fronteras, más igualitario y más humano. Como diría Martin Luther King: “*He tenido un sueño...*”; John Lennon: “*Imagínalo...*” y sus ilustres antecesores: Hugo Groccio; Francisco de Vitoria; Fray Bartolomé de las Casas; Fedor Dostoyieski y tantos otros que parecían “utópicos” porque tuvieron el coraje de imaginar como posible un mundo más hermanado, donde - como decía el profeta Isaías - puedan comer juntos el lobo y el cordero.....

Y este cambio de concepción del Estado y de los Derechos Humanos, trajo aparejado un cambio en el paradigma del “Estado Nación”, que no desaparece pero que ciertamente pierde vigor y poder absoluto, para cederlo a organismos supranacionales que se transforman en guardianes de tales derechos.

Así ha ocurrido en la República Argentina, a partir de la reforma constitucional de 1.994, donde se otorga rango constitucional a los tratados internacionales, lo que determina que ya no sea hegemónico el denominado “*control de constitucionalidad*” (que imaginaba a la Constitución Nacional como vértice supremo de la pirámide jurídica), sino que en paridad con ésta se alce el “*control de convencionalidad*”, donde incluso la Corte Suprema argentina debe velar por su estricto cumplimiento y adecuar sus fallos en consonancia.

Tenemos *un cambio de paradigma, donde el DIDH pasa a ocupar un rol fundamental, de mayor primacía y jerarquía que el que detenta el “derecho positivo” derivado del poder soberano del Estado Nación, y donde éste debe sujetarse a aquél.*

Lo expresado determina que el *hombre* pase a ser el eje de todas las cosas y de todas las variables, porque es un valor en sí mismo, cualquiera sea su condición, su color de piel, su nacionalidad, su nivel cultural y socioeconómico, su religión, etc.-

Resurge el *Humanismo* (ya sea de cuño cristiano – Jacques Maritain – ó ateo, de Jean Paul Sartre), en desmedro del Estado, para prohiar un respeto esencial a los derechos humanos fundamentales.

Sentado ello, vuelve la pregunta:

¿A quién compete legislar la situación de los migrantes irregulares o indocumentados?

Dicho interrogante puede parecer ridículo a la luz del paradigma del Estado Nación, porque invariablemente fue regulado por el propio Estado receptor, ya que – se sostenía – era una cuestión atinente a su propia soberanía de derecho interno.

Sin embargo, a partir del cambio del paradigma mencionado, esta cuestión no está tan clara, pues se considera que toda persona humana – por el solo hecho de serlo – tiene derecho a escoger la libertad de su destino, y también se le reconoce el derecho legítimo a buscar trabajo más allá de las fronteras de su país de origen. Se replicará que el Estado receptor también tiene el derecho a regular el tránsito de personas dentro de sus fronteras, mediante su dirección de Migraciones y de Aduanas, por una cuestión de seguridad y de control social.

La primacía del DIDH conlleva la conformación de un nuevo “*contrato social a nivel universal*”, donde se supera la versión contractualista a nivel “nacional” de Jean Jacques Rousseau (según la cual los habitantes de un determinado territorio acuerdan un contrato convivencial con el Estado para que éste se haga cargo de los servicios esenciales), por una dimensión que abarca todo el orbe, pues la tecnología y la globalización achican las distancias y nos comunican al instante para saber qué necesita cada cual. Subyace un imperativo ético insoslayable: a esta altura de la civilización, no puede tolerarse la miseria ni la exclusión (pues son contravalores que deben ser desterrados), pudiendo aspirar todo hombre al *derecho a la felicidad*, que no es otro que el *desarrollo en plenitud de las potencialidades de cada ser humano*.

La tesis que se propone como enunciación del nuevo paradigma del contexto social, histórico y jurídico por el que transita el nuevo milenio, reconoce la misma línea de pensamiento que ha receptado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), ante la Consulta de la República de México², donde se expresa que los migrantes indocumentados ó en situación irregular tienen los mismos derechos laborales que los nacionales pertenecientes al Estado receptor, sobre la base de considerar que el *derecho a la igualdad y a la no discriminación* no sólo involucran atribuciones, sino que constituyen un *principio* que, como tal, es anterior a la norma que lo declara, de tal suerte que integran el denominado “*ius cogens*” (en cuanto norma imperativa del *orden público humanitario*) y, en consecuencia, es exigible “*erga omnes*”,

² Opinión Consultiva OC 18/2003, del 17/09/03.

esto es, cuyo cumplimiento reconoce como *sujeto pasivo a todos los Estados*, aún cuando no hayan suscrito ó adherido a los convenios sobre Derechos Humanos.

III. La migración y la pobreza. Buscando causas. Encontrando algunas respuestas

1. Los pobres

¿Cuál es la causa de la pobreza de los denominados “países pobres”?

Si bien la respuesta cabal a este crucial interrogante excede con creces el objetivo de este trabajo, en tren de vislumbrar algunas aproximaciones, puede decirse que conviven varios factores, tales como la escasez de recursos naturales, la falta de tecnología para explotarlos, la adopción de recetas populistas con inequidad social en la distribución, la influencia y aprovechamiento de corporaciones multinacionales, el deterioro en los términos del intercambio entre aquellos países productores y exportadores de materia prima, con relación a aquellos que la industrializan y luego la vuelven a vender con valor agregado a los mismos que la proveyeron, utilizando incluso en ese proceso la mano de obra “barata” de los migrantes excluidos, etc.

Viene a cuento recordar que el auge floreciente del Capitalismo, de la mano de la Revolución Industrial, generó la multiplicación de bienes y de servicios y del comercio internacional, pero al propio tiempo suscitó fuertes críticas por la secuela de explotación de los trabajadores sujetos a condiciones de indignidad, de tal manera que inmediatamente después de finalizada la Primera Guerra Mundial y con el auge del Comunismo, surgieron ideas renovadoras tendientes a echar las bases del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, con la fundación de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) en 1919, donde en su Preámbulo se enuncia que solamente podrá preservarse la paz mundial sobre la base de erradicar la pobreza y la miseria y la explotación del hombre por el hombre.

Desde entonces (1.919) hasta la actualidad ha transcurrido casi un siglo y sin embargo, quedan muchas asignaturas pendientes en este terreno, pues seguimos hablando y observando la imagen de diversos “mundos desiguales”, donde convive la opulencia con la pobreza más extrema.

2. Los reduccionismos

En muchas ocasiones, se plantean discusiones y criterios encontrados con diferentes sesgos, arribándose a reduccionismos estériles que son calificados – erróneamente a nuestro ver - como discursos de la “*derecha*” (si no se admite a los migrantes) ó de la “*izquierda*” (si son admitidos indiscriminadamente).

Ocurre que frente al discurso *productivista* (cuyo paradigma es la *eficiencia*), se contrapone el modelo de la *solidaridad* (que tiene como fundamento la preservación de los derechos humanos fundamentales que arraigan en la *dignidad*), de manera tal que sin perjuicio de reconocer el esfuerzo superador de las economías más desarrolladas, al mismo tiempo es preciso defender la *equidad*, en un plano de virtual *misericordia* ó *conmiseración para con los menos favorecidos*. En definitiva, es el tributo que la Humanidad está reclamando a aquellos que lo tienen todo o bastante más, para coadyuvar en alguna medida a paliar con las necesidades de aquellos otros que no tienen casi nada.

- Si por ventura examináramos el problema de los migrantes ilegales desde la perspectiva economicista, para la cual se impone la libre circulación de los factores de la producción, donde el trabajo humano es una mercancía que está sujeta a las leyes de mercado (oferta y demanda), resaltaría que nuestra tesis no

tendría cabida porque se torna hegemónico el criterio ó el valor de la utilidad (si me sirve para la producción, que ingrese; de lo contrario, no puede hacerlo).

- Si se evaluara dicha problemática desde la óptica de la seguridad y del control estatal, según el cual la regulación del ingreso y egreso de personas constituye una manifestación de la soberanía con el consiguiente control de las fronteras, la resultante sería que dicha cuestión sería de resorte exclusivo de cada administración nacional, conforme a su legislación interna, donde se prioriza el valor “*conveniencia*” (lo que lo asemeja al ítem anterior).
- En cambio, si analizamos la cuestión desde el punto de vista de los derechos humanos, conforme al cual toda persona tiene como derecho fundamental el *derecho a trabajar*, resulta que el valor predominante es la *dignidad humana* (ó mejor aún, la “*humanidad*”), lo que implica comprometerse con el *prójimo próximo*, con “*el otro*”, aunque no sea nacional, porque también es un ser humano igualmente valioso. *Dignidad* por ser persona; *Igualdad* por pertenecer a la misma especie; y *NO discriminación* como correlato ineludible de la igualdad.

3. Una herramienta: la proyección de los principios del Derecho del Trabajo

En la ecuación de “ricos” y de “pobres”, surge la impronta característica del Derecho del Trabajo, que es esencialmente “protectorio”, con la implementación de sus principios, donde se tiene especialmente en cuenta la protección del segmento más débil (“*in dubio pro operario*”).

Y así como existen eslabones más débiles (los trabajadores), así también existen “*Estados débiles*” (subdesarrollados) que ciertamente no tienen la misma capacidad de negociación que los países ricos, todo lo cual exige que la suprallegalidad internacional regida por los organismos multilaterales determine un *sistema de reglas para nivelar tales asimetrías y desigualdades*, a efectos de evitar la irrupción de cláusulas abusivas que perjudican al más débil.

En otras palabras, así como en el escenario de derecho interno, existe una protección especial hacia las personas más débiles (como es el caso de los *trabajadores* con las reglas contenidas en la Ley de Contrato de Trabajo; asimismo, los *consumidores*, en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor N° 22.240 y su reglamentación), así también en el ámbito internacional debe existir una protección que evite los deterioros en los términos del intercambio (reglas antimonopolio, antidumping, anticompetencia desleal, etc.), como acontece con la Organización Mundial de Comercio (O.M.C.). Es por ello que así como está establecido internamente el principio del “*orden público laboral*”, de igual modo es plausible que rija un postulado de “*orden público internacional económico y social*” que, en última instancia, desemboca en la conformación de lo que podría denominarse el “*orden público internacional de la humanidad*”, que ha sido recogido por el DIDH.

En resumidas cuentas, los mismos principios que orientan el Derecho del Trabajo y sus postulados protectorios a favor de los sujetos más débiles y expuestos, también tienen su correlato internacional para aminorar las desigualdades y asimetrías existentes entre los países ricos y pobres, en el marco de un nuevo modelo más equitativo y más ecuánime que permita extender los beneficios del desarrollo a toda la humanidad.

Bien entendido que no descreemos de las reglas de la sana competencia y de la productividad, tanto de las personas como de los grupos económicos y de los países, pero consideramos conveniente que se conforme un nuevo orden internacional que ponga fin al escándalo que significa la persistencia de la miseria y de la exclusión,

porque precisamente tales factores de inequidad manifiesta terminan siendo el germen de cultivo del odio, la violencia y del terrorismo, alimentando posiciones fundamentalistas y/o totalitarias.

4. La visión de conjunto. La cooperación internacional. La solidaridad. La magnanimidad. El derecho a la plenitud y a la felicidad

Volviendo a los interrogantes planteados en las consideraciones iniciales, estimo que las respuestas adecuadas parten de la *necesidad de la cooperación internacional de los países más desarrollados*, con miras a combatir el hambre y la desigualdad a que están sometidos los países menos desarrollados, en un escenario donde parece claro que la *“globalización económica”* si bien ha logrado multiplicar el comercio y acrecentar los bienes, ha sido respecto de los países más ricos, pero en modo alguno ha logrado revertir las vergonzantes condiciones de hambre é inequidad a la que siguen sujetos millones de seres humanos.

Lo expresado requiere de la implementación urgente de una suerte de *“globalización social”* donde la sola condición de *ser humano* admita la posibilidad de satisfacer las necesidades primarias, y de posibilitar mejores oportunidades de crecimiento y ascenso social, cultural y económico para los más necesitados.

Naturalmente que el soporte de esta *cooperación* está fundada en la *solidaridad*, que reclama una mayor capacidad contributiva por parte de aquellos que más tienen, a favor de los carecientes, sin olvidar que no se trata solamente de conductas altruistas, heroicas y caritativas, sino de propender a una política de educación para el desarrollo (no se trata solamente de “regalar el pescado”, sino fundamentalmente de “enseñar a pescar”).

No se piense que los mencionados principios constituyen una expresión de deseos “utópicos” para construir un mundo mejor, porque - si bien se mira - tales enunciados fueron expuestos en múltiples Conferencias, Cumbres, Encuentros, Declaraciones multilaterales, regionales y hemisféricas, tanto de organizaciones como la ONU, OEA, etc., como así también en los diferentes esquemas de integración regional y económica.

Mientras tanto, parece claro que tales esfuerzos no son suficientes, porque el hambre y la miseria siguen siendo patrimonio de los países subdesarrollados, con el consiguiente resultado de *“expulsiones”*, migraciones forzadas, y miles de desamparados que desesperadamente buscan otros destinos para poder subsistir y/o mejorar sus pésimas condiciones de vida.

En suma, se trata de un *nuevo pacto de convivencia y de asociación*, donde los lazos que vinculan a los hombres entre sí están presididos por la *solidaridad y la fraternidad*.

Desde la óptica de la *magnanimidad*, variable superadora de la perspectiva *economicista* (signada por el *individualismo utilitario*) y la *perspectiva de la regulación estatal* (caracterizada por el *control social soberano*), es posible lograr la reducción de la pobreza y la exclusión social, siempre y cuando sea ejercida con prudencia y ponderación, para evitar los abusos y el aprovechamiento del esfuerzo ajeno.

Uno de los retos del siglo XXI es la conformación de una *GLOBALIZACION SOCIAL* que albergue a todos los habitantes del planeta, recreando los valores de la libertad, igualdad y fraternidad.

A la par de la preservación de los derechos de los migrantes ilegales, están los deberes que deben asumirse inexcusablemente con el Estado receptor, con la comunidad social que los alberga y con los factores de la producción, de modo tal que

puedan ser integrados al sistema político, económico y social, para tener iguales oportunidades que los nacionales, sin desmedro del respeto de la diversidad cultural.

IV. A propósito del Bicentenario

1. El contexto latinoamericano

Vivimos una época en la que el tema de las migraciones internacionales y las remesas de los migrantes ocupa un lugar de preeminencia en la agenda de política pública en América Latina y el Caribe³. Sostiene Solimano que a pesar de las variadas restricciones existentes a la inmigración en los países receptores, la región latinoamericana es un "exportador neto" de trabajadores, profesionales y empresarios a países desarrollados; a ello se adicionan flujos migratorios cada vez mayores entre diferentes países de la región, con distintos niveles de ingreso, de oportunidades y de grado de desarrollo económico. Hay cerca de 26 millones de latinoamericanos viviendo fuera de sus países de origen. De éstos, 22.5 millones se encuentran en países fuera de la región y alrededor de 3.5 millones viven en otros países latinoamericanos.

Históricamente, América Latina no siempre fue un exportador neto de personas al resto del mundo. Entre la segunda mitad del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, varios países de América Latina (principalmente Argentina, así como Uruguay, Brasil, Chile, Venezuela y México) fueron un "imán" para los migrantes de otras partes del mundo y, sobre todo, para personas provenientes del sur de Europa, fundamentalmente españoles e italianos, además de aquellos provenientes del este y del norte de Europa. De tal manera, el movimiento de personas se complementaba con los flujos de capital hacia la región, e Inglaterra era la fuente más importante de recursos financieros externos. Así, capital y trabajo se movían del norte al sur.

Hace notar Solimano que esta realidad contrasta con las últimas décadas del siglo XX e inicios del siglo XXI en varios países de América Latina (incluida Argentina), período en el que la conjunción de crisis económicas recurrentes, la inestabilidad política y la reversión de las brechas de desarrollo que alguna vez fueron favorables para ciertos países de Latinoamérica hacían que las personas y el capital intentaran dejar la región. Sin embargo, desde el año 2003, la región aceleró su ritmo de crecimiento económico -impulsado, en parte, por los altos precios de los productos básicos y de los bienes agrícolas primarios, lo que puede moderar, si se mantiene esta tendencia, los incentivos para emigrar. Lo anterior depende en gran medida, de que la región pueda embarcarse en una senda de desarrollo sostenido mediante la creación de buenas oportunidades para todos sus ciudadanos, invirtiendo los excedentes de la bonanza económica en la formación y en la modernización de su capital humano y de su capital físico, así como en la renovación de las instituciones, la reducción de la pobreza y de la desigualdad para enfrentar los nuevos desafíos del desarrollo, la competitividad y la globalización.

La aceleración de la migración internacional desde América Latina observada en los últimos 25 años -un fenómeno también global en el mismo período- coincide con un ritmo de crecimiento económico de la región apenas moderado y claramente volátil. Como consecuencia de esto, muchos países vieron aumentar sus brechas de

³ Para el desarrollo de este tema se sigue el estudio efectuado por Andrés Solimano (Asesor regional en la Comisión Económica para América Latina y el Caribe -CEPAL) "Migraciones internacionales en América Latina y el Caribe: oportunidades, desafíos y dilemas".
http://formacionpolitica.prd.org.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=182:migraciones-internacionales-en-america-latina-y-el-caribe&catid=47:revistas&Itemid=15

desarrollo. En algunos países, sin embargo, éstas se redujeron, como en el caso de Chile, que experimentó una aceleración más sostenida del crecimiento económico en este período.

Factor relevante en América Latina para la emigración, en la búsqueda de mejores ingresos y oportunidades laborales, es la situación social en que se vive. En este sentido, puntualiza que la proporción de personas bajo la línea de pobreza es cercana al 37% de la población total (más de 200 millones de personas). A ello se añade que la región latinoamericana sigue siendo un continente de alta desigualdad en la distribución del ingreso⁴. En el mercado laboral, destaca Solimano, la situación de desempleo crónico, subempleo e informalidad, que históricamente ha caracterizado a América Latina, no se revirtió en lo fundamental en los últimos 25 años.

Coincidiendo con lo expresado en este Relato bajo el ítem "Consideraciones iniciales", Solimano también considera que la migración latinoamericana refleja una combinación de "presiones de salida" por condiciones internas de un esquivo desarrollo económico y social en muchas economías de la región, y de condiciones internacionales más favorables al movimiento de capital, de bienes y de personas en un mundo más interconectado y con menores costos de información y de transporte.

2. Algunos datos desde la economía

Durante la "primera ola de la globalización" (situada por los historiadores económicos entre 1870 y 1913) el ingreso per cápita promedio de los países del sur y norte de Europa, la "periferia" de esa región (Italia, España, Portugal, Noruega y Suecia), era levemente superior al promedio de las principales economías de América Latina (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México, Perú, Uruguay y Venezuela). Sin embargo, Argentina, Chile y Uruguay registraban los ingresos por habitante más altos y éstos superaban, en 1913, a los de Italia, España y Portugal, principales países fuente de inmigrantes a estos países del sur.

En contraste, los países más ricos del "nuevo mundo", como Australia, Canadá, Nueva Zelandia y Estados Unidos, tenían, en 1913, un ingreso por habitante que era más del doble del ingreso de los habitantes de la periferia europea, lo que naturalmente atrajo a muchos inmigrantes de esa región hacia los países ricos. Así, la primera ola de la globalización de fines del siglo XIX se caracterizó no sólo por flujos de comercio y de capital cada vez mayores, sino también por movimientos masivos de personas entre el "viejo mundo" (Europa) y el "nuevo mundo" (Norteamérica, Sudamérica y Australia).

Es interesante notar que, a mediados del siglo XX, las brechas de ingreso per cápita aún seguían siendo favorables a países como Argentina, Chile, Uruguay y Venezuela, cuyo ingreso per cápita excedía al de Italia y España; además, Venezuela, en 1950, tenía un ingreso por habitante superior al de Suecia.

Esta situación cambió en la segunda mitad del siglo XX y, en especial, a partir de la década de 1970, cuando el ingreso per cápita de España y de Italia, principales países de origen de los inmigrantes europeos que llegaban a Sudamérica, superaba ya al de Argentina, el país más rico de América Latina. Como consecuencia de lo anterior, los incentivos económicos para emigrar en escalas significativas desde Europa hacia la región latinoamericana prácticamente desaparecieron. Por el contrario, España e Italia se convirtieron en prósperas economías integradas al resto de Europa, para luego transformarse, en las décadas de 1990 y principios de la de 2000, en países de destino

⁴ Señala que un indicador, como el coeficiente de Gini (va del cero al uno, y mientras más cercano esté al uno implica más desigualdad), excede el valor de 0.5 en varios países de la región (el promedio de los miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE] es cercano a 0.35).

de emigrantes de América Latina, en especial, de argentinos, ecuatorianos, colombianos y de otros países afectados por crisis económicas y políticas recurrentes.

3. Los flujos migratorios en el hemisferio

Según el Segundo Informe de la Relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio, del 16 de abril de 2001, la migración ha experimentado un aumento apreciable en las últimas décadas. Al igual que en el resto del mundo, este crecimiento se debe a factores económicos y políticos que han alimentado históricamente la migración, pero también a cambios en ciertos patrones culturales y sociales. Las fuentes migratorias tradicionales, especialmente el éxodo de mexicanos a Estados Unidos, han mantenido o incluso aumentado su volumen. Además de estos focos tradicionales, sin embargo, en los últimos años han surgido varias nuevas vertientes migratorias, sobre todo en Sudamérica.

La migración a Estados Unidos sigue siendo el principal eje migratorio regional (de hecho éste es el principal eje migratorio del mundo). Migrantes arriban a Estados Unidos provenientes de todos los continentes, destacándose chinos, indios, polacos, vietnamitas, filipinos, ucranianos, coreanos, irlandeses y rusos. Entre los migrantes legales provenientes del hemisferio americano, se encuentran mexicanos, dominicanos, salvadoreños, cubanos (quienes en su mayoría emigraron tras la Revolución de 1959) y en menor medida jamaquinos, canadienses, guatemaltecos, haitianos, bahameses y sudamericanos.

Asimismo, una cifra indeterminada pero muy significativa de personas entra sin documentación a Estados Unidos. Más de la mitad de los migrantes indocumentados en Estados Unidos son mexicanos (que históricamente han migrado a Estados Unidos en busca de mejores condiciones laborales). Un número significativo, pero bastante menor de inmigrantes indocumentados, proviene de Centro América. A raíz de la crisis política que afectó a Centro América en la década de los ochenta, salvadoreños, guatemaltecos y nicaragüenses comenzaron a emigrar en gran número a Estados Unidos. Tras una caída significativa a principios de los noventa, el éxodo de centroamericanos a Estados Unidos volvió a incrementar como resultado de la devastación provocada por el huracán Mitch en 1998. Canadienses, haitianos, dominicanos, jamaquinos, bahameses, así como un número importante de sudamericanos, la mayoría de la región andina, también regularmente migran a Estados Unidos.

Aunque mucho menor, otro polo tradicional de migración en el hemisferio es Canadá. A diferencia de Estados Unidos, sin embargo, chinos, indios, taiwaneses y filipinos, y no mexicanos, centroamericanos o caribeños constituyen la principal fuente de inmigración en Canadá. Entre los americanos, los salvadoreños y haitianos son los grupos inmigratorios más importantes. Canadá también recluta de forma temporal cada año a casi 300,000 trabajadores agrícolas, la mayoría mexicanos.

México es otro importante país receptor en la región, sobre todo de guatemaltecos, hondureños, nicaragüenses, panameños, colombianos y venezolanos. Muchas de estas personas emigran a México atraídas por mayores salarios, otras para huir de la violencia o bien porque desean continuar viaje a Estados Unidos. La migración de haitianos a República Dominicana, así como centroamericanos a Costa Rica, particularmente nicaragüenses, son otras dos fuentes importantes de migración en el Caribe y Centro América.

En Sudamérica, Argentina y Venezuela atraen el mayor número de migrantes. Estas personas migran a Argentina atraídas por mejores condiciones salariales, especialmente de Chile (la mayoría trabajadores zafrales en la Patagonia), Bolivia,

Paraguay, Brasil y Uruguay (en su mayoría trabajadores calificados). En Venezuela, la mayoría de los inmigrantes son irregulares; en su gran mayoría provienen de Colombia, aunque también de Perú y Ecuador.

Aunque menos importante que Argentina y Venezuela, Brasil también atrae un vasto número de migrantes; la mayoría paraguayos, bolivianos y peruanos, y en menor medida argentinos y uruguayos. Otro receptor tradicional de migración en Sudamérica es Paraguay, la mayoría brasileños indocumentados.

En la región surgieron en el último tiempo nuevas vertientes migratorias. La difícil situación que vive Colombia, donde un incremento importante en la violencia ha coincidido con una aguda crisis económica, generó un éxodo importante de colombianos, principalmente a Estados Unidos, México, Panamá y Europa. Una aguda crisis económica y política ha provocado una salida masiva de ecuatorianos a Argentina y España. La inestabilidad política y los problemas económicos en el Perú, precipitó la emigración de peruanos a Japón, Europa, Estados Unidos, Argentina y últimamente a Chile. De modo similar, problemas económicos en Argentina y Uruguay han llevado a que muchas personas, algunas con alta calificación profesional, emigren a Estados Unidos, Europa y en menor medida a México. En este sentido, el caso de Chile es paradigmático; siendo tradicionalmente un país de origen de migrantes, comenzó a absorber un número creciente de extranjeros, entre ellos cubanos, ecuatorianos y peruanos, debido a un alza en el nivel de salarios generado por un largo período de crecimiento económico.

El hecho de que muchos países del hemisferio se hayan transformado en lugares de tránsito de migrantes es una característica nueva y muy interesante. Por México, Guatemala, Honduras, Costa Rica, Nicaragua y El Salvador, pasan cada año miles de centroamericanos, caribeños y sudamericanos rumbo a Estados Unidos o Canadá. En Sudamérica se da un fenómeno similar. Peruanos y ecuatorianos atraviesan territorio boliviano o chileno para entrar a Argentina y Colombia y Centro América camino a Estados Unidos. Un fenómeno notable tiene que ver con la llegada de un número importante de migrantes extra regionales a diversos países del hemisferio. También asiáticos, africanos y personas de Europa del Este arriban con el objetivo de proseguir viaje a Estados Unidos, Canadá u otros destinos.

4. Reflejo de la preocupación de los Estados: Foros, Conferencias, Cumbres, acuerdos bilaterales y multilaterales

La preocupación de los Estados por la problemática de la migración y los derechos humanos se evidencia al haber organizado debates en diversos Foros especiales, Conferencias, Cumbres, a nivel hemisférico y regional, suscribiendo a la par, acuerdos bilaterales y multilaterales.

En el hemisferio americano se han constituido dos Foros especiales para discutir e intercambiar información y experiencias relacionadas con la problemática del trabajo migratorio:

- la *Conferencia Regional sobre Migraciones*, conocida como Conferencia de Puebla, creada en 1996, de la que participan once países de Centro y Norte América: Estados Unidos, Canadá, México, Guatemala, Honduras, Costa Rica, Belice, El Salvador, Panamá, Nicaragua y República Dominicana.
- la *Conferencia Sudamericana de Migraciones*, iniciada en 1999, de la que participan, Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

Asimismo, bajo el auspicio de la OEA, desde 1994, se vienen reuniendo los Jefes de Estado y de Gobierno (elegidos democráticamente en sus países) en alguna ciudad del continente con la finalidad de adoptar una estrategia común para resolver los problemas de la región.

Se fijan *Planes de Acción* para superar problemas comunes. La situación de los migrantes y del trabajo de los mismos, ha sido una cuestión tenida siempre en cuenta en los Encuentros. La primera Cumbre tuvo lugar en diciembre de 1994 y la última (quinta) en abril del año 2009. Se ha previsto que la sexta se realice en el año 2013, en la ciudad de Cartagena (Colombia).

En la *primera Cumbre de las Américas*⁵ (1994), los países se comprometieron a garantizar la protección de los derechos humanos de todos los trabajadores migrantes y sus familias. En el ámbito de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se creó la *Relatoría Especial de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*, con funcionamiento a partir de 1997.

⁵ Se celebró en Miami, EE.UU, del 9 al 11 de diciembre de 1994. Los Jefes de Estado y de Gobierno de los 34 estados miembros de la OEA suscribieron bajo la forma de una Declaración de Principios el *Pacto para el Desarrollo y la Prosperidad: Democracia, Libre Comercio y Desarrollo Sostenible en las Américas* acordando asimismo un *Plan de Acción* que consta de 23 temas y detalla las actividades que deberán realizarse para la consecución de los objetivos acordados. Una de las iniciativas más importantes que generó tantas polémicas y disensos posteriores fue el acuerdo para la creación del ALCA (Área de libre comercio de las Américas) según el cual se establecería el acceso libre al libre mercado de bienes y servicios para el continente; su implementación se daría no más allá del año 2005. Se enfatizó "...Nuestras treinta y cuatro naciones comparten un compromiso ferviente en favor de las prácticas democráticas, la integración económica y la justicia social. Nunca antes nuestros pueblos se habían encontrado en mejores condiciones para expresar sus aspiraciones y aprender los unos de los otros. Las condiciones para la cooperación hemisférica son propicias. Por lo tanto, en representación de todos nuestros pueblos, en cuyo nombre suscribimos esta Declaración, aprovechamos esta oportunidad histórica para crear un Pacto para el Desarrollo y la Prosperidad de las Américas...".

En la *segunda Cumbre*⁶ (1998) los países manifestaron su intención de desplegar esfuerzos para garantizar los derechos humanos de los migrantes y sus familias.

En la *tercera Cumbre*⁷ (2001), se encomendó especialmente a la OEA, la promoción y protección de los derechos humanos de los migrantes, tomando en consideración el trabajo desplegado por la CIDH, a través de la *Relatoría Especial de Trabajadores Migrantes y Miembros de sus Familias*, y la *Relatoría Especial para las Migraciones* de las Naciones Unidas.

⁶ Tuvo lugar en Santiago de Chile (Chile), del 18 al 19 de abril de 1998. Los temas objeto de preocupación y de compromisos asumidos pueden agruparse en cuatro ejes: 1. educación; 2. preservación y fortalecimiento de la democracia; 3. integración económica y libre comercio y 4. erradicación de la pobreza y la discriminación.

Especial compromiso se asumió en materia de educación, destacando que la ciencia y la tecnología deben estar al servicio de aquélla; otros temas de especial atención dispensada fueron: la integración regional para el desarrollo económico respetando las identidades culturales; la fuerza y sentido de la democracia representativa por la participación activa de los individuos en todos los niveles de la vida ciudadana; en este sentido se destacó la necesidad de ahondar en la cultura y en la educación para la democracia; en el respeto y promoción de los derechos humanos y libertades fundamentales de *todos* los individuos enfatizando la libertad de expresión, de información y de opinión como la prensa libre. También se remarcó la necesidad de una administración de justicia independiente y eficaz que garantice la igualdad de todos los ciudadanos; de combatir todas las formas de discriminación en el Hemisferio con énfasis en la igualdad de derechos y oportunidades de hombres y mujeres; se asumió la obligación de desplegar “especiales esfuerzos para garantizar los derechos humanos de todos los migrantes, incluidos los trabajadores migrantes y sus familias. Se puntualizó que “La superación de la pobreza *sigue siendo el reto más grande al que se enfrenta* nuestro Hemisferio. Estamos conscientes de que el crecimiento positivo observado en las Américas en los últimos años no ha solucionado todavía los problemas de inequidad y exclusión social. Estamos *decididos a eliminar las barreras que niegan a los pobres el acceso a la nutrición adecuada, a los servicios sociales, a un medio ambiente sano, al crédito y a los títulos legales de sus propiedades*. Proporcionaremos un mayor apoyo a las micro y pequeñas empresas, promoveremos las normas laborales fundamentales reconocidas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y utilizaremos nuevas tecnologías para mejorar las condiciones de salud de todas las familias en las Américas, con el apoyo técnico de la Organización Panamericana de la Salud (OPS), logrando mayores niveles de equidad y desarrollo sostenible...”.

⁷ Llevada a cabo en Québec, Canadá, del 20 al 22 de abril de 2001. Los mandatarios adoptaron una Declaración Política y un Plan de Acción en los que reiteraron su apoyo a los principios y valores de la democracia representativa y el respeto a los derechos humanos. Aprobaron la Declaración “Conectando a las Américas” y respaldaron la iniciativa canadiense de establecer un Instituto para la Conectividad de las Américas como una contribución de ese país al cumplimiento del mandato de los líderes políticos del hemisferio. Asimismo, aprobaron una Declaración de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia.

La *cuarta Cumbre* ⁸ (2005) se reunió bajo la consigna: “Crear trabajo para enfrentar la pobreza y fortalecer la gobernabilidad democrática”. La Cumbre funcionó mediante sesiones de trabajo abarcando los siguientes temas: crear trabajo decente, crear trabajo para enfrentar la pobreza y crear trabajo para fortalecer la gobernabilidad democrática.

Para la celebración de esta cuarta Cumbre se efectuaron nueve Reuniones del GRIC (Grupo de Revisión e Implementación de Cumbres de la OEA) con el propósito de avanzar en los preparativos y negociaciones de los documentos que emanarían del encuentro.

Los mandatarios adoptaron la *Declaración de Mar del Plata* que incluye grandes rubros de interés para la región: crecimiento con empleo; trabajo para enfrentar la pobreza; formación de la fuerza laboral; micro, pequeñas y medianas empresas como motor de crecimiento del empleo; marco para la creación de trabajo decente; y fortalecimiento de la gobernabilidad democrática.

Por su parte, el *Plan de Acción de Mar del Plata* establece las actividades que los Gobiernos, el Hemisferio y los Organismos Internacionales realizarán a fin de alcanzar los objetivos en las seis temáticas descriptas.

Los temas de interés establecidos en los documentos de Mar del Plata fueron: implementar políticas integrales que institucionalicen la lucha contra la pobreza; dotar a la globalización de un fuerte contenido ético y humano; eliminar las disparidades existentes entre hombres y mujeres en el mundo del trabajo; *proteger plenamente los derechos humanos de todo migrante, sin importar su condición, y la observancia plena de las leyes laborales que les aplican*; diálogo social inclusivo, transparente y amplio, y diálogo tripartito; facilitar la participación de las micro, pequeñas y medianas empresas

⁸ Celebrada en Mar del Plata, Argentina los días 4 y 5 de noviembre de 2005. En el documento preliminar, elaborado para la discusión de los países participantes, se enfatizan varios temas que hacen al trabajo migratorio.

Se hizo constar que “Los países de América enfrentan una situación general enmarcada por la democracia política, elevados índices de pobreza y desigualdad social; se requiere entonces la implementación de un crecimiento económico con equidad, un fortalecimiento de la gobernabilidad democrática y el desarrollo social sostenido. Así pues debe combatirse el hambre, el analfabetismo y las enfermedades que provocan la pérdida de autonomía y dignidad de las personas”.

En este contexto, se puntualizó, que “el trabajo guarda un papel central, pues a través de su carácter de principal vehículo de integración social brinda a las personas libertad, justicia, seguridad y protección. Las nuevas políticas que se generen deben propiciar principalmente *la generación de trabajo decente, y cada estado podrá generar empleo decente* sólo si se propone los siguientes objetivos:

1) Políticas macroeconómicas, comerciales, productivas, de infraestructura, migratorias, educativas y de previsión social absolutamente integradas. 2) Crecimiento de la inversión privada y el empleo. 3) Desarrollo de las pequeñas y medianas empresas. 5) Reinserción de los desempleados y mejores condiciones de empleo. 6) Formación profesional y de más alta calidad. 7) Reducción de la brecha de género existente. 8) Diálogo social entre el Estado, los empresarios y los trabajadores”.

En el marco de las mesas de discusión de la IV Cumbre de las Américas, la sección denominada: “*Crecimiento con Equidad*” abarca en sus cuatro temas de discusión, el *financiamiento para el desarrollo*, un *ambiente económico favorable*, la *migración*, y el *mejoramiento de la estabilidad y movilidad social*.

Resulta así que en la sub-sección identificada como “Migración” fue donde se abordaron aspectos de la realidad del trabajo, la calidad de vida, destacándose la importancia de una *distribución equitativa de los beneficios del crecimiento económico, como única forma de erradicar la pobreza y la inequidad en el continente*.

El *trabajo migratorio* interesa a partir de la advertencia de los países de América acerca de la *vulnerabilidad de los trabajadores migratorios, e incluso de sus familias*, hacia todas las formas de violación de los derechos humanos.

en el comercio internacional; y la promoción y protección universal de los derechos humanos incluidos los civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

La *quinta Cumbre*⁹ (2009), trabajó bajo el lema "*Asegurar el futuro de nuestros ciudadanos mediante la promoción de la prosperidad humana*". Incluye políticas para paliar la pobreza, garantizar el acceso a la salud, alimentación y servicios básicos, reducir la exposición a la violencia y el crimen y protección de los más vulnerables, incluyendo mujeres, niños y pueblos indígenas. La Cumbre insistió en la necesidad de invertir en una educación de calidad como factor de inclusión social y de avance de la sociedad. Además, se reiteró la necesidad de incentivar los créditos a micro, pequeñas y medianas empresas como factor fundamental de desarrollo, la seguridad energética y la sostenibilidad ambiental.

Entre el desarrollo de las cinco Cumbres, tuvieron lugar otros dos encuentros: uno sobre *Desarrollo Sostenible*¹⁰, en el que se reafirmó la determinación de los Estados involucrados en avanzar hacia el desarrollo sostenible e implementar las decisiones y compromisos contemplados en la *Declaración de Río* y en la *Agenda 21*, adoptados en la *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo* celebrada en Río de Janeiro, Brasil, en 1992. Reconocieron que la globalización, los esfuerzos hacia la integración y la complejidad de los asuntos ambientales representan retos y oportunidades para los países del Hemisferio. Se comprometieron a adoptar medidas políticas y estratégicas que alienten cambios en los patrones de producción y consumo a fin de alcanzar el desarrollo sostenible, una mejor calidad de vida y la preservación del medio ambiente, así como de contribuir a la superación de la pobreza. El segundo encuentro fue el de la *Cumbre extraordinaria de las Américas*¹¹ que contó con la participación de 32 países de la región, 27 de los cuales estuvieron representados por sus Jefes de Estado y/o de Gobierno. Los mandatarios adoptaron la *Declaración de Nuevo León* que aborda tres áreas de especial interés para el Hemisferio: crecimiento económico con equidad para reducir la pobreza, desarrollo social y gobernabilidad democrática.

Por otro lado, en materia de negociaciones o acuerdos entre los Estados tendientes a regularizar la migración de trabajadores migratorios y de sus familias, coordinando sus políticas, se contabilizan varios convenios migratorios. A nivel bilateral, por ejemplo, se encuentran los suscriptos entre Canadá y México; entre los Estados Unidos y México; entre la República Dominicana y Haití; entre Bolivia y Argentina; entre Costa Rica y Nicaragua; entre Colombia y Venezuela como asimismo entre Perú y Argentina.

A nivel multilateral, los más relevantes en materia de migración son los suscriptos en el ámbito del Mercosur y el Pacto Andino.

5. La Relatoría especial de trabajadores migratorios y miembros de sus familias

Respondiendo a un pedido específico de la Asamblea General de la OEA, la CIDH creó la *Relatoría especial de trabajadores migratorios y miembros de sus familias*, en 1997. Esta decisión demuestra el interés de los Estados miembros de la OEA por brindar especial atención a un grupo caracterizado por su vulnerabilidad y que, por ende, está especialmente expuesto a violaciones de derechos humanos. La CIDH delimitó el campo de acción de la Relatoría únicamente a los trabajadores migratorios y sus familias cuando éstos se encuentran en un país del que no son

⁹ Tuvo lugar en Puerto España, capital de Trinidad y Tobago, del 17 al 19 de abril de 2009.

¹⁰ Llevado a cabo en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 7 y 8 de diciembre de 1996.

¹¹ Celebrada en Monterrey, Nuevo León, los días 12 y 13 de enero de 2004.

nacionales. En tal sentido, la CIDH aclaró que ella no se abocaría al conocimiento de otras categorías de personas migratorias como "personas desplazadas en el ámbito interno", "apátridas", "refugiados" o "solicitantes de asilo". Sin perjuicio de ello, la CIDH es conciente que hay principios comunes que se aplican a todas estas categorías de personas.

La CIDH determinó que uno de sus siete Comisionados ejerza como *Relator Especial de Trabajadores Migratorios y sus Familias*.

5.1 Funciones y actividades

- Funciones: la Relatoría Especial de Trabajadores Migratorios realiza una labor de promoción en materia de derechos humanos. Entre sus principales objetivos se destaca generar conciencia en cuanto al deber de los Estados de respetar los derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familias;
- presentar recomendaciones específicas a los Estados miembros de la OEA sobre materias relacionadas con la protección y promoción de los derechos humanos de estas personas, a fin de que se adopten medidas en su favor;
- elaborar informes y estudios especializados sobre la situación de los trabajadores migratorios y sobre temas relativos a la migración en general; y
- actuar con prontitud respecto a peticiones o comunicaciones en donde se señale que los derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familias son vulnerados en algún Estado miembro de la OEA.

En el marco de las actividades de la relatoría se destaca:

- el monitoreo de los desarrollos en materia migratoria en la región; al efecto, estudia los cambios y los debates en materia de legislación o políticas migratorias de los países miembros;
- el desarrollo de talleres de promoción de derechos humanos y capacitación para organizaciones civiles que trabajen en el área de migraciones;
- la participación en Conferencias y Foros Intergubernamentales en donde se discutan tópicos en materia migratoria;
- el contacto permanente con organizaciones internacionales y centros de investigación que trabajan el tema migratorio en las Américas.

La Relatoría participó en el proceso de la Opinión Consultiva (OC-18) ante la Corte IDH¹², ante el pedido presentado por México sobre el alcance del derecho a la igualdad y el principio de no discriminación y su aplicación a los derechos laborales de los trabajadores en situación migratoria irregular en el Estado en que viven y trabajan. Dentro de este proceso, la Relatoría junto con la Secretaría Ejecutiva de la CIDH, elaboró y presentó un dictamen ante la Corte IDH.

5.2 Violaciones a los derechos humanos

El Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el Hemisferio, da cuenta que los migrantes (con mayor gravedad en el caso de los indocumentados, por sus especiales condiciones de vulnerabilidad) están expuestos a arrestos, carecen de las garantías del debido proceso, padeciendo de deportaciones masivas, discriminación para obtención de la nacionalidad o para acceder a servicios sociales a los que extranjeros tienen derecho por ley, condiciones de detención inhumanas, apremios ilegítimos por parte de autoridades (policías y funcionarios de inmigración) y completa indefensión por la

¹² OC 18/2003, del 17/09/2003.

explotación de parte de empleadores inescrupulosos. Se destaca que tales situaciones afectan de forma particular a las mujeres y niños migrantes, quienes están además expuestos a excesos, como acoso sexual, golpizas y condiciones de trabajo deficiente.

Otro fenómeno visto con gran preocupación, que afecta directamente a los migrantes, si bien no vinculado necesariamente con los Estados, es el *aumento de las mafias dedicadas al tráfico de personas*¹³. Estas organizaciones delictivas no sólo lucran de forma ilícita, sino que muchas veces maltratan, estafan o despojan a migrantes desesperados que contratan sus servicios. Además, en su afán de burlar la vigilancia de las autoridades, exponen a personas, incluidas mujeres, ancianos y niños, a peligros innecesarios que a veces terminan de forma fatal¹⁴.

A la par, también se contabiliza la *delincuencia en las fronteras*, sobre todo las caracterizadas por grandes flujos de personas, que han transformado a aquéllas en lugares muy peligrosos donde operan una serie de bandas criminales. Estos grupos aprovechan la condición de vulnerabilidad de los migrantes para cometer todo tipo de delitos (robos, asaltos, violaciones, extorsión, y asesinatos). No pasa inadvertido que la delincuencia no sólo involucra a bandas criminales, sino que muchas veces también se extiende a funcionarios corruptos que roban, abusan y extorsionan a trabajadores migrantes en zonas fronterizas.

V. Las migraciones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El SIDH también ha realizado su aporte a la temática de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares. La Corte IDH, en ejercicio de su competencia, se expidió disponiendo medidas provisionales (art. 63, párrafo 2, CADH) como así también opiniones consultivas (art. 64, CADH).

1. Medidas provisionales

En el año 2000, el SIDH abordó la problemática de los trabajadores migratorios y sus familias a través de una solicitud de medidas provisionales presentada por la CIDH a la Corte IDH con motivo de la expulsión masiva de haitianos y dominicanos de origen haitiano que se encontraban en territorio de República Dominicana. La solicitud presentada por la CIDH a la Corte IDH, dio lugar a que ésta ordenara medidas provisionales en favor de determinadas personas a fin de proteger sus derechos fundamentales¹⁵.

¹³ Se señala que el contrabando de personas a Estados Unidos es un negocio que mueve cada año alrededor de 3 mil millones de dólares.

¹⁴ Se cita como ejemplo que traficantes de migrantes en ocasiones abandonan a sus clientes en el desierto, en el mar, o los transportan en camionetas o contenedores en condiciones de hacinamiento tal que pueden llevarlos a morir por asfixia.

¹⁵ El 12 de noviembre de 1999, la Comisión recibió una comunicación en la cual se denunciaba la realización de expulsiones masivas por parte del Estado dominicano de personas haitianas y dominicanas de origen haitiano. En la denuncia se indicaba que las expulsiones se realizaban mediante redadas colectivas, sin procedimiento legal que permitiera identificar adecuadamente la nacionalidad de los “expulsados”, ni su estatus migratorio, ni sus vínculos familiares; simplemente eran separados de sus hogares, sin previo aviso y, sin permitirles llevar sus pertenencias. La solicitud de medidas provisionales se hizo a favor de un grupo determinado (de haitianos y dominicanos de origen haitiano) aunque innominado de personas, debido a que la práctica del Estado dominicano no permitía distinguir miembros individuales del grupo y debido a que éstos no se atrevían a presentarse de manera individual por temor a represalias.

Fue la primera oportunidad en que la Corte IDH¹⁶ dictó medidas provisionales con la finalidad de: a) frenar las expulsiones masivas de personas; b) requerir a un Estado que se abstenga de expulsar de su territorio a determinadas personas; c) requerir a un Estado que permita el retorno inmediato de determinadas personas a su territorio; y d) requerir a un Estado que permita la reunificación familiar de determinadas personas.

La Corte IDH resolvió:

1. Requerir al Estado de la República Dominicana que adopte, sin dilación, cuantas medidas sean necesarias para proteger la vida e integridad personal de Benito Tide Méndez, Antonio Sension, Andrea Alezy, Janty Fils-Aime y William Medina Ferreras.
2. Requerir al Estado de la República Dominicana que se abstenga de deportar o expulsar de su territorio a Benito Tide Méndez, Antonio Sension.
3. Requerir al Estado de la República Dominicana que permita el retorno inmediato a su territorio de Janty Fils- Aime y William Medina Ferreras.
4. Requerir al Estado de la República Dominicana que permita, a la mayor brevedad, la reunificación familiar de Antonio Sensión y Andrea Alezy con sus hijos menores en República Dominicana.
5. Requerir al Estado de la República Dominicana que colabore con Antonio Sension para obtener información sobre el paradero de sus familiares en Haití o en la República Dominicana.

Según se advierte, la Corte continuó su línea jurisprudencial consistente otorgar medidas provisionales sólo a favor de personas expresamente identificadas. Empero, se innova si se tiene en cuenta que hasta esa oportunidad la Corte IDH sólo había dictado medidas para proteger los derechos a la vida y la integridad física de personas en riesgo. En esta ocasión, por primera vez, extiende su protección a derechos como el de residencia en el país de origen, la protección de menores y la vida familiar.

2. Opiniones consultivas

Según lo ya expresado, el SIDH ha tratado la temática vinculada a los migrantes. El 10 de mayo de 2002, México sometió a la Corte IDH una solicitud de opinión consultiva sobre la privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales a los trabajadores migrantes, y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos¹⁷. Integró la consulta la subordinación o condicionamiento de la observancia de las obligaciones impuestas por el DIDH, incluidas aquellas oponibles *erga omnes*, frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna de un Estado americano.

¹⁶ Corte IDH. “Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Dominicana”, 18 de agosto de 2000.

¹⁷ Las normas cuya interpretación solicitó México al Tribunal son las siguientes:

- los arts. 3.1 y 17 de la Carta de la OEA;
- el art. II (Derecho de igualdad ante la Ley) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;
- los arts. 1.1 (Obligación de respetar los derechos), 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), y 24 (Igualdad ante la ley) de la CADH;
- los arts. 1, 2.1 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y
- los arts. 2.1, 2.2, 5.2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Corte IDH, de manera previa a dar respuesta a la consulta, estableció la significación a otorgar a ciertos términos, tomando como base los convenios de la OIT (N° 97 sobre los Trabajadores Migrantes –revisado- de 1949 y N° 143 sobre los Trabajadores Migrantes - disposiciones complementarias- de 1975) y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares¹⁸, aprobada en el ámbito de la ONU¹⁹.

A. Sentido y alcance de la obligación general estatal de respetar y garantizar los derechos humanos

Atendiendo a la regulación contenida en los instrumentos internacionales específicos sobre los que se sustentara la solicitud (la CADH, art. 1, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -PIDCyP, art. 2), siguiendo la jurisprudencia internacional de los órganos de supervisión de tal regulación y considerando que toda persona tiene atributos inherentes a su dignidad humana, que la

¹⁸ ONU, 18 de diciembre de 1990. Argentina aprobó dicha Convención mediante Ley 26.202 (B.O. 17/01/2007).

¹⁹ Los términos aclarados en su significación fueron:

Emigrar o migrar: dejar un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él.

Emigrante: persona que deja un estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él.

Inmigrar: llegar a otro Estado con el propósito de residir en él.

Inmigrante: persona que llega a otro Estado con el propósito de residir en él.

Migrante: término genérico que abarca tanto al emigrante como al inmigrante.

Estatus migratorio: situación jurídica en la que se encuentra un migrante, de conformidad con la normativa interna del Estado de empleo.

Trabajador: persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada.

Trabajador migrante: persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del cual no es nacional. De acuerdo a lo establecido en el art. 11 del Convenio N° 143 sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias) de 1975, *trabajador migrante* es “toda persona que emigra o ha emigrado de un país a otro para ocupar un empleo que no sea por cuenta propia; e incluye también a toda persona admitida regularmente como trabajador migrante”.

Trabajador migrante documentado o en situación regular: persona que se encuentra autorizada a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo, de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte. De acuerdo a lo establecido en el art. 5 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, del 18 de diciembre de 1990, los trabajadores migratorios y sus familiares “[s]erán considerados documentados o en situación regular si han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte”.

Trabajador migrante indocumentado o en situación irregular: persona que no se encuentra autorizada a ingresar y a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo, de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte y que, sin embargo, realiza dicha actividad. De acuerdo a lo establecido en el art. 5 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, “serán considerados no documentados o en situación irregular si no cumplen las condiciones establecidas en el inciso a) de este artículo”.

Estado de origen: Estado del cual es nacional el trabajador migrante. De acuerdo a lo establecido en el art. 6. a) de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, “por ‘Estado de origen’ se entenderá el Estado del que sea nacional la persona de que se trate”.

Estado de empleo o Estado receptor: Estado en el cual el trabajador migrante vaya a realizar, realiza o haya realizado una actividad remunerada. De acuerdo a lo establecido en el art. 6. b) de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, “por ‘Estado de empleo’ se entenderá el Estado donde el trabajador migratorio vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, según el caso”.

hacen titular de derechos humanos fundamentales, se sostuvo que tales derechos “*son superiores al poder del estado, sea cual sea su organización política*” (párr. 73). De ahí es que los Estados tienen la “*obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales*”²⁰; en este línea, las obligaciones asumidas tienen un *aspecto positivo* (suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental) y otro *negativo* (evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental)²¹.

La jurisprudencia de los órganos de supervisión de la CADH y del PIDCyP tenida en consideración fue la siguiente: “el artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención. Conforme al artículo 1.1 es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo. Esa conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno...”²².

En la misma línea, se tuvo en cuenta: “En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella

²⁰ Son varios los instrumentos internacionales que receptan la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos; entre ellos: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1 y 2), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (art. 1), la Carta de las Naciones Unidas (art. 55.c), la Declaración Universal de Derechos Humanos (Preámbulo), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.1 y 2.2), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.2), la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (art. 7), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Preámbulo), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 1), la Carta Social Europea (Preámbulo), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos “Carta de Banjul” (art. 1), y la Carta Árabe sobre Derechos Humanos (art. 2).

²¹ Cfr. párr.81.

²² Caso “*Cinco Pensionistas*”; sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C Nº 98, párr. 163; . Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni; sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C Nº 79, párr. 154; y Caso Baena Ricardo y otros, sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C Nº 72, párr. 178.

consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención...”²³.

También cabe contabilizar lo afirmado en orden a que: “el deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”²⁴.

Por su lado, el *Comité de Derechos Humanos*, en relación con lo establecido en el art. 2 del PIDCyP, destacó: “...en general y dentro del marco que en él se fija, el artículo 2 del Pacto deja al arbitrio de los Estados Partes interesados la elección del método de aplicación del propio Pacto en sus territorios. En particular, reconoce que esa aplicación no depende exclusivamente de la promulgación de disposiciones constitucionales o legislativas, que suelen ser de por sí insuficientes. El Comité considera necesario señalar a la atención de los Estados Partes el hecho de que la obligación prevista en el Pacto no se limita al respeto de los derechos humanos, sino que los Estados Partes se han comprometido también a garantizar el goce de esos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción. Este aspecto exige que los Estados Partes realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos [...] A este respecto, es muy importante que los individuos sepan cuáles son sus derechos en virtud del Pacto (y del Protocolo Facultativo, en su caso) y que todas las autoridades administrativas y judiciales conozcan las obligaciones que ha asumido el Estado Parte en virtud del Pacto”²⁵.

La Corte Europea de Derechos Humanos dispuso: “...La Convención no solamente obliga a las altas autoridades de los Estados partes a respetar los derechos y libertades que contiene; tal y como establece el artículo 14 (art.14) y el texto en inglés del artículo 1 (art.1) (“debe asegurar”, “*shall secure*”), la Convención además tiene como efecto que, con el fin de garantizar el disfrute de tales derechos y libertades, aquellas autoridades deben prevenir o reparar cualquier violación a niveles subordinados”²⁶.

²³ Caso “*Cinco Pensionistas*” cit, párr. 164; y cfr. Caso “*Cantos*”, sentencia de 28 de noviembre de 2002, Serie C Nº 97, párr. 59; y Caso “*Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*”, sentencia de 21 de junio de 2002, Serie C Nº 94, párr. 213.

²⁴ Cfr. Caso “*Cinco Pensionistas*” cit, párr. 165; Caso “*Baena Ricardo y otros*” cit, párr. 180; y Caso “*Cantoral Benavides*”, sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C Nº 69, párr. 178.

²⁵ ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General 3, Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a Nivel Nacional (art. 2), 29 de julio de 1981, CCPR/C/13, párrs. 1 y 2.

²⁶ Eur. Court H.R., *Case of Ireland v. the United Kingdom*, Judgment of 18 January 1978, Series A No 25, para. 239.

B. Principio de igualdad y no discriminación. El deber universal de respeto y garantía²⁷

Del principio de *igualdad* reconocido a todas las personas, derivan, según la Corte IDH, *la igualdad ante la ley y la no discriminación*²⁸. La igualdad, sostuvo, es difícil de desligar de la no discriminación; los mismos instrumentos internacionales, al aludir al principio de igualdad, disponen que debe garantizarse sin discriminación alguna. Dicho en otros términos: los Estados deben respetar y garantizar los derechos humanos a la luz del principio general y básico de la igualdad y no discriminación. Todo tratamiento discriminatorio respecto de la protección y ejercicio de los derechos humanos genera la responsabilidad internacional de los Estados²⁹.

Ya con anterioridad, el mismo órgano jurisdiccional había sostenido: “...en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio”³⁰.

Quedó reconocido que “...existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre

²⁷ Los principios de protección igualitaria y efectiva de la ley y de no discriminación están consagrados en numerosos instrumentos internacionales. Entre ellos: la Carta de la OEA (art. 3.1); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1 y 24); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 2); el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador” (art. 3); la Carta de las Naciones Unidas (art. 1.3); la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2 y 7); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2.2 y 3); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2 y 26); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 2); la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2); la Declaración de los Derechos del Niño (Principio 1); la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (arts. 1, 7, 18.1, 25, 27, 28, 43, 45.1, 48, 55 y 70); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 2, 3, 5 a 16); la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones (arts. 2 y 4); la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (2.d); el Convenio N° 97 de la OIT sobre los Trabajadores Migrantes (revisado) (art. 6); el Convenio N° 111 de la OIT relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (arts. 1 a 3); el Convenio N° 143 de la OIT sobre los Trabajadores Migrantes, Disposiciones complementarias (arts. 8 y 10); el Convenio N° 168 de la OIT sobre el Fomento del Empleo y la Protección contra el Desempleo (art. 6); la Proclamación de Teherán, Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán, 13 de mayo de 1968 (párrs. 1, 2, 5, 8 y 11); la Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993 (I.15; I.19; I.27; I.30; II.B.1, arts. 19 a 24; II.B.2, arts. 25 a 27); la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (arts. 2, 3, 4.1 y 5); la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Programa de Acción, (párrafos de la Declaración: 1, 2, 7, 9, 10, 16, 25, 38, 47, 48, 51, 66 y 104); la Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (art. 3); la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales (arts. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9); la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven (arts. 5.1.b y 5.1.c); la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (arts. 20 y 21); el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (arts. 1 y 14); la Carta Social Europea (arts. 19.4, 19.5 y 19.7); el Protocolo N° 12 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 1); la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos “Carta de Banjul” (arts. 2 y 3); la Carta Árabe sobre Derechos Humanos (art. 2); y la Declaración de El Cairo sobre Derechos Humanos en el Islam (art. 1).

²⁸ Cfr. párr. 83.

²⁹ Cfr. párr. 96.

³⁰ *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A N° 4, párr. 54.

ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional...”³¹.

Teniendo en cuenta que el principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de no discriminación está reconocido en tantos instrumentos internacionales, puede sostenerse que existe un *deber universal* de respetar y garantizar los derechos humanos, emanado del principio de igualdad, general y básico³².

1) La igualdad y la unidad del género humano

La igualdad, según la Corte IDH, se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad³³.

2) “Distinción” versus “discriminación”

La Corte IDH diferenció los términos “distinción” y “discriminación”. Distinción es entendido como lo *admisible*, en virtud de ser *razonable, proporcional y objetivo*. La discriminación, por el contrario, se emplea para hacer referencia a lo *inadmisible*, por violar los derechos humanos. Luego, el término discriminación se emplea para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos³⁴.

Examinando las implicancias del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, se enfatizó que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”³⁵. En este sentido, se señaló que pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la *situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran*³⁶. Ejemplificado el aserto: una desigualdad no discriminatoria establecida por la ley se refleja en el hecho de que los menores de edad que se encuentran detenidos en un centro carcelario no pueden ser recluidos conjuntamente con las personas mayores de edad que se encuentran también detenidas. Otro ejemplo de estas desigualdades es la limitación en el ejercicio de determinados derechos políticos en atención a la nacionalidad o ciudadanía³⁷.

³¹ Cfr. párr. 85.

³² Cfr. párr. 86.

³³ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 45; y *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, cit., párr. 55.

³⁴ Cfr. párr. 84.

³⁵ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, cit, párr. 46; y *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, cit., párr. 56.

³⁶ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, cit., párr. 46.

³⁷ Cfr. párr. 91.

Sobre el tema, la Corte IDH había sostenido: “no habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”³⁸.

3) La igualdad y no discriminación como *principios*. Naturaleza jurídica y consecuencias. *Jus cogens* y obligaciones *erga omnes*

El concepto de *jus cogens*, sostuvo la Corte IDH, ha estado en sus orígenes ligado particularmente al Derecho de los Tratados. Tal como está formulado el *jus cogens* en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”. También apuntó la Corte que el artículo 64 de la misma Convención se refiere al *jus cogens superviniente*, al señalar que “si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.

Queda claro así que el *jus cogens* no se limita al Derecho de los Tratados pues se ha visto ampliado alcanzando al Derecho Internacional general, y abarca a todos los actos jurídicos. El *jus cogens* se ha manifestado, en términos de la Corte IDH, también en el Derecho de la Responsabilidad Internacional de los Estados, incidiendo en los propios fundamentos del orden jurídico internacional³⁹.

Fundamental relevancia reviste la interpretación efectuada por la Corte IDH en orden a que en función del sentido y alcance otorgado a la obligación estatal de respeto y garantía de los derechos humanos, lleva a considerar que *todos* los Estados, como *miembros de la comunidad internacional, independientemente de que sean parte o no de determinado tratado internacional*, deben cumplir las obligaciones *sin discriminación alguna*; ello se desprende, enfatiza y reitera, directamente de la unidad de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona. Como consecuencia, razona el Tribunal, *el principio de igualdad y no discriminación es imperativo* en el derecho internacional general.

En función de ello, el principio de igualdad y no discriminación pertenece *al jus cogens*, ya que sobre él “...descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional”⁴⁰.

³⁸ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, cit., párr. 47; y *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, cit., párr. 57.

³⁹ Cfr. párr. 99.

⁴⁰ “...En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional

Definida la obligación general de respeto y garantía de los derechos humanos, bajo el paradigma de la igualdad y la no discriminación, se establecen las obligaciones específicas de los Estados, derivadas de aquélla; su incumplimiento genera responsabilidad internacional del Estado, tanto más grave cuanto ese incumplimiento viola normas de *jus cogens*⁴¹.

Y avanzando aún más, sostuvo la Corte que todo el marco obligacional de los derechos humanos vinculados al principio de igualdad y no discriminación, es aplicable a todos los Estados miembros de la OEA; al involucrar normas de *jus cogens*, las obligaciones respectivas son exigibles *erga omnes*, lo que importa sostener que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares⁴²; las mentadas obligaciones impuestas a los Estados lo son en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, *independientemente del estatus migratorio* de las personas protegidas.

En resumidas cuentas, los Estados asumen las siguientes obligaciones:

1. Deber de abstención: deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de ipso* (mediante leyes, disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter; actuaciones y prácticas de sus funcionarios que aplicando o interpretando la ley discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, etc.).
2. Obligación de hacer: están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas.
3. Las distinciones que efectúen deben ser objetivas y razonables: reúnen dichos recaudos cuando se realicen respetando los derechos humanos y en función del principio pro homine.
4. Garantizar la tutela judicial efectiva y el debido proceso legal, adjetivo y sustantivo: deben asegurar en su ordenamiento jurídico interno, que toda persona tenga acceso,

general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*...” (Párr. 101, OC 18/03). Este criterio ya había sido sostenido anteriormente por la Corte IDH; véase *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, cit., párr. 45; *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, cit., párr. 55.

⁴¹ Cfr. párr. 103 a 106.

⁴² “...Esta obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos tiene un carácter *erga omnes*. Dicha obligación se impone a los Estados, en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas. La mencionada obligación alcanza la totalidad de los derechos contemplados por la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, inclusive el derecho a las garantías judiciales. De ese modo, se preserva el derecho de acceso de todos a la justicia, entendido como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva” (párr. 109). “...[...]...Finalmente, en lo que atañe a la segunda parte de la cuarta pregunta de la solicitud de opinión consultiva ...[...]..., todo lo señalado en los párrafos anteriores se aplica a todos los Estados miembros de la OEA. Los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados, precisamente por pertenecer dicho principio al dominio del *jus cogens*, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares” (párr. 110).

sin restricción alguna, a un recurso sencillo y efectivo⁴³ que la ampare en la determinación de sus derechos, *independientemente de su estatus migratorio*.

C. Aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los migrantes, cualquiera fuere su condición

1) Características especiales de los migrantes

En la opinión consultiva 18/03 se explicitan determinadas características de los migrantes que justifican su protección. En este sentido se señala:

- a. ausencia o diferencia de poder con respecto a los no migrantes (nacionales o residentes). Tienen una dimensión ideológica que se presenta en un contexto histórico diferente para cada Estado, y es mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales);
- b. diferencias en el acceso a los recursos públicos administrados por el Estado;
 - c. prejuicios culturales (étnicos, xenofobia y racismo) que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, lo cual dificulta la integración de los migrantes a la sociedad y llevan a la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra;
- d. el proceso de mundialización y liberalización, incluidas la creciente disparidad económica y social entre muchos países y la marginación de algunos de la economía mundial, han contribuido a crear grandes movimientos de población entre los países y a intensificar el complejo fenómeno de la migración internacional⁴⁴.

En este orden de ideas, se recuerda que en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en El Cairo, en 1994, se destacó que “los desequilibrios económicos internacionales, la pobreza y la degradación del medio ambiente, combinados con la falta de paz y seguridad, las violaciones de los derechos humanos y los distintos grados de desarrollo de las instituciones judiciales y democráticas son todos factores que afectan las migraciones internacionales. Si bien la mayoría de las migraciones internacionales se produce entre

⁴³ Al respecto, la Corte IDH señaló que: “...la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una trasgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial. Caso “*Cinco Pensionistas*”, cit., párr. 136; y cfr. Caso “*de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*”, cit., párr. 113; Caso “*Ivcher Bronstein*”, sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C Nº 74, párrs. 136 y 137; y *Garantías judiciales en Estados de Emergencia*, Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párr. 24.

⁴⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/212 sobre “Migración internacional y desarrollo” de 1 de febrero de 2000.

países vecinos, ha ido en aumento la migración interregional, especialmente hacia los países desarrollados⁴⁵.

2) Estándares básicos para los migrantes

Respecto de los migrantes, los Estados están obligados a cumplir un catálogo de obligaciones que bien pueden calificarse como “estándares básicos”, a saber:

- Garantizar a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, el principio de igualdad y no discriminación⁴⁶;
- el Estado puede iniciar acciones en contra del migrante irregular, respetando y garantizando el ejercicio de los derechos humanos, sin discriminación por su regular o irregular condición, ni por otra causa (nacionalidad, raza, género o cualquier otra)⁴⁷;
- el Estado puede otorgar un trato distinto a los migrantes documentados respecto de los indocumentados, o entre migrantes y nacionales⁴⁸, condicionado ello a que ese trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional y no lesione los derechos humanos;
- el Estado debe respetar las garantías del debido proceso que implican⁴⁹:
 - a) que el justiciable pueda hacer valer sus derechos en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables;
 - b) que el proceso, para alcanzar sus objetivos (realización de la justicia) reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de quienes son llevados a la justicia. El principio de igualdad ante la ley y no discriminación se proyectan también al ámbito procesal, porque las condiciones de desigualdad real obligan a la adopción de medidas de compensación que contribuyan a reducir o a eliminar los obstáculos que restringen la defensa eficaz de los intereses. De tal manera, “la intangibilidad del debido proceso se aplica no sólo *ratione materiae* sino también *ratione personae*, sin discriminación alguna”⁵⁰;
 - c) el debido proceso legal abarca cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional⁵¹ y en cualquiera de los fueros (civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter), es decir, no sólo en el penal⁵².
- el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea real y no solo formal⁵³;

⁴⁵ Naciones Unidas, A/CONF.171/13, 18 de octubre de 1994, Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en El Cairo del 5 al 13 de septiembre de 1994, Programa de Acción, Capítulo X.A.10.1.

⁴⁶ Cfr. párr. 107.

⁴⁷ Cfr. párr. 108.

⁴⁸ Se citó como ejemplo que pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos; también pueden los Estados establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio (párr. 119).

⁴⁹ Opinión Consultiva OC-16/99 sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, párr. 115, 117 y 119; y Cfr. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, cit., párrs. 97 y 115; y *Caso “Hilaire, Constantine y Benjamin y otros”*, cit., párr. 146.

⁵⁰ Cfr. párr. 121 y 122.

⁵¹ *Caso “Baena Ricardo y otros”*, cit., párr. 124; y cfr. *Caso “Ivcher Bronstein”*, cit., párr. 102; *Caso “del Tribunal Constitucional”*, sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C Nº 71, párr. 69; y *Garantías judiciales en Estados de Emergencia*, cit., párr. 27.

⁵² Cfr. *Caso “Baena Ricardo y otros”*, cit., párr. 127.

⁵³ Cfr. párr. 126.

- los derechos derivados de la relación laboral subsisten, pese a las medidas que se adopten⁵⁴.

3) Los migrantes, la actividad laboral y el derecho del trabajo

Los ejes conceptuales brindados por la Corte IDH pueden sistematizarse de la siguiente manera:

- el derecho del trabajo, en su vertiente nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, con independencia de cualquier otra consideración de carácter económica o social; de ello se sigue que cuando una persona trabaja, tiene garantizados sus derechos laborales con ajenidad a su situación migratoria⁵⁵;
- el migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral⁵⁶;
- el Estado y los particulares en un Estado, no están obligados a brindar trabajo a los migrantes indocumentados⁵⁷;
- las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos laborales a todos los trabajadores migrantes, proyectan diversos alcances y efectos para los Estados y para los terceros. Ello implica que el Estado tiene un rol relevante, tanto en las relaciones laborales generadas en el ámbito del derecho público como las originadas en el del derecho privado⁵⁸;
- cuando el Estado se constituye en empleador, debe garantizar y respetar los derechos humanos laborales de todos sus funcionarios públicos, sean éstos nacionales o migrantes, documentados o indocumentados, ya que la inobservancia de este deber genera la responsabilidad estatal interna e internacionalmente⁵⁹;
- en las relaciones laborales regidas por el derecho privado, el Estado tiene la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos. Tal obligación abarca tanto los actos del poder público como los efectuados por personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial, como asimismo cuando la violación de los derechos humanos sea llevada a cabo por un particular; en este último supuesto, no por ese hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención Americana de Derechos Humanos⁶⁰;

⁵⁴ Cfr. párr. 126.

⁵⁵ Cfr. párr. 133.

⁵⁶ Cfr. párr. 134.

⁵⁷ Cfr. párr. 135.

⁵⁸ Cfr. párr. 137 y 138.

⁵⁹ Cfr. párr. 139.

⁶⁰ Cfr. párr. 137 a 140. Téngase presente que desde los primeros casos contenciosos, la Corte IDH se ha expedido sobre los efectos erga omnes de las obligaciones asumidas por los Estados, incluyendo la responsabilidad internacional por el obrar ilícito de los terceros. Se sostuvo que "...[...]...Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la

- la obligación impuesta por el respeto y garantía de los derechos humanos frente a terceros (personas físicas o jurídicas) se basa también en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por lo tanto el derecho privado. En consecuencia, deben además velar para que en esas relaciones privadas entre terceros, se respeten los derechos humanos⁶¹.

4) ¿Cuáles derechos laborales?

Según la Corte IDH, los derechos laborales que los Estados deben respetar y garantizar son los que el sistema jurídico, nacional (donde se incluyen las prácticas locales y específicas, además de lo que surge de las constituciones políticas, leyes, convenios colectivos, estatutos, decretos, etc.) e internacional (cualquiera sea el tratado del que sea parte), reconoce a los trabajadores⁶².

5) Pautas de interpretación. Principios pro homine e in dubio pro operario

La interpretación de dichas regulaciones debe realizarse conforme al principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana (pro homine), en este caso, al trabajador (in dubio pro operario). De ello se sigue que si una práctica interna o una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el derecho interno; antes bien, si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos estatalmente, éstos se le deberán respetar y garantizar igualmente⁶³.

6) Derechos de los trabajadores migrantes indocumentados

Los migrantes indocumentados que trabajen tienen derecho a la protección, respeto y garantía de sus derechos. En el marco de los derechos individuales debe respetarse:

- la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio,
- la prohibición y abolición del trabajo infantil,
- la atención especial para la mujer trabajadora,
- salario justo por trabajo realizado,
- jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene),
- descanso e
- indemnización.

En orden a los derechos colectivos, el respeto y garantía incluye:

- libertad de asociación
- libertad sindical y
- negociación colectiva.

Asimismo, tienen derecho a gozar de los beneficios de la seguridad social como así también deben respetarse las garantías judiciales y administrativas.

7) La dignidad y sus derivaciones. El disfrute de una “vida” digna. El “estándar de vida” digno. El “desarrollo integral” como ser humano

trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”. *Caso “Velásquez Rodríguez”*, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C N° 4, párr. 172; y *cfr. Caso “Godínez Cruz”*, sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C N° 5, párr. 181, 182 y 187.

⁶¹ Cfr. párr. 147 y 151.

⁶² Cfr. párr. 155.

⁶³ Cfr. párr. 156.

El respeto de los derechos laborales fundamentales garantiza al trabajador y a sus familiares disfrutar de una vida digna. La contraprestación por el trabajo debe consistir en una remuneración que permita a los trabajadores y a sus familiares gozar de un “estándar de vida digno”. El trabajo debe ser una forma de realización y una oportunidad para que el trabajador desarrolle sus aptitudes, habilidades y potencialidades, y logre sus aspiraciones, en aras de alcanzar su desarrollo integral como ser humano⁶⁴.

8) Garantías para el ejercicio de los derechos laborales

Los trabajadores migrantes indocumentados, *poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo*, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica. Los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos⁶⁵.

D. Políticas migratorias y la obligación de los Estados

1) Paradigmas: las características de la actividad productiva y la capacidad individual de las personas

La política migratoria⁶⁶ de un Estado está constituida por todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directivas, actos administrativos, etc.) que versa sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio⁶⁷.

Los objetivos de las políticas migratorias deben respetar y garantizar los derechos humanos y las distinciones que los Estados establezcan deben ser objetivas, proporcionales y razonables⁶⁸.

En el ejercicio de la facultad de fijar políticas migratorias, es lícito que los Estados establezcan medidas atinentes al ingreso, permanencia o salida de personas migrantes para desempeñarse como trabajadores en determinado sector de producción en su Estado, siempre que ello sea acorde con las medidas de protección de los

⁶⁴ Cfr. párr. 157.

⁶⁵ Cfr. párr. 160.

⁶⁶ Téngase en cuenta que en la Declaración y el Programa de Acción adoptados por la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia (celebrada en Durban, Sudáfrica del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001) se instó a todos los Estados a que “revisen y modifiquen, según proceda, sus leyes, políticas y procedimientos de inmigración a fin de eliminar de ellos todo elemento de discriminación racial y hacerlos compatibles con las obligaciones de los Estados en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos”. Asimismo, en el párrafo 9 de la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2001/5 sobre “El racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia” se “pidió a todos los Estados que examinen y, cuando sea necesario, revisen sus políticas de inmigración incompatibles con los instrumentos internacionales de derechos humanos con miras a eliminar todas las políticas y prácticas discriminatorias contra los migrantes”, párr. 38 y 30.b), respectivamente.

⁶⁷ Cfr. párr. 163.

⁶⁸ Cfr. párr. 168.

derechos humanos de toda persona y, en particular, de los derechos humanos de los trabajadores. Con el fin de cubrir esta necesidad, los Estados pueden tomar diversas medidas, tales como el otorgamiento o denegación de permisos de trabajo generales o para ciertas labores específicas, pero deben establecerse mecanismos para asegurar que ello se haga sin discriminación alguna, atendiendo únicamente a las características de la actividad productiva y la capacidad individual de las personas. De esta forma, se garantiza una vida digna al trabajador migrante, protegiéndole de la situación de vulnerabilidad e inseguridad en que usualmente se encuentra; a la par, se organiza de manera eficiente y adecuadamente el proceso de producción local o nacional⁶⁹.

2) Sobre la eficacia de la regulación jurídica interna

La responsabilidad internacional del Estado impone no sólo la obligación de adecuar la normativa interna a los instrumentos internacionales sino que las prácticas estatales, relativas a su aplicación, también deben respetar el marco legal internacional. No basta con que el ordenamiento jurídico interno se adecue al derecho internacional, sino que es necesario que los órganos o funcionarios de cualquier poder estatal, sea ejecutivo, legislativo o judicial, ejerzan sus funciones y realicen o emitan sus actos, resoluciones y sentencias de manera efectivamente acorde con el derecho internacional aplicable⁷⁰.

Los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio. Este principio de carácter general debe respetarse y garantizarse siempre. Cualquier actuación u omisión en sentido contrario es incompatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos.

VI. Las migraciones laborales en el MERCOSUR

1. La Declaración Sociolaboral del Mercosur

De acuerdo a lo establecido en el art. 4 de la Declaración Sociolaboral del Mercosur, referido a los trabajadores migrantes y fronterizos, *“todo trabajador migrante, independientemente de su nacionalidad, tiene derecho a ayuda, información, protección e igualdad de derechos y condiciones de trabajo reconocidos a los nacionales”*. Con tal disposición el bloque se enmarca en una postura de respeto, receptando las líneas fundamentales protectorias de los derechos humanos. Ahora bien, la mentada norma continúa disponiendo, en una suerte de condición suspensiva, que dicho reconocimiento lo es *“de conformidad con las reglamentaciones profesionales de cada país”*.

Una primera lectura daría pie a sostener que la remisión lo es a la legislación nacional sobre migraciones. Frente a ello, hay quienes sostienen⁷¹, en posición que se comparte, que no es esa la hermenéutica que corresponde asignar porque cuando las declaraciones internacionales de derechos reconocen un derecho y luego remiten a la legislación nacional, no puede interpretarse nunca que ésta pueda contradecir el

⁶⁹ Cfr. párr. 169.

⁷⁰ Cfr. párr. 171.

⁷¹ Hermida Uriarte, Oscar, “Derecho a migrar y derecho al trabajo”, en *Las migraciones humanas en el Mercosur. Una mirada desde los derechos humanos. Compilación normativa*, Edic. Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos en el MERCOSUR, Montevideo, Uruguay, 2009, pág. 33 y ss.

contenido esencial del derecho ya reconocido. De ahí es que corresponda entender que la remisión normativa está direccionada a los reglamentos nacionales de habilitación técnica para el ejercicio de las diversas profesiones u oficios y no a las legislaciones de control de ingreso al territorio.

De otro costado se advierte que la norma bajo comentario no alude a los “Estados Parte” por lo que podría interpretarse que alcanza a todos los trabajadores, intra y extra MERCOSUR. Sin embargo, teniendo en cuenta la especificidad del instrumento regional, me inclino a pensar que la intención ha sido regular el tópico para los trabajadores de nacionalidad o residencia en el bloque; ello sin perjuicio de las críticas que necesariamente pueden efectuarse⁷².

La segunda parte del art. 4 se expide sobre los trabajadores fronterizos disponiendo que “Los Estados Partes *se comprometen a adoptar* medidas tendientes al establecimiento de normas y procedimientos comunes relativos a la circulación de los trabajadores en las zonas de frontera *y a llevar a cabo las acciones necesarias* para mejorar las oportunidades de empleo y las condiciones de trabajo y de vida de estos trabajadores”. El tenor de la norma es claro y expreso en cuanto a que en el caso de los trabajadores de frontera se trata de una disposición programática, que como tal, requiere de la implementación de los Estados del bloque; antes bien, en el caso de los trabajadores migrantes, la norma resulta operativa, dada la redacción de la primera parte de la norma en tanto prevé que “todo trabajador” migrante “*tiene derecho*”.

2. El Tratado Multilateral de Seguridad Social del Mercosur

El Tratado Multilateral de Seguridad Social del Mercosur, si bien no es un instrumento que regule la cuestión específicamente migratoria, tiene sus implicancias en esta problemática, dentro del bloque. Receta los principios de *igualdad de trato entre* nacionales y extranjeros, de *conservación de derechos adquiridos y en curso de adquisición* y de *distribución proporcional de los períodos de generación y aportación*, todo lo cual supone, además, el reconocimiento implícito del principio de totalización de períodos de generación de derechos de seguridad social.

No obstante la regulación normativa referida, en el Mercosur actual, no se da la libre circulación de trabajadores; ello así si se tiene en cuenta que las normas tendientes a crear un “área de libre residencia” para los nacionales de los EP y asociados, facilitan trámites sin llegar a garantizar una plena libertad de circulación⁷³.

En los Subgrupos de Trabajo, las migraciones laborales son tratadas por el Subgrupo de Trabajo N° 2, sobre “Asuntos aduaneros” y en el N° 10, sobre “Relaciones Laborales”, lo que refleja las diferentes aristas que asume la cuestión migratoria, no quedando definida de manera clara si se la aborda desde el control de ingreso de los factores de producción (con énfasis en lo económico) o bien, como un tema de contenido social (que involucra a los derechos humanos fundamentales).

3. El Protocolo de Asunción sobre Derechos Humanos del MERCOSUR

⁷² Ver al respecto *Trabajo, ciudadanía y derechos humanos*, Editorial de la revista electrónica IusLabor N° 2/2006, Barcelona 2006 (www.upf.edu/iuslabor/022006/portada022006.htm).

⁷³ Los requisitos y procedimientos para el trámite de las solicitudes de residencia que efectúen los extranjeros nativos de los EP y asociados del MERCOSUR, en el país y ante las Representaciones Consulares Argentinas en el exterior, están regulados por la DNM. Este organismo dictó la Disposición N° 4.871 del 08/02/07 modificada por la Disposición N° 1488 (B.O. 23/07/2010).

Con fecha 16/06/05 los EP del MERCOSUR suscribieron el Protocolo de Asunción sobre Derechos Humanos del MERCOSUR (considerado parte integrante del Tratado de Asunción⁷⁴). En el instrumento se ratificó que la plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales *son condiciones esenciales* para la vigencia y evolución del proceso de integración entre las Partes. Se prevé asimismo que el Protocolo se aplicará en caso de que se registren graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en una de las Partes, en situaciones de crisis institucional o durante la vigencia de estados de excepción previstos en los ordenamientos constitucionales respectivos. A tal efecto las demás Partes se obligan a promover las consultas pertinentes entre sí y con la Parte afectada. Cuando las consultas mencionadas resultaren infructuosas, las otras Partes tienen que considerar la naturaleza y el alcance de las medidas a aplicar, teniendo en cuenta la gravedad de la situación existente. Tales medidas comprenden desde la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos del proceso de integración, hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes del mismo (arts. 3 y 4).

Las medidas relacionadas serán adoptadas por consenso por las Partes, y comunicadas a la afectada, la cual no participará en el proceso decisorio pertinente. Tales medidas entrarán en vigencia en la fecha en que se realice la comunicación respectiva a la Parte afectada y cesan a partir de la fecha de la comunicación a dicha Parte de que las causas que las motivaron fueron subsanadas (arts. 5 y 6).

VII. Política migratoria argentina

Mediante la ley 25.771⁷⁵, integrada por 126 artículos estructurados en un Título preliminar y 11 títulos, la República Argentina puso en marcha su política migratoria dejando atrás el marco regulatorio implementado por la Ley 22.439 y su decreto reglamentario 1.023/94 como asimismo toda otra norma contraria; se estableció, sin embargo, que las normas derogadas retendrían su validez y vigencia hasta tanto se produzca la entrada en vigor del nuevo régimen y su reglamentación.

En función de la temática objeto de estudio en este trabajo, se examina la regulación implementada por el nuevo régimen legal en las cuestiones que se estima atañen a los migrantes y sus derechos humanos, sin perjuicio de alguna otra consideración conveniente para una adecuada comprensión de los tópicos involucrados. El análisis se ha realizado efectuando la concordancia e integración normativa respectiva.

1. Ámbito material y personal de aplicación

La legislación migratoria argentina⁷⁶ capta los derechos y obligaciones de los extranjeros, las atribuciones del Estado argentino, la admisión de extranjeros en nuestro país, su ingreso y egreso, las obligaciones de los medios de transporte internacional y las condiciones para que la permanencia de los extranjeros sea considerada legal ó ilegal. Asimismo se encuentra regulada a vía recursiva,

⁷⁴ Conf. art. 7.

⁷⁵ B.O. 21/01/2004. La Ley 25.871 fue reglamentada mediante el Decreto del P.E.N N° 616 (B.O. 06/05/2010). Estando a lo dispuesto en el art. 3 del decreto citado, la vigencia del mismo operó el 06/07/2010, esto es, a los 60 días de la publicación.

⁷⁶ Cfr. arts. 1 y 27, ley migratoria.

administrativa y judicial, el régimen de la competencia jurisdiccional y las tasas retributivas de servicios. Finalmente el texto normativo incluye la tipificación de delitos migratorios produciendo modificaciones en el Código Penal Argentino.

En lo concerniente al ámbito personal de validez la regulación abarca la admisión, ingreso, permanencia y el egreso de personas calificadas como *inmigrantes*⁷⁷; resultan excluidos *bajo condición de reciprocidad*, los extranjeros que fueren:

- a) agentes diplomáticos y los funcionarios consulares acreditados en la República, así como los demás miembros de las misiones diplomáticas permanentes o especiales y de las oficinas consulares y sus familiares que, en virtud de las normas del derecho Internacional, estén exentos de las obligaciones relativas a la obtención de una categoría migratoria de admisión;
- b) representantes y delegados, así como los demás miembros y sus familiares de las misiones permanentes o de las delegaciones ante los organismos intergubernamentales con sede en la República o en Conferencias Internacionales que se celebren en ella;
- c) funcionarios destinados en organizaciones internacionales o intergubernamentales con sede en la República, así como sus familiares, a quienes los tratados en los que la República sea parte eximan de la obligación de visación consular;
- d) titulares de visas argentinas diplomáticas, oficiales o de cortesía.

Se prevé que de no mediar convenio celebrado por la República, la admisión, ingreso, permanencia y egreso de los mencionados extranjeros, se rigen por las disposiciones que al efecto establezca el Poder Ejecutivo nacional. La Dirección Nacional de Migraciones⁷⁸ (DNM) se limitará al contralor de la documentación en el momento del ingreso o del egreso, dejando constancia en la misma del carácter del ingreso, de la fecha del egreso y del plazo de permanencia en la República.

2. Objetivos

La legislación migratoria argentina tiene como objetivos⁷⁹:

- fijar las líneas políticas fundamentales, sentar las bases estratégicas en materia migratoria, y *dar cumplimiento a los compromisos internacionales de la República en materia de derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes*;
- contribuir al *logro de las políticas demográficas* que establezca el Gobierno Nacional;
- contribuir al enriquecimiento y *fortalecimiento del tejido cultural y social* del país;
- garantizar el ejercicio del *derecho a la reunificación familiar*;
- promover la *integración en la sociedad argentina* de las personas que hayan sido admitidas como *residentes permanentes*;
- asegurar a toda persona que solicite ser admitida en la República Argentina de manera permanente o temporaria, el goce de criterios y *procedimientos de admisión no discriminatorios*⁸⁰ en términos de los derechos y garantías

⁷⁷ Definido como todo aquel extranjero que desee ingresar, transitar, residir o establecerse definitiva, temporaria o transitoriamente en el país de conformidad a la legislación vigente (art. 2, ley migratoria).

⁷⁸ En tanto autoridad de aplicación de la legislación migratoria, conforme a lo dispuesto en el art. 105.

⁷⁹ Art. 3 incs. a) a k), ley migratoria.

⁸⁰ Se prevé que son *actos discriminatorios* todos los actos u omisiones determinados por motivos tales como etnia, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, género, posición económica

establecidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, los convenios bilaterales vigentes y las leyes;

- promover y difundir las obligaciones, derechos y garantías de los migrantes, *conforme a lo establecido en la Constitución Nacional, los compromisos internacionales y las leyes, manteniendo en alto su tradición humanitaria y abierta con relación a los migrantes y sus familias*;
- promover la inserción e integración laboral de los inmigrantes que residan en *forma legal* para el mejor aprovechamiento de sus *capacidades personales y laborales a fin de contribuir al desarrollo económico y social de país*;
- facilitar la entrada de visitantes a la República Argentina para los propósitos de impulsar el comercio, el turismo, las actividades culturales, científicas, tecnológicas y las relaciones internacionales;
- promover *el orden internacional y la justicia*, denegando el ingreso y/o la permanencia en el territorio argentino a personas involucradas en actos reprimidos penalmente por nuestra legislación;
- promover el intercambio de información en el ámbito internacional, y la asistencia técnica y capacitación de los recursos humanos, para prevenir y *combatir eficazmente a la delincuencia organizada transnacional*.

3. Categorías de extranjeros

Se establecen cuatro categorías, a saber:

1) Residentes permanentes⁸¹;

2) Residentes temporarios, previéndose las siguientes sub categorías⁸²:

- Trabajador migrante⁸³
- Rentista
- Pensionado
- Inversionista
- Científicos y personal especializado
- Deportistas y artistas
- Religiosos de cultos oficiales reconocidos
- Pacientes bajo tratamientos médicos
- Académicos
- Estudiantes
- Asilados y refugiados

o caracteres físicos, que arbitrariamente impidan, obstruyan, restrinjan o de algún modo menoscaben el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, los tratados internacionales y las leyes (art. 13, ley migratoria).

⁸¹ Definido como el extranjero que con el propósito de establecerse definitivamente en el país, obtenga de la Dirección Nacional de Migraciones una admisión en tal carácter. Asimismo, se consideran residentes permanentes los inmigrantes parientes de ciudadanos argentinos, nativos o por opción, entendiéndose como tales al cónyuge, hijos y padres. También se le reconoce la condición de residentes permanentes a los hijos de argentinos nativos o por opción que nacieren en el extranjero, debiendo las autoridades permitirles su libre ingreso y permanencia en el territorio (art. 20).

⁸² Art. 23, ley migratoria.

⁸³ Es quien ingrese al país para dedicarse al ejercicio de alguna actividad lícita, remunerada, con autorización para permanecer por un máximo de tres años, prorrogables, con entradas y salidas múltiples, con permiso para trabajar bajo relación de dependencia (inc. a). El mismo plazo de tres años, prorrogable es el que goza el rentista, pensionado, inversionista, los científicos y personal especializado, los deportistas y artistas y los religiosos. Los pacientes y académicos gozan de un año, prorrogable; los estudiantes, asilados, refugiados y los ciudadanos de los Estados miembros y asociados al MERCOSUR.

- Ciudadanos nativos de los EP del MERCOSUR y asociados.
- Extranjeros que invoquen razones humanitarias.

Es útil contabilizar que la regulación normativa se ha efectuado mediante una cláusula abierta al admitirse el ingreso de las personas consideradas de interés por el Ministerio del Interior y el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto⁸⁴.

3) Residentes transitorios (art. 24 inc. a al h). como subcategoría aparecen los *trabajadores migrantes estacionales*.

4) Residentes precarios.

4. Derechos de los extranjeros

4.1 Derecho a migrar

El *derecho a la migración* es reconocido como esencial e inalienable de la persona, estableciéndose que la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad⁸⁵.

4.2 Derecho a la igualdad de trato

La ley migratoria argentina recepta el *derecho a la igualdad de trato* distinguiendo entre los extranjeros y los inmigrantes⁸⁶.

En el primer caso, la regulación es más estricta ya que subordina la efectiva igualdad de trato a la condición que los extranjeros cumplimenten la legislación vigente respecto de las condiciones establecidas para su ingreso y permanencia en el país (art. 5). Sin embargo, la restricción aludida se flexibiliza bastante al establecer que los extranjeros incluidos en Acuerdos o Convenios de Migraciones suscriptos por la República Argentina se regirán por lo dispuesto en los mismos y por la ley migratoria argentina, en el supuesto de resultar ésta más favorable (art. 28 primer párrafo).

En el caso de los inmigrantes y sus familias, la regulación es amplia y sin condicionamiento alguno; de modo categórico se dispone que el Estado en todas sus jurisdicciones, debe asegurar *el acceso igualitario* a los inmigrantes y sus familias *en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales*, poniéndose énfasis particularmente en los servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social (art. 6).

Se deja a salvo que el principio de igualdad de trato no se considerará afectado por la posibilidad que tiene el Estado, de conformidad a los procedimientos establecidos en la Constitución y las leyes, de firmar acuerdos bilaterales de alcance general y parcial, que permitan atender fenómenos específicos, como el de la migración laboral fronteriza, ni por la posibilidad de establecer esquemas diferenciados de tratamiento entre los países que con la Argentina forman parte de una región respecto de aquellos países que resulten terceros dentro del proceso de regionalización, priorizando las medidas necesarias para el logro del objetivo final de la libre circulación de personas en el MERCOSUR (art. 28 segundo párrafo).

4.3 Derecho a la educación

El derecho a la educación se reconoce en forma amplia, sin ningún tipo de condicionamiento ni restricción, aún para el caso de que se trate de inmigrantes

⁸⁴ Conf. Art. 23 inc. n), ley migratoria.

⁸⁵ Art. 4, ley migratoria.

⁸⁶ Arts. 5, 6 y 28, ley migratoria.

irregulares. En efecto, se prevé que *en ningún caso la irregularidad migratoria* de un extranjero impedirá su admisión como alumno en un establecimiento educativo, ya sea este público o privado; nacional, provincial o municipal; primario, secundario, terciario o universitario. Se agrega que las autoridades de los establecimientos educativos deben brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria⁸⁷.

4.4 Derecho a la salud

El derecho a la salud, de igual manera que en materia de educación, es reconocido ampliamente, al disponerse que no puede negarse o restringirse *en ningún caso*, el acceso al derecho a la salud, la asistencia social o atención sanitaria a todos los extranjeros que lo requieran, *cualquiera sea su situación migratoria*, disponiéndose asimismo que las autoridades de los establecimientos sanitarios deben brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria⁸⁸.

4.5. Derecho a la información

Los migrantes y sus familiares tienen derecho a que el Estado les proporcione información⁸⁹ sobre:

- sus derechos y obligaciones con arreglo a la legislación vigente;
- los requisitos establecidos para su admisión, permanencia y egreso;
- cualquier otra cuestión que le permita o facilite cumplir formalidades administrativas o de otra índole en la República Argentina.

La autoridad de aplicación debe adoptar las medidas que considere apropiadas para difundir la información mencionada y, en el caso de los trabajadores migrantes y sus familias, debe velar para que sea suministrada por empleadores, sindicatos u otros órganos o instituciones. La información requerida tiene que brindarse gratuitamente a los extranjeros que la soliciten; se añade que, en la medida de lo posible, debe emplearse un idioma que puedan entender.

4.6 Derecho a la reunificación familiar

Los inmigrantes tienen derecho a que el Estado les garantice el derecho de reunificación familiar con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes⁹⁰.

4.7 Derecho a gozar de los beneficios del fruto del trabajo

De la integración normativa contenida en el art. 16 en correlación con los arts. 51 a 53, 56, 65, 67 y 68, resulta que sólo están autorizados legalmente a trabajar, por cuenta propia o en relación de dependencia los extranjeros admitidos como "residentes permanentes", los "residentes temporarios" durante el período de la permanencia autorizada y los extranjeros a los que se les hubiera autorizado una residencia precaria, habilitados por la DNM por el plazo y con las modalidades establecidos por aquélla.

Antes bien, no pueden hacerlo los inmigrantes en situación irregular⁹¹. En el supuesto que contraviniendo la prohibición trabajen, tienen asegurados sus derechos

⁸⁷ Art. 7, ley migratoria.

⁸⁸ Art. 8, ley migratoria.

⁸⁹ Art. 9, ley migratoria.

⁹⁰ Art. 10, ley migratoria.

⁹¹ Conf. art. 53. Como excepción se prevé la hipótesis de "trabajadores migrantes estacionales".

laborales frente a sus empleadores. Ello surge con claridad al establecerse que la adopción por el Estado de las medidas necesarias y efectivas para eliminar la contratación laboral en el territorio nacional de inmigrantes en situación irregular, incluyendo la imposición de sanciones a los empleadores, no menoscabará los derechos de los trabajadores inmigrantes frente a sus empleadores en relación con su empleo⁹².

En la misma línea protectoria, se dispone que la expulsión no menoscabará por sí sola ninguno de los *derechos que haya adquirido* el migrante de conformidad con la legislación nacional, *incluido el derecho a recibir los salarios y toda otra prestación que le pudiese corresponder*. Reforzando la protección se establece que el interesado debe contar con oportunidad razonable, aún después de la partida, para reclamar lo concerniente al pago de los salarios y otras prestaciones que le pudieren corresponder, así como para cumplimentar sus obligaciones pendientes⁹³.

Queda prohibida la expulsión (de extranjeros y familiares) por incumplimiento de obligaciones emanadas de un contrato de trabajo, a menos que el cumplimiento de esa obligación haya constituido condición necesaria para dicha autorización o permiso⁹⁴.

4.8 Derecho a no ser objeto de expulsión colectiva⁹⁵

El ingreso y egreso de personas al territorio nacional debe realizarse exclusivamente por los lugares habilitados por la DNM, sean éstos terrestres, fluviales, marítimos o aéreos, oportunidad y lugar en que serán sometidas al respectivo control migratorio⁹⁶.

El extranjero que ingrese a la República por lugar no habilitado a tal efecto, o eludiendo cualquier forma de contralor migratorio, *puede ser expulsado* en los términos y condiciones de la ley migratoria⁹⁷.

El procedimiento para la expulsión

- Al constatarse la irregularidad de la permanencia de un extranjero en el país, y atendiendo a las circunstancias de profesión del extranjero, su parentesco con nacionales argentinos, el plazo de permanencia acreditado y demás condiciones personales y sociales, la DNM *debe conminarlo a regularizar su situación* en el plazo perentorio que fije para tal efecto, bajo apercibimiento de decretar su expulsión⁹⁸.
- Vencido el plazo sin que se regularice la situación, la DNM decretará su expulsión *con efecto suspensivo, debiendo dar intervención al juez o tribunal con competencia en la materia*, a efectos de la revisión de la decisión administrativa de expulsión; la DNM es parte en dichas actuaciones⁹⁹.

4.9 Derecho a la jurisdicción

⁹² Art. 16, ley migratoria.

⁹³ Arts. 67 y 68, ley migratoria.

⁹⁴ Art. 65, ley migratoria.

⁹⁵ Para un adecuado conocimiento de este tópico deben analizarse y correlacionarse fundamentalmente las disposiciones contenidas en los arts. 34, 37, 61, 62, 66, 86 y 38 a 50 de la ley migratoria.

⁹⁶ Art. 34, ley migratoria.

⁹⁷ Art. 37, ley migratoria.

⁹⁸ Art. 61 primera parte, ley migratoria.

⁹⁹ Art. 61 segunda parte, ley migratoria.

Recursos administrativos y judiciales

Bajo la leyenda “Régimen de los recursos”¹⁰⁰ se regula el derecho a la jurisdicción tanto a nivel administrativo como judicial, siendo aplicable supletoriamente la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y su reglamentación. Se encuentran previstos los recursos de revisión, reconsideración, jerárquico en subsidio y el recurso de alzada. En este sentido, se prevé que contra las decisiones de la DNM que revistan carácter de definitivas o que impidan totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del interesado y contra los interlocutorios de mero trámite que lesionen derechos subjetivos o un interés legítimo, procederá *la revisión* en sede administrativa¹⁰¹ y judicial, cuando:

- se deniegue la admisión o la permanencia de un extranjero;
- se cancele la autorización de residencia permanente, temporaria o transitoria;
- se condene a un extranjero a hacer abandono del país o se decrete su expulsión;
- se resuelva la aplicación de multas y cauciones o su ejecución.

El *recurso de reconsideración* procede en contra de los actos administrativos que resuelvan sobre las cuestiones enumeradas precedentemente. Dicho recurso tiene lugar en contra de los actos dictados por la DNM y serán resueltos por ésta. Si el acto hubiese sido dictado por autoridad delegada, ésta será quien resuelva, sin perjuicio del derecho de avocación de la mencionada DNM; se deja a salvo que la delegación hubiere cesado al tiempo de deducirse el recurso, supuesto en el cual debe resolver el delegante.

El recurso debe deducirse dentro de los 10 días hábiles de la notificación fehaciente del acto y ante el mismo órgano que lo dictó¹⁰².

El *recurso de reconsideración* lleva implícito el *recurso jerárquico en subsidio* en el caso de decisiones adoptadas por autoridad delegada. En consecuencia, cuando la reconsideración hubiese sido rechazada -expresa o tácitamente- las actuaciones deben elevarse a la DNM dentro del término de 5 días hábiles, de oficio (supuesto de denegatoria expresa) o a petición de parte (en el caso de silencio).

En contra de los actos resueltos por la DNM procede a opción del interesado, el *recurso administrativo de alzada o el recurso judicial pertinente*.

La elección de la vía judicial hace perder la administrativa; pero la interposición del recurso de alzada no impide desistirlo en cualquier estado a fin de promover la acción judicial, ni obstará a que se articule ésta una vez resuelto el recurso administrativo.

El Ministro del Interior es la autoridad competente para resolver en definitiva el *recurso de alzada*.

La interposición de recursos, administrativos o judiciales, *suspenden* la ejecución de la medida dictada hasta tanto la misma quede firme.

¹⁰⁰ Arts. 74 a 90, ley migratoria.

¹⁰¹ El Ministerio del Interior y la DNM quedan facultados a revisar, de oficio o a petición de parte, sus resoluciones y las de las autoridades que actúen por delegación. Son susceptibles de revisión las decisiones cuando se comprueben casos de error, omisión o arbitrariedad manifiesta, violaciones al debido proceso, o cuando hechos nuevos de suficiente entidad justifiquen dicha medida (art. 90, ley migratoria).

¹⁰² De conformidad a lo establecido en el art. 76, la autoridad competente debe resolver dentro de los 30 días hábiles de su interposición. Vencido dicho plazo sin que hubiere una resolución al respecto, podrá reputarse denegado tácitamente, sin necesidad de requerir pronto despacho.

Agotada la vía administrativa, queda expedita la vía recursiva judicial¹⁰³ cuya competencia está circunscripta al control de legalidad, reglas del debido proceso y razonabilidad del acto motivo de impugnación.

La competencia judicial

La competencia judicial queda establecida en favor de la justicia nacional de primera instancia en lo Contencioso Administrativo Federal o los Juzgados Federales del interior del país, hasta tanto se cree un fuero específico en materia migratoria¹⁰⁴.

Beneficio de gratuidad

Los extranjeros que se encuentren en territorio nacional y que carezcan de medios económicos, tienen *derecho a asistencia jurídica gratuita* en aquellos procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, al retorno a su país de origen o a la expulsión del territorio argentino. Además tienen *derecho a la asistencia de intérprete/s* si no comprenden o hablan el idioma oficial debiendo resguardarse el ejercicio del derecho de defensa¹⁰⁵.

4.10 Derecho a la aplicación de la ley más favorable

Siguiendo las características del DIDH, se recepta el *principio pro homine* como asimismo el de la *aplicación de la legislación más favorable* al disponerse que los extranjeros incluidos en acuerdos o convenios de migraciones suscriptos por la Argentina se rigen por ellos o por la legislación nacional migratoria, según sea más favorable para la persona migrante (art. 28).

5. Obligaciones del Estado argentino

En correlación con los objetivos planteados, se reitera que el Estado está obligado a cumplir las convenciones internacionales que reconozcan derechos y obligaciones de los migrantes, debidamente ratificadas¹⁰⁶.

Sin perjuicio de ello, se establecen una cantidad de obligaciones a cargo del Estado nacional, que si bien no son de cumplimiento imposible, resultarán difíciles de llevar a cabo, en el contexto socio-económico de nuestro país, como de tantos otros Estados latinoamericanos. En efecto, se ha dispuesto que:

a) El Estado (en todas sus jurisdicciones, ya sea nacional, provincial o municipal), favorecerá las iniciativas tendientes a la integración de los extranjeros en su comunidad de residencia¹⁰⁷, especialmente las tendientes a:

- la realización de cursos de idioma castellano en las escuelas e instituciones culturales extranjeras legalmente reconocidas;
- la difusión de información útil para la adecuada inserción de los extranjeros en la sociedad argentina, en particular aquella relativa a sus derechos y obligaciones;
- al conocimiento y la valoración de las expresiones culturales, recreativas, sociales, económicas y religiosas de los inmigrantes;

¹⁰³ El plazo para la interposición del respectivo recurso, es de 30 días hábiles a contar desde la notificación fehaciente al interesado (art. 84, ley migratoria).

¹⁰⁴ Art. 98, ley migratoria.

¹⁰⁵ Art. 86, ley migratoria.

¹⁰⁶ Art. 12, ley migratoria.

¹⁰⁷ Arts. 14, 17 y 106, ley migratoria.

- la organización de cursos de formación, inspirados en criterios de convivencia en una sociedad multicultural y de prevención de comportamientos discriminatorios, destinados a los funcionarios y empleados públicos y de entes privados.
- b) El Estado debe proveer lo conducente para la adopción e implementación de medidas tendientes a regularizar la situación migratoria de los extranjeros.
- c) Los poderes públicos deben impulsar el fortalecimiento del movimiento asociativo entre los inmigrantes y apoyar a los sindicatos, organizaciones empresariales y a las organizaciones no gubernamentales que, sin ánimo de lucro, favorezcan su integración social, debiendo prestarles ayuda en la medida de sus posibilidades.

Ya no como obligación, sino como *facultad* se prevé¹⁰⁸ que el Estado puede orientar a cualquier extranjero, con respecto a:

- el acceso a categorías limitadas de empleo, funciones, servicios o actividades, cuando ello sea necesario en beneficio del Estado;
- la elección de una actividad remunerada de conformidad con la legislación relativa a las condiciones de reconocimiento de calificaciones profesionales adheridas fuera del territorio;
- las condiciones por las cuales, habiendo sido admitido para ejercer un empleo, pueda luego ser autorizado a realizar trabajos por cuenta propia, teniendo en consideración el período de residencia legal en el país y las demás condiciones establecidas en la reglamentación.

6. Obligaciones de los inmigrantes

Los inmigrantes deben¹⁰⁹ cumplir con las obligaciones enunciadas en la Constitución Nacional, los tratados internacionales a los que nuestro país adhirió y con las leyes vigentes. Asimismo, se dispone que ninguna de las disposiciones de ley migratoria argentina tiene por efecto eximirlos de la obligación de cumplir con la legislación nacional ni de la obligación de respetar la identidad cultural de los argentinos.

7. Responsabilidad por violación de la ley migratoria

7.1 Responsabilidad de los dadores de trabajo y de quienes brinden alojamiento a residentes irregulares. Multas

La legislación¹¹⁰ prohíbe proporcionar alojamiento a título oneroso a los extranjeros que se encuentren residiendo irregularmente en el país. También queda prohibido proporcionarles trabajo u ocupación remunerada, con o sin relación de dependencia. Sin perjuicio de ello, se enfatiza, según lo ya referido, que tales prohibiciones no eximen al empleador o dador de trabajo del cumplimiento de las obligaciones emergentes de la legislación laboral respecto del extranjero, *cualquiera sea su condición migratoria*, añadiéndose que en ningún modo se afectarán los derechos adquiridos por los extranjeros, como consecuencia de los trabajos ya realizados.

El incumplimiento de las mentadas prohibiciones trae aparejada la imposición de multas cuyo monto ascenderá a 20 Salarios Mínimo Vital y Móvil por cada extranjero al

¹⁰⁸ Art.19, ley migratoria.

¹⁰⁹ Conf. art. 18 en correlación con el art. 125.

¹¹⁰ Conf. arts. 55 y 56, 59 y 60, ley migratoria.

que se proporcione alojamiento a título oneroso; a 50 Salarios Mínimo Vital y Móvil por cada extranjero, carente de habilitación migratoria para trabajar, al que se proporcione trabajo u ocupación remunerada; a 100 Salarios Mínimo Vital y Móvil cuando se proporcione trabajo u ocupación remunerada a extranjeros no emancipados o menores de 14 años.

La reincidencia se considera como agravante de la infracción y eleva el monto de la multa impuesta hasta en un 50%.

La DNM mediando petición del infractor que acredite falta de medios suficientes, puede como excepción, mediante disposición fundada, ordenar para el caso concreto una disminución del monto de la multa a imponer o autorizar su pago en cuotas. A tales fines debe meritarse la capacidad económica del infractor y la posible reincidencia que pudiera registrar en la materia. La multa no puede ser inferior a 2 Salarios Mínimos Vital y Móvil.

La graduación de las sanciones debe efectuarse de acuerdo con la naturaleza de la infracción, la persona, antecedentes en la materia y en caso de reincidencia, las mismas se impondrán de manera acumulativa y progresiva.

7.2 Responsabilidad de los medios de transporte internacional¹¹¹

El capitán, comandante, armador, propietario, encargado o responsable de todo medio de transporte de personas, para o desde la República, ya sea marítimo, fluvial, aéreo o terrestre, y las compañías, empresas o agencias propietarias, explotadoras o consignatarias de un medio de transporte son responsables solidariamente de la conducción y transporte de pasajeros y tripulantes en condiciones reglamentarias.

De igual manera son responsables por el cuidado y custodia de los pasajeros y tripulantes, hasta que hayan pasado el examen de contralor migratorio y hayan ingresado en la República, o verificada la documentación al egresar.

Al rehusar la autoridad migratoria el ingreso de cualquier persona, el capitán, comandante, armador, propietario, encargado o responsable del medio de transporte y de las compañías, empresas o agencias, quedan obligados a reconducirla a su país de origen o procedencia, o fuera del territorio de la República en el medio de transporte en que llegó, o en caso de imposibilidad, en otro medio dentro del plazo perentorio que se le fije, siendo a su cargo los gastos que ello ocasione.

El capitán, comandante, armador, propietario, encargado o responsable de un medio de transporte de personas al país, o desde el mismo o en el mismo, ya sea marítimo, fluvial, aéreo o terrestre, o la compañía, empresa o agencia propietaria, consignataria, explotadora o responsable, quedan obligados solidariamente a transportar a su cargo, en el plazo que se le fije, fuera del territorio argentino, o hasta el lugar de frontera, a todo extranjero cuya expulsión resuelva y su transporte disponga la autoridad migratoria, de conformidad con lo establecido en la ley migratoria¹¹².

¹¹¹ La regulación surge de los arts. 38 a 50 de la ley migratoria.

¹¹² De conformidad a lo establecido en los arts. 43 y 44 (que junto a las obligaciones de los arts. 40 y 41 son consideradas como carga pública), la carga establecida se limitará a:

a) 1 plaza por viaje, cuando la capacidad del medio de transporte no exceda de 50 plazas en los medios internacionales aéreos, marítimos, fluviales o terrestres y en los de carácter interno, cuando la capacidad no exceda de 30 plazas;

b) 2 plazas cuando la capacidad del medio de transporte fuera superior a la indicada precedentemente;

c) cuando la expulsión se motivara en fallas en la documentación de ingreso del extranjero detectadas al momento de controlar el mismo y debiera efectivizarse con custodia, la empresa de transporte utilizada

Exclusiones

La regulación así establecida no resulta aplicable a los extranjeros que soliciten refugio o asilo en el país; en estos casos, la obligación para las personas que describen los artículos 40 y 41 se limita a dar cuenta de inmediato de tal situación a la autoridad con competencia en materia de refugio y asilo.

Sanciones

El incumplimiento de las obligaciones impuestas a los medios de transporte internacional, da motivo a que la DNM disponga las sanciones¹¹³ correspondientes, así establecidas:

- multa¹¹⁴ cuyo monto será de hasta el triple de la tarifa en el medio de transporte utilizado desde el punto de origen hasta el punto de destino en territorio nacional, al valor vigente al momento de la imposición de la multa. Las multas no pueden ser inferiores al equivalente a 1.219 litros de gasoil al precio subsidiado para transportistas o en ausencia de éste al más bajo del mercado para consumidor particular al día de la imposición de la multa; ni superiores al equivalente a 30.487 litros de gasoil al precio subsidiado para transportistas o en ausencia de éste al más bajo del mercado para consumidor particular al día de la imposición de la multa;
- interdicción provisoria de salida del territorio nacional, espacio aéreo o aguas jurisdiccionales argentinas, del medio de transporte correspondiente. La misma se hará efectiva por medio de la Policía Migratoria Auxiliar o por la Autoridad Nacional con jurisdicción sobre el transporte;
- cauciones reales en efectivo o documentarias, a las empresas, compañías o agencias propietarias, consignatarias, explotadoras o responsables de cualquier medio de transporte, en garantía del cumplimiento de las obligaciones de reconducir o transportar que se dicten en virtud de lo dispuesto por la ley migratoria.

8. Los argentinos en el exterior, sus derechos laborales y de la seguridad social. Reciprocidad

El gobierno de la República Argentina puede suscribir convenios con los Estados en los que residan emigrantes argentinos para asegurarles la igualdad o asimilación de los derechos laborales y de seguridad social que rijan en el país receptor. Dichos tratados deben garantizar a los emigrantes la posibilidad de efectuar remesas de fondos para el sostenimiento de sus familiares en nuestro país.

De otro costado, se faculta al Poder Ejecutivo a suspender los beneficios otorgados respecto de los súbditos de aquellos países que tengan establecidas

para el ingreso deberá hacerse cargo de los pasajes de ida y vuelta del personal de custodia y de los viáticos que le correspondieran.

El límite de plazas establecido no rige cuando las personas a transportar:

- a) integren un grupo familiar;
- b) deban ser transportadas por la misma compañía a la cual pertenece el medio en el que ingresaron;
- c) sean de la nacionalidad del país de bandera o matrícula del medio en que se efectuará el transporte.

¹¹³ Establecidas en los arts. 46, 48 y 49 de la ley migratoria.

¹¹⁴ La mencionada sanción se impone solidariamente al capitán, comandante, armador, propietario, encargado o responsable del medio de transporte y a la compañía, empresa o agencia propietaria, explotadora, consignataria o responsable del mismo (conf. art. 47, ley migratoria).

restricciones para los ciudadanos argentinos allí residentes, que afecten gravemente el *principio de reciprocidad*¹¹⁵.

9. Impedimentos para el ingreso y permanencia de los extranjeros

Son causas que impiden el ingreso y permanencia de extranjeros al territorio nacional¹¹⁶:

- la presentación ante la autoridad de documentación nacional o extranjera material o ideológicamente falsa o adulterada. El hecho se sanciona con una prohibición de reingreso por un lapso mínimo de 5 años;
- tener prohibido el ingreso, haber sido objeto de medidas de expulsión o de prohibición de reingreso, hasta tanto las mismas no hayan sido revocadas o se hubiese cumplido el plazo impuesto al efecto;
- haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de 3 años o más;
- haber incurrido o participado en actos de gobierno o de otro tipo, que constituyan genocidio, crímenes de guerra, actos de terrorismo o delitos de lesa humanidad y de todo otro acto susceptible de ser juzgado por el Tribunal Penal Internacional;
- tener antecedentes por actividades terroristas o por pertenecer a organizaciones nacional o internacionalmente reconocidas como imputadas de acciones susceptibles de ser juzgadas por el Tribunal Penal Internacional o por la ley 23.077 de Defensa de la Democracia;
- haber sido condenado en la Argentina o tener antecedentes por promover o facilitar, con fines de lucro, el ingreso, la permanencia o el egreso ilegales de extranjeros en el territorio nacional;
- haber sido condenado en la Argentina o tener antecedentes por haber presentado documentación material o ideológicamente falsa, para obtener para sí o para un tercero un beneficio migratorio;
- promover la prostitución; lucrar con ello; haber sido condenado o tener antecedentes, en la Argentina o en el exterior por haber promovido la prostitución; por lucrar con ello o por desarrollar actividades relacionadas con el tráfico o la explotación sexual de personas;
- intentar ingresar o haber ingresado al territorio nacional eludiendo el control migratorio o por lugar o en horario no habilitados al efecto;
- constatarse la existencia de alguno de los impedimentos de radicación establecidos en la ley migratoria;
- el incumplimiento de los requisitos exigidos por la ley migratoria.

En el primer supuesto, el Gobierno Federal se reserva la facultad de juzgar a la persona en la República cuando el hecho pueda relacionarse con cuestiones relativas a la seguridad del Estado, a la cooperación internacional o resulte posible vincular al mismo o a los hechos que se le imputen con otras investigaciones sustanciadas en el territorio nacional.

¹¹⁵ Art. 102, ley migratoria.

¹¹⁶ Art. 29, ley migratoria.

10. Delitos al orden migratorio. Penalidades¹¹⁷

Complementando la política migratoria argentina, se tipifica como delito migratorio el tráfico ilegal de personas¹¹⁸, la intervención en la permanencia ilegal de extranjeros como asimismo la presentación de documentación falsa al petitionar para terceros de beneficios migratorios. De tal manera, se reprime:

- con prisión o reclusión de 1 a 6 años el que *realizare, promoviere o facilitare el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a la República Argentina*;
- con prisión o reclusión de 1^a 6 años el que *promoviere o facilitare la permanencia ilegal de extranjeros en el territorio de la República Argentina con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio*; con la misma pena, a quien *mediante la presentación de documentación material o ideológicamente falsa peticione para un tercero algún tipo de beneficio migratorio*.

Agravantes

Con penas agravantes se reprime:

¹¹⁷ La regulación normativa contenida en los arts. 116 a 121 de la ley migratoria fue objeto de modificación por la ley 26.364 (B.O. 30/4/2008) de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas, que a su vez modificó el Código Penal Argentino.

Como antecedentes legislativos en la Argentina, vale traer a la memoria que fue de la mano del primer diputado socialista de América Latina, Alfredo Palacios (quien propusiera una reforma del Código Penal para reprimir la rufianería con todo el rigor posible) que en nuestro país se tipificó la trata de personas, aunque no llamada así en aquella época. Recordemos el contexto histórico: año 1913, en un marco internacional de muchísima convulsión, que derivó en la Primera Guerra Mundial. En Buenos Aires, ciudad-puerto, se traficaba con mujeres (como así también otras mercancías) bajo una organización de verdaderas redes delictivas; las mujeres eran esclavizadas en burdeles cuya expansión fue habilitando grandes negocios ilegales. La única regulación en Buenos Aires la constituía el Reglamento de Prostíbulos de Buenos Aires, de 1875, que prohibía el trabajo en prostíbulos a mujeres menores de 18 años, “salvo que se hubieren entregado a la prostitución con anterioridad”.

El Proyecto de Palacios contemplaba entre 3 y 10 años de cárcel para quien promoviere o facilitare la corrupción o prostitución de mujeres, mayores y menores de edad; se consideraban como coautores reprimibles penalmente los dueños de los prostíbulos. Asimismo, se preveía que las fuerzas de seguridad debían estar disponibles para el control y penalización del tráfico de mujeres, se trataba de argentinos o extranjeros. Luego de la media sanción por la Cámara de Diputados el día 23 de septiembre de 1913 (hoy Día Internacional contra la Trata de Personas), sólo seis días después, el Senado trató y aprobó el Proyecto sin modificaciones, quedando la Argentina como un país de vanguardia en la protección de los derechos humanos, especialmente, los derechos de las víctimas de delitos sexuales y de esclavitud. Así surgió lo que se conoció como la “Ley Palacios” cuyo objetivo era erradicar la trata de mujeres en prostíbulos locales. Desde esa fecha, hasta la sanción de la mencionada ley 26.364 transcurrió casi un siglo.

Como dato relevante, es útil contabilizar que recientemente, las comisiones de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y de Legislación Penal de la Cámara de Diputados de la Nación están tratando modificaciones para introducir a la ley 26.364. El eje principal de la discusión, observado con especial atención por los representantes de las organizaciones de la lucha contra la trata y de derechos humanos, gira en torno a la necesidad de eliminación de las diferencias que la norma penal realiza entre víctimas menores y mayores de 18 años. Lo que se intenta es suprimir la exigencia de probar que la víctima de trata mayor de 18 años no prestó su consentimiento partiendo de considerar que ninguna persona libre puede asentir su propia esclavitud. Otro tópico a considerar en la reforma es la cuantía de las penas asignadas al delito, que se consideran leves atendiendo a que se está presencia de violación de los derechos humanos de las personas.

¹¹⁸ Se entiende por tráfico ilegal de personas, la acción de realizar, promover o facilitar el cruce ilegal de personas, por los límites fronterizos nacionales con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio (conf. art. 116 segunda parte).

- con prisión o reclusión de 2 a 8 años a quien *realice las conductas descriptas precedentemente empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de la necesidad o inexperiencia de la víctima*;
- con prisión o reclusión de 3 a 10 años cuando se verifiquen algunas de las siguientes circunstancias:
 - a) si se hiciere de ello una actividad habitual;
 - b) interviniera en el hecho un funcionario o empleado público en ejercicio o en ocasión de sus funciones o con abuso de su cargo. En este caso se impondrá también inhabilitación absoluta perpetua para ejercer cargos públicos;
- con prisión o reclusión de 5 a 15 años cuando *se hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de los migrantes o cuando la víctima sea menor de edad*;
- con prisión o reclusión de 8 a 20 años cuando *el tráfico de personas se hubiere efectuado con el objeto de cometer actos de terrorismo, actividades de narcotráfico o lavado de dinero*.

La tipificación delictiva en el Código Penal Argentino

El delito específico “trata de personas”¹¹⁹ se encuentra sistematizado en el Título V del citado cuerpo legal bajo la leyenda “Delitos contra la libertad” en los arts. 145 bis¹²⁰ y 145 ter¹²¹. Esta nueva figura incorporada al Código Penal por la ley 26.364,

¹¹⁹ Se distingue la *trata de mayores de 18 años de la de menores a dicha edad*, restringiéndose los recaudos fácticos tipificantes en el segundo caso.

Se entiende por *trata de mayores la captación*, el transporte y/o traslado -ya sea dentro del país, desde o hacia el exterior-, la acogida o la recepción de personas mayores de 18 años de edad, *con fines de explotación*, cuando mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima, aun cuando existiere asentimiento de ésta (art. 2, ley 26.364)

Se entiende por *trata de menores* el ofrecimiento, la captación, el transporte y/o traslado -ya sea dentro del país, desde o hacia el exterior-, la acogida o la recepción de personas menores de 18 años de edad, *con fines de explotación*.

Expresamente se prevé que la mentada tipificación tiene lugar aun cuando no mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.

También se le niega efectos liberatorios al asentimiento de la víctima, tratándose de menores de 18 años (art. 3, ley 26.364).

¹²⁰ Artículo 145 bis: El que capture, transportare o trasladare, dentro del país o desde o hacia el exterior, acogiere o recibiere personas mayores de dieciocho años de edad, cuando mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima, con fines de explotación, será reprimido con prisión de TRES (3) a SEIS (6) años.

La pena se agrava de CUATRO (4) a DIEZ (10) años de prisión cuando:

1. El autor fuere ascendiente, cónyuge, afín en línea recta, hermano, tutor, persona conviviente, curador, encargado de la educación o guarda, ministro de algún culto reconocido o no, o funcionario público;
2. El hecho fuere cometido por TRES (3) o más personas en forma organizada;
3. Las víctimas fueren TRES (3) o más.

¹²¹ Artículo 145 ter: El que ofreciere, capture, transportare o trasladare, dentro del país o desde o hacia el exterior, acogiere o recibiere personas menores de DIECIOCHO (18) años de edad, con fines de explotación, será reprimido con prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años.

La pena será de SEIS (6) a QUINCE (15) años de prisión cuando la víctima fuere menor de TRECE (13) años.

En cualquiera de los supuestos anteriores, la pena se agrava de DIEZ (10) a QUINCE (15) años de prisión, cuando:

tiene especificaciones claras y su finalidad es la protección a la libertad en sus distintas manifestaciones. Por ello es que se incorpora en el título de los delitos contra la libertad, siendo este el bien jurídico protegido. El primero de ellos (art. 145 bis) regula la trata de personas mayores de 18 años de edad con sus agravantes, en tanto que el segundo (art. 145ter) contempla la trata de personas menores de 18 años, también con sus respectivos agravantes. Como diferencia relevante en la tipificación contenida en la ley migratoria y en el Código Penal se advierte la *finalidad del autor*; en el primer caso, es la “obtención directa o indirecta de un beneficio” salvo para quien presente documentación falsa a fin de que un tercero obtenga un beneficio migratorio, hecho para el cual no se requiere más que el *beneficio para el tercero*. En el Código Penal, la finalidad punible es la “*explotación*”, la que se considera configurada en cualquiera de los siguientes supuestos¹²²:

- a) cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre o se la sometiere a prácticas análogas;
- b) cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados;
- c) cuando se promoviere, facilitare, desarrollare o se obtuviere provecho de cualquier forma de comercio sexual;
- d) cuando se practicare extracción ilícita de órganos o tejidos humanos.

VIII. A modo de conclusiones, para seguir pensando

1. Asistimos a *un cambio de paradigma*, donde el DIDH pasa a ocupar un rol fundamental, de mayor primacía y jerarquía que el que detenta el “derecho positivo” derivado del poder soberano del Estado Nación, y donde éste debe sujetarse a aquél.

Lo expresado determina que el *hombre* pase a ser el eje de todas las cosas y de todas las variables, porque es un valor en sí mismo, cualquiera sea su condición, su color de piel, su nacionalidad, su nivel cultural y socioeconómico, su religión, etc. Resurge el *Humanismo*, en desmedro del Estado, para prohiar el respeto esencial a los derechos humanos fundamentales.

2. La primacía del DIDH conlleva la conformación de un nuevo “*contrato social a nivel universal*”, donde se supera la versión contractualista a nivel “nacional” de Jean Jacques Rousseau, por una dimensión que abarca todo el orbe, pues la tecnología y la globalización achican las distancias y nos comunican al instante para saber qué necesita cada cual. Subyace un imperativo ético insoslayable: a esta altura de la civilización, no puede tolerarse la miseria ni la exclusión (pues son contravalores que deben ser desterrados), pudiendo aspirar todo hombre al *derecho a la felicidad*, que no es otro que el *desarrollo en plenitud de las potencialidades de cada ser humano*.

3. Los derechos del trabajador migrante derivan de su condición de persona humana, de persona que trabaja o que procura ejercer su derecho a trabajar, y no de su nacionalidad, ciudadanía o residencia¹²³.

1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima;

2. El autor fuere ascendiente, cónyuge, afín en línea recta, hermano, tutor, persona conviviente, curador, encargado de la educación o guarda, ministro de algún culto reconocido o no, o funcionario público;

3. El hecho fuere cometido por TRES (3) o más personas en forma organizada;

4. Las víctimas fueren TRES (3) o más.

¹²² Conf. art. 4, ley 26.364.

¹²³ En igual sentido, véase Hermida Uriarte, Oscar, “Derecho a migrar y derecho al trabajo”, en *Las migraciones humanas en el Mercosur. Una mirada desde los derechos humanos. Compilación normativa*,

El derecho al trabajo, es un derecho humano fundamental que abarca no sólo el derecho a gozar de condiciones de trabajo dignas y a conservar el empleo, sino que incluye también el derecho de acceder al empleo, en igualdad de condiciones con los nacionales o residentes.

4. Frente al discurso *productivista* (cuyo paradigma es la *eficiencia*), se contrapone el *modelo de la solidaridad* (que tiene como fundamento la preservación de los derechos humanos fundamentales, que arraigan en la *dignidad*). Sin perjuicio de reconocer el esfuerzo superador de las economías más desarrolladas, al mismo tiempo es *preciso defender la equidad*, en un plano de virtual *misericordia ó conmiseración para con los menos favorecidos*. En definitiva, es el tributo que la Humanidad está reclamando a aquellos que lo tienen todo o bastante más, para coadyuvar en alguna medida a paliar con las necesidades de aquellos otros que no tienen casi nada.

La *perspectiva economicista*, impone la libre circulación de los factores de la producción, donde el trabajo humano es una mercancía que está sujeta a las leyes de mercado (oferta y demanda), de lo que resulta que se torne hegemónico el criterio ó el valor de la utilidad.

El modelo de la *seguridad y del control estatal*, prioriza la manifestación de la soberanía, conforme a su legislación interna, dando relevancia al valor “*conveniencia*”.

En cambio, según la perspectiva de los *derechos humanos*, toda persona tiene como derecho fundamental el *derecho a trabajar*, de lo que resulta que el valor predominante es la *dignidad humana*, lo que implica comprometerse con el *prójimo próximo*, con “*el otro*”, aunque no sea nacional. *Dignidad* por ser persona; *Igualdad* por pertenecer a la misma especie; y *NO discriminación* como correlato ineludible de la igualdad.

5. En el marco de *soluciones a dispensar* a la cuestión de los migrantes irregulares y la obligación de los Estados receptores de hacerse cargo de los gastos de educación, salud, etc. se encuentra la aplicación del *sistema de “compensaciones” entre Estados*, deducción mediante de lo que en concepto de “multas” se recaude de los empleadores o dadores de trabajo por haber empleado a inmigrantes indocumentados. El reembolso de la contraprestación respectiva, podría implementarse a nivel de cada una de las Cancillerías de los países involucrados.

Si el Estado de origen no tuviera fondos ó careciera de la posibilidad financiera de cubrir los gastos de cobertura de sus nacionales migrantes, podría implementarse un *Fondo de Cooperación Social Internacional, a nivel regional y/o hemisférico*, para cubrir tales contingencias, el que debiera ser solventado por la solidaridad internacional de los países más desarrollados.

6. Así como está establecido internamente el principio del “*orden público laboral*”, de igual modo es plausible que rija un postulado de “*orden público internacional económico y social*” que desemboca en la conformación del “*orden público internacional de la humanidad*”, que ha sido recogido por el DIDH.

7. Los mismos principios que orientan el Derecho del Trabajo y sus postulados protectorios a favor de los sujetos más débiles y expuestos, tienen su correlato internacional para aminorar las desigualdades y asimetrías existentes entre los países ricos y pobres, en el marco de un nuevo modelo más equitativo y más ecuánime que permita extender los beneficios del desarrollo a toda la humanidad.

8. La *necesidad de la cooperación internacional de los países más desarrollados*, reclama extender los beneficios de la “*globalización económica*” a la “*globalización*

social” para revertir las vergonzantes condiciones de hambre é inequidad a la que siguen sujetos millones de seres humanos.

En suma, se trata de un *nuevo pacto de convivencia y de asociación*, donde los lazos que vinculan a los hombres entre sí estén presididos por *la solidaridad y la fraternidad*.

Desde la óptica de la *magnanimidad*, variable superadora de las perspectivas *economicista* (signada por el *individualismo utilitario*) y *de la regulación estatal* (caracterizada por el *control social soberano*), es posible lograr la reducción de la pobreza y la exclusión social, siempre y cuando sea ejercida con prudencia y ponderación, para evitar los abusos y el aprovechamiento del esfuerzo ajeno.