

El Estado de Derecho y la Migración como Derecho Fundamental: Correlaciones
con el Derecho a la Identidad Cultural de las Sociedades
María Mercedes Buongermini Palumbo

Índice:

Introducción.....	3
1. La migración en el contexto de a Soberanía y la Globalización.....	3
2. El Derecho a la Migración.....	6
3. El Derecho a la Identidad Cultural.....	12
4. Las tensiones entre derecho a migrar y derecho a la identidad cultural..	13
5. El migrante y la integración: entre la asimilación y el transnacionalismo	14
Conclusiones.....	16

Bibliografía

Introducción

La Asamblea General de las Naciones Unidas ha reconocido que la migración es un fenómeno en creciente auge y que los migrantes son un grupo particularmente vulnerable y sujeto a discriminación. En el preámbulo de su resolución 60/169, relativa a la protección de los migrantes, la Asamblea enumeraba muchas de las causas subyacentes de esta vulnerabilidad¹. Las observaciones nivel internacional y regional indican que, por lo menos a corto plazo, la migración tenderá a seguir aumentando.

En cuanto a nuestro país compete, el Paraguay es uno de los países con mayor flujo migratorio –proporcionalmente a su población– de América Latina. El 12% de su población proviene de la inmigración extranjera y un porcentaje similar ha emigrado al exterior, todo ello sin considerar el desplazamiento estacional². En el conjunto de la migración intrarregional alrededor de 1990, los emigrantes chilenos y paraguayos, compartían el segundo lugar entre los emigrantes intralatinoamericanos³. A pesar de esta realidad, la visibilización de este fenómeno, y de las cuestiones y problemas que plantea, no ha sido mucha. Es recién ahora, en razón del sensible aumento de la población nacional residente en el extranjero, y en vistas de las políticas de gobernabilidad que los países receptores vienen aplicando o a las cuales adscriben, que esta temática se ha instalado en el debate nacional con mayor énfasis.

Por su parte, el derecho a la identidad y a la autodeterminación cultural de los pueblos es también un derecho humano que plantea numerosas interrogantes, especialmente en cuanto vinculado a la migración. La posible tensión que entre estos dos derechos se puede producir, agravada por otros elementos en discordia, como el binomio soberanía y globalización, así como la potencial resolución de dicho dilema será objeto de análisis en este trabajo.

1. La migración en el contexto de a Soberanía y la Globalización.

La migración es un fenómeno no solo muy extendido⁴, sino que además constituye uno de los más complejos y conflictivos de la actualidad⁵. Los flujos de migración se superponen –causal y

¹ “Consciente de que el número de migrantes es cada vez mayor en todo el mundo, y teniendo presente la situación de vulnerabilidad en que pueden encontrarse los migrantes y los familiares que los acompañan cuando están fuera de sus Estados de origen debido, entre otras cosas, a las dificultades que enfrentan a causa de su discriminación en la sociedad, las diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen, especialmente en el caso de los migrantes indocumentados o en situación irregular...”.

²OIM/UNFPA, Paraguay, un País de Migrantes, Compendio temático N°1, 2003

³ Proyecto IMILA de CELADE.

⁴ “There are nearly 200 million international migrants in 2005, counting only those who have lived outside their country for more than one year and including 9.2 million refugees • 1 in 35 people is an international migrant; or 3% of the world’s population. Numbers are increasing rapidly: from 82 million international migrants in 1970 through 175 million in 2000 to nearly 200 million today GCIM” (Global Commission on International Migration) (2005), *Migration in an interconnected world: new directions for action*, Report of the Global Commission on International Migration, www.gcim.org.

⁵GCIM Report (2005), pág. 92.

también consecuentemente— con otros flujos: los económicos, culturales, ideológicos, tecnológicos⁶. La conjunción de esos flujos en un todo centrípeto es lo que se ha dado en llamar globalización. La globalización importa una dinámica de movimiento constante de recursos materiales y simbólicos en la que la referencia espaciotemporal tiende a desaparecer⁷. La globalización es, pues, el macrosistema en el cual la migración tiene lugar y a cuyos condicionantes no es ajena. Veremos más adelante cómo actúan éstos.

La soberanía, por su parte, como poder dimanante del Estado, ha sido vista como la base fundamental —a la vez que justificación ontológica y jurídica— para el actuar del mismo en las esferas en que ella aplica (territorio, población, etc.). Es ella la que define la distinción entre ciertas categorías: nacional/extranjero, ciudadano/no ciudadano; que a la par que jurídicas son también la expresión de un modo de comprender y definir la realidad, esto es, sociológicas y filoideológicas⁸.

Como quiera que sea, hoy día se reconoce el derecho de los países a hacer estos distingos. Ahora bien, se corresponde el concepto de soberanía con el derecho de cada estado de determinar los derechos de los individuos a según dichas categorías? Aunque aparentemente parezca obvia o superflua, no es ésta una cuestión que obtiene —ni ha obtenido— una respuesta unívoca. De una parte se encuentran quienes sostienen que una organización política efectiva en cuanto a la aplicación de principios/reglas de justicia conmutativa o distributiva está basada en el presupuesto de que los detentadores de derechos son sólo los ciudadanos del estado en que se lleve a cabo tal articulación, y que ella tendrá lugar solo dentro de las fronteras. Esta postura desconoce la realidad de un sistema social, político y económico que trasciende las fronteras; y por ende la validez y eficacia del derecho de gentes. De otra parte está la posición que mantiene la existencia de un derecho inherente al hombre como tal, independientemente de contingencias y accidentes cualesquiera —incluidos la ciudadanía, el territorio y, su sustento, la soberanía— los cuales son tan solo circunstanciales.

Si bien el concierto de naciones se ha decantado —en teoría— por la segunda postura, con la adopción de convenios, declaraciones, tratados y otros instrumentos normativos multilaterales y autógenos, la realidad es que en el orbe de la soberanía territorial de cada estado subsiste la dualidad normativa —y con ella la constelación de deberes y derechos— que se aplica a los

⁶Appadurai, Arjun, *Modernity at large. Cultural dimensions of globalization*, Minneapolis and London, University of Minnesota Press., 1996

⁷Giddens, Antony, *The Consequences of Modernity*, Cambridge, Polity Press, 1991

⁸Algunos autores han abordado el problema de la significación ético-jurídica de las fronteras, con diversa conclusión: “This may explain further why at present obligations to follow citizens are stronger than duties to persons in other countries. [...] The other part of the explanation is the fact that those deprived in our society are so partly because of the operation of the social and economic system that we help to maintain. Our responsibility for their deprivation, like our contribution to their welfare, is more direct” (Alan H. Goldman *The Moral Significance of National Boundaries, Midwest Studies in Philosophy* VII, 1982, pp. 437-53)

propios y a los *alienos*. Esto plantea numerosas interrogantes y abre espacios de tensión no sólo entre el discurso y la praxis, sino aún entre las entelequias del propio discurso.

Uno de los ejemplos más clásicos de estas tensiones las encontramos en el binomio soberanía y globalización. La aparición de conceptos como la supranacionalidad pareciera que ha abierto una vía de conjugación de estos factores, la cual aparenta no solo estar presente en el discurso, sino que –y también– se ha patentizado o “encarnado” en la realidad, con la creación de entidades políticosociales como las que surgen de procesos de integración (UE, COMMONWEALTH, etc.); pero muy bien se ha señalado también que este hecho responde a una reconfiguración parcial, selectiva y estratégica de la territorialidad y la soberanía, que se circunscribe solo a una cierta pluralidad de ámbitos institucionales⁹.

Hemos dicho que la migración se da en el marco de la globalización y es uno de los fenómenos asociados causal y también consecuentemente con ella. No debe sorprender, pues, que las tensiones aludidas se reflejen igualmente en aquélla. La principal fuente de estas tensiones se manifiesta en el derecho soberano de los Estados para controlar y regular la admisión, permanencia y tránsito de extranjeros en sus respectivos territorios, versus las necesidades de movilidad que manifiestan crecientes contingentes de población, así como los derechos que los estados reconocen efectivamente a los migrantes, con prescindencia de las declaraciones auto y plurinormativas que han emitido.

Es un principio del Derecho Internacional que el reconocimiento de los derechos humanos no es contingente, así como tampoco lo es su articulación efectiva. Muy pocos países parecen estar en desacuerdo –formalmente– con esta premisa. No obstante en la praxis –y especialmente en ciertos fenómenos, como el de migración– tal efectivización parece estar lejana. Existe un consenso general de que la población migrante es una población vulnerable en términos de respeto de sus derechos fundamentales, y ello tanto en el país receptor como en el de origen. En efecto, dicha población se enfrenta a asimetrías de facto (económicas, culturales), producto de la dinámica de las relaciones¹⁰ entre los polos –nacional-ciudadano/extranjero–, asimetrías éstas que siempre o casi siempre se vuelcan en asimetrías estructurales, cuando el estado receptor consiente pasivamente la asimetría o cuando proactivamente la consagra¹¹.

⁹ Sassen, Saskia, *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, Bellaterra, Barcelona, 2001, pág 46

¹⁰ *Gemeinter Sinn* o significado sentido y compartido intersubjetivamente por los miembros de la misma comunidad en calidad de agentes de interacciones sociales estructuradas, en el modelo de Max Weber (Grundriss der Sozialökonomie, III Abteilung, Wirtschaft und Gesellschaft, Verlag Von J.C.V. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1925

¹¹ Chueca Sancho, Ángel G., *Ius migrandi y el derecho humano al desarrollo*, *Eikasia. Revista de Filosofía*, II 8 enero 2007, pág. 191. <http://www.revistadefilosofia.org>

La vulnerabilidad, tanto de facto como de *iure* es desarticulada merced al empoderamiento. Éste transita por muchas vías, una de las cuales es la propuesta por la consagración –y efectiva vigencia– de los derechos humanos.

Es aquí que el significado de globalización alcanza otras connotaciones. Los países interactúan en muchos niveles; uno de los más rápidos y fáciles es el de las transacciones comerciales. A efectos de dar seguridad a las mismas, los estados crean normas comunes cuya imperatividad exorbita el ámbito puramente nacional o territorial. Por consiguiente confrontan la necesidad de dotar de eficacia a los instrumentos internacionales –entre los que se cuentan naturalmente los de protección a los DDHH. Al asumir el respeto de éstos, se sujetan a ciertas reglas en su actuar interno¹²

Si bien la distinción entre la coactividad normativa de unos y de otros no es posible desde un punto de vista formal, la eficacia material de unos y otros es tratada de modo diferente, según los intereses y prioridades de cada país.

Una característica de la migración es que involucra factores de economía y desarrollo. Los flujos migratorios se dan con mucha mayor envergadura desde los países pobres o en desarrollo hacia los países ricos y desarrollados¹³; estos últimos tienen, muy a menudo, en su agenda de gobernabilidad unas prioridades que no involucran los derechos de las poblaciones en situación de vulnerabilidad, aunque reivindican para sí el acatamiento de los instrumentos que favorecen sus propios intereses económicos transnacionales. La normatividad internacional proviene, así, de un proceso de globalización que deriva del contexto de las relaciones internacionales del país receptor y del país originario, y cuyo respeto efectivo está condicionado por las asimetrías de poder real entre ambos.

2. El Derecho a la Migración

El primer escollo que nos plantea este punto es: ¿existe un derecho humano a la migración?

Como los derechos humanos son solo reconocidos, mas no generados por la normativa internacional, trataremos de dar respuesta a esta interrogante desde un punto de vista puramente especulativo, para después sustentarlo –de ser pertinente– en la esfera de lo normativo.

En la perspectiva histórica ha habido un *ius migrandi*, conceptualizado desde el contexto de la dicotomía ciudadano/extranjero. En el Derecho Romano el estatuto personal definía en

¹²Bustamante, Jorge A., *Migración Internacional y Derechos Humanos*, Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 94, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Universidad Nacional Autónoma de México, DF Méjico, 2002, pág.182; <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/296/pl296.htm>

¹³GCIM Report (2005), pág. 92.

conjunto de los deberes del individuo, y las prerrogativas a las que tenía derecho, principalmente frente a sus pares. El *ius migrandi* permitía a quienes se encontraban excluidos de esta categoría –y sus derechos anejos– ingresar al grado de ciudadanía y acceder a las facultades que ella aparejaba. Fue primeramente una cierta categoría de personas –los latinos *veteres*, con quienes los romanos guardaban mayor identidad cultural– a quienes se otorgó esta facultad, a través del asentamiento o residencia en la ciudad de Roma. En el s. XVI el pensador, teólogo y filósofo, Francisco de Vitoria propugnaba la existencia de un derecho universal a la migración, patrimonio de todo ser humano. Si bien esta tesis, evolución del *ius gentium*, fue, en definitiva, uno de los sustentos filosóficos de la conquista, no se puede desconocer el alcance de la formulación de un derecho con estas características¹⁴ ya en tan remota época.

En el derecho Indiano se esbozó una facultad que permitía la libertad ambulatoria y de asentamiento dentro de los dominios de la Corona Española, pero tal derecho se reconocía solo a los españoles y estaba sujeto a ciertos requisitos, como la ausencia de deudas fiscales¹⁵.

A despecho de estos –y otros– antecedentes, desde la Primera Guerra, y a raíz de las coyunturas de crisis económicas y políticas que se dieron en esa época, se ha considerado como apropiado y congruente con el concepto de soberanía, y de los derechos que ella otorga, la facultad de los Estados de establecer reglas de prohibición general al ingreso de los no nacionales en sus territorios, salvo permisos concedidos de modo individual y excepcional para cada caso.

Hoy día la doctrina es conteste en concebir un derecho a la migración como derecho humano fundamental, universal e inalienable de ir, venir, salir, entrar y radicarse, sujetándose a las leyes del lugar y dedicándose a actividades que allí sean lícitas¹⁶.

¹⁴ “Mas en todas las naciones se considera inhumano, el tratar y recibir mal a los transeúntes y sin justa causa para ello y, por el contrario humano y cortés tratar bien a los extranjeros...” “ El destierro es una pena que está entre las capitales, luego es ilícito desterrar a los extranjeros sin culpa suya”, “ Es práctica de guerra prohibir la entrada en la ciudad o en el territorio a los que se consideran como enemigos y expulsar a los ya residentes. Pero los bárbaros no se hallaban en estado de guerra justa con los españoles, y supuesto que estos no les sean dañosos, no es lícito prohibir a los españoles residir en su patria”, “No sería lícito a los franceses prohibir que los españoles recorrieran Francia y aún establecerse en ella, ni a la inversa, si no redundase en daños de ellos o se les hiciera injusticia...”, *Relectio de Indis, De iure belli Hispanorum in Barbaros relectiones*, R.P. Francisco de Vitoria, O.P., Universidad de Salamanca, 1538, citado por Aguelo Navarro P., *Derechos fundamentales y extranjería. El derecho humano a migrar y establecerse pacíficamente*, Rev. Abogacía Española, N° 27, Nueva Epoca, Oct – Dic. 2003, p. 35 y ss.

¹⁵ Dougnac Rodríguez, A., *Manual de historia del derecho indiano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ed. UNAM. México. 1994, p. 386.

¹⁶ Peña Lorenzo, *El derecho del individuo a circular libremente y a escoger su residencia*, La Balsa de la Medusa N° 21, Madrid, 1992, pp. 3-25.

El fundamento de este derecho se halla en el derecho humano sustancial de vivir, de desarrollar la propia existencia en el contexto natural y social que parezca adecuado o propicio, participando equitativamente en el bien común y contribuyendo al mismo. Se trata del derecho a la vida y a formar parte de un grupo, de “consociarse” y perseguir la propia subsistencia, el propio bienestar. La migración ha pertenecido al bagaje de herramientas de evolución de la humanidad, desde sus orígenes. Lo atestiguan así un sinnúmero de investigaciones paleontológicas, arqueológicas y antropológicas.

Otro fundamento radica en el derecho de los grupos humanos a la prosperidad, íntimamente vinculado con el anterior, es decir el derecho al desarrollo. La humanidad –y esto es, cada ser humano concreto– tiene derecho a la mejor posible forma de vida, a la convivencia, a la prosperidad, a la seguridad, y a la perspectiva de un futuro.

Así enunciado, ¿cuál sería, pues, el contenido de este derecho? Con prescindencia de la formulación del mismo en instrumentos internacionales, el derecho a la migración no se agota en el libre tránsito, ni se circunscribe a una facultad ambulatoria independientemente de las limitaciones de soberanía y fronteras. La migración tiene una dimensión antropológica, pero también una dimensión social, política, económica, cultural e incluso ecológica. Estas dimensiones, sobre todo la cultural y de desarrollo, no pueden pasar desapercibidas, puesto que el desarrollo no se produce ajeno a la cultura, sino imbricado en ella; la migración plantea cambios en la continuidad cultural, renovándola y alimentando el desarrollo.

Así pues, existe un derecho a la migración que comporta el derecho de tránsito libre, de asentamiento y trabajo, de desarrollo y de interacción e integración cultural.

Este derecho ha sido recogido normativamente en un sinnúmero de instrumentos¹⁷. A nivel interno, el Paraguay ha consagrado en su carta fundamental el derecho al libre tránsito y la residencia¹⁸, pero el derecho a la migración¹⁹ como tal no aparece explícito –salvo el fomento a la migración interna en la reforma agraria¹⁹–, y sí, por otra parte, el derecho del Estado a regular el flujo migratorio, facultad que está cuando menos referida a los convenios internacionales sobre la materia. Otras normas constitucionales relevantes son el derecho al trabajo, que se reconoce a “todos los habitantes”, esto es, sin distinción de nacionalidad, empero estableciendo preferencias para los connacionales en las políticas de pleno empleo²⁰.

¹⁷ Que se refieren propiamente a migración y sin contar los que aluden a Tráfico, Trata, Asilo y otras manifestaciones “disfuncionales” relacionadas con ella

¹⁸ Art. 41, Constitución Nacional

¹⁹ Art. 114 y 115 Constitución Nacional

²⁰ Art 86 y 87 Constitución Nacional

La reglamentación legislativa se encuentra en la Ley 978/96 y sus modificaciones, que en apariencia establece la igualdad de derechos entre nacionales y migrantes residentes, pero con la salvaguarda de las excepciones que prevean la Constitución y otras normas legales²¹.

A nivel de integración regional tenemos el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile, del 2002, que reconoce la libertad de circulación, de residencia, de acceso a actividades lícitas y a los mismos derechos y libertades civiles, sociales, económicas y culturales que los nacionales²². Y también la Declaración de Santiago sobre Principios Migratorios de 2004.

A nivel OEA no existe una referencia específica al derecho a la migración, si bien cuenta con instrumentos propios de protección de los derechos humanos vinculados a ella. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o Protocolo de San Salvador. En estos instrumentos también se reconoce el derecho al desarrollo, que subyace en la fundamentación del derecho a la migración. En la Resolución relativa a los Derechos Humanos de Todos los Trabajadores Migratorios y los Miembros de sus Familias²³, se insta a los países a firmar y ratificar los instrumentos americanos de derechos humanos, así como la convención de las Naciones Unidas para los trabajadores migrantes, y a proveer medidas que garanticen los derechos de todos los trabajadores migratorios. La problemática de la migración internacional comenzó a formar parte de los informes anuales de la CIDH desde 1996, especialmente en lo que se refiere a los derechos humanos, indagando respecto de las condiciones de la migración y de los trabajadores migrantes²⁴, y fue materia de opiniones consultivas por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se expresaron en el sentido de la defensa de ésta como derecho humano fundamental, que involucra el desarrollo²⁵.

En el proceso de la Cumbre de las Américas, se manifiesta la temática migratoria desde la primera reunión en Miami (1994), principalmente con temas relacionados a la protección de los derechos humanos de los migrantes. En la Cumbre de Mar del Plata (2005) se avanzó en la

²¹ Art 21, Ley 978/96, De Migraciones

²² art. 9, inc. 1

²³ AG/RES. 1928. XXXIII – O/03

²⁴ la mayoría de los países niega la existencia de manifestaciones de intolerancia en contra de trabajadores migratorios, pero, por otro lado, un número significativo de Estados señala que sus nacionales son víctimas de tratos discriminatorios en otros países; la Relatoría de la OEA “constata con preocupación que la gran mayoría de los países cuenta con una legislación poco efectiva que no prodiga real protección a los trabajadores migratorios y sus familias, un grupo que por su vulnerabilidad estructural, necesita que los Estados colaboren...”; <http://www.cidh.org/que.htm>

²⁵ Opiniones consultivas OC-16/99 y OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

adopción de compromisos que se incluyen en la declaración final. En su texto se enfatiza la necesidad de proteger los derechos de los migrantes y observar las normativas laborales que les aplican, como la Declaración de la OIT sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo.

La VI Conferencia Sudamericana Sobre Migraciones exhorta a la comunidad internacional a trabajar en políticas migratorias, fundamentadas en la dimensión ética del respeto de los derechos humanos, y orientadas al desarrollo integral de los individuos y sus sociedades²⁶.

Por su parte, la Conferencia Iberoamericana, en la XV Cumbre de Salamanca (octubre del 2005) apoyó expresamente el reconocimiento de la plena vigencia y el compromiso con los propósitos y principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas, poniendo de relieve el carácter global, intenso, diverso y complejo de las migraciones, su influencia en la configuración política, económica, social y cultural de los países, y admitiendo los desafíos que plantea en materia de desarrollo, integración y reconocimiento de la diversidad.

El Encuentro Iberoamericano sobre Migraciones, del 2006, se propuso fortalecer el espacio iberoamericano, con el intercambio de experiencias sobre la migración internacional, y la identificación y promoción de mejores prácticas de gobernabilidad migratoria.

La XVI Cumbre Iberoamericana de Montevideo, 2006, escogió la migración como tema central y decidió impulsar la materialización del Compromiso de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo, resultado de dicha cumbre. En éste se establece la multilateralidad como fórmula general de tratamiento al fenómeno, rechazando toda acción unilateral.

La ONU cuenta también con numerosos instrumentos en los que este derecho es referenciado. En su carta fundacional la Declaración Universal de Derechos Humanos, enuncia el principio fundamental de no discriminación²⁷, así como el derecho de toda persona a salir de cualquier país y a regresar a su país²⁸. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos repite estos derechos y desarrolla su contenido²⁹; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estipula que los países en desarrollo podrán determinar en qué medida los estados garantizarán los derechos económicos reconocidos en el Pacto, a personas que no sean nacionales suyos³⁰, e impone a las medidas coercitivas de expulsión el deber de estar

²⁶Sexta Conferencia Sudamericana Sobre Migraciones, Declaración De Asunción, 2006

²⁷ Art 2

²⁸ Art 13

²⁹ Art. 2 impone garantizar que los derechos proclamados sean ejercidos sin discriminación alguna, incluso por el origen nacional y art 13 de la libertad de circulación

³⁰Art. 2 (3)

conformes con la ley y de poder ser revisadas por autoridad competente³¹. De igual modo estos instrumentos reconocen el derecho humano al desarrollo, basamento del de migración.

De mayor relevancia para el abordaje del tema es la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la cual proscribe toda discriminación el sentido de distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico³², aunque autoriza a los Estados a establecer preferencias o exclusiones entre ciudadanos y no ciudadanos³³.

El instrumento multilateral normativo –y vinculante– más importante y completo en esta materia es la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CTMF), que se dirige a proteger los derechos humanos de los migrantes.

El tema migratorio ha sido tratado también en el derecho internacional para los refugiados y el asilo, y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

En cuanto al derecho no (o menos) vinculante, este problema fue referido ya en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, del El Cairo, 1994. En el 2003 se creó la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales (GCIM), con el propósito de enfrentar los desafíos de la migración y proporcionar apoyo al proceso en el plano multilateral; por su parte otros órganos internacionales se ha preocupado de las relaciones entre la migración y los Objetivos de Desarrollo del Milenio, como UNFPA y la OIM³⁴. En materia de gobernabilidad de la migración existen tres grandes procesos de alcance mundial que se encuentran en pleno desarrollo: 1) el Diálogo Internacional sobre Migración³⁵; 2) la Iniciativa de Berna, ambos coordinados por la OIM³⁶; y 3) la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales³⁷, instancia independiente que sirve a las Naciones Unidas.

Finalmente en el 61º Período de sesiones de la Asamblea, en octubre de 2006, se llevó a cabo el Diálogo de alto nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo, en el cual se puso de manifiesto que la migración es una problemática creciente, vinculada a la globalización y que

³¹ Art 13

³² Art 1(1) y 3

³³ Art.1 (2)

³⁴ UNFPA, 2005

³⁵ Objetivos: contribuir a un mejor entendimiento de la migración y reforzar los mecanismos de cooperación entre los Estados

³⁶ Cuyo propósito es desarrollar *un marco político sobre migración de alcance internacional* y cuyo principal resultado fue la elaboración de un marco político general no vinculante, la *Agenda Internacional para la Gestión de la Migración* (FOM, 2005)

³⁷ Informe de la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, 2005: *Migration in an interconnected world: new directions for action* (GCIM, 2005). Los Estados son soberanos para determinar la entrada y permanencia en su territorio, pero esta facultad derecho se corresponde con la obligación de proteger los derechos de los migrantes. El proceso de integración de los inmigrantes debe ser fortalecido y debe basarse en el compromiso de *no discriminación* y la *equidad de género*.

involucra a los derechos humanos y al desarrollo, y cuyo enfoque requiere de estrategias multilaterales³⁸.

Todos estos instrumentos de derecho imperativo y no (o menos) imperativo llevan a concluir que, cuando menos declarativamente, el derecho a migrar se ha establecido en el concierto de países. Ahora bien, mientras que la mayoría reconoce un derecho “a migrar”, formulado en abstracto, en concreto ningún país reconoce un derecho a inmigrar, esto es, a ingresar a un territorio determinado (el suyo), a menos, claro está, que se trate de los propios ciudadanos. Esto priva de contenido real al derecho y contradice flagrantemente la plena efectividad de todos los derechos humanos, que es un mandato contenido expresamente en la Declaración Universal sobre Derechos Humanos³⁹.

A pesar de todos los avances formales, los derechos humanos no dan rendida cuenta, pues, de todas las dimensiones de la migración, que se convierte en un asunto controversial y que desafía la construcción de una agenda específica en la comunidad internacional.

3. El Derecho a la Identidad Cultural

Los sujetos que la norma tutela no son abstracciones, sino individuos concretos, personas que se insertan en un contexto histórico y material, que la norma no puede desconocer. Esta inserción no se da de un modo aislado, sino en el marco de un grupo, de una comunidad. Estos procesos comunitarios son procesos de relación social más bien estables, que provocan un sentimiento de co-pertenencia intenso y despliegan una contraposición nítida respecto de otra realidad social reconocida como *altera*. Se produce una cierta irreversibilidad de pertenencia, de imprescindibilidad de las personas que entran en la relación social comunitaria, y en su existencia los individuos dotan de centralidad a esa dimensión de pertenencia. Podemos decir, así, que mediante la relación comunitaria se conquistan determinados bienes humanos existenciales, el individualismo es una vía fenecida en la evolución de la personalidad moderna. Integrarnos en conjuntos estables de acción social, capaces de sobrevivirnos, es un bien moral fundamental. Todo lo que sea un bien moral fundamental para la existencia produce un derecho moral a ello, de modo que existe también un derecho a la comunidad. Pero el derecho moral a una comunidad no exige la radical diferenciación contrapuesta frente a otro grupo, en binomios adversos de un valor sublimado absoluto –a ser preservado o defendido– y de un valor degradado –a ser condenado.

³⁸Resumen del Diálogo de alto nivel sobre migración internacional y desarrollo, A/61/515; <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4552.pdf>

³⁹ Art 28

Por otra parte, debemos recordar que existe una complementariedad entre la esfera de la libertad y la esfera de la igualdad. Ésta se articula de dos modos; por un lado, el reconocimiento de la diferencia produciendo igualdad efectiva, y por el otro el derecho a la tutela de la especificidad.

Así, pues, aunque tradicionalmente la sistemática de los derechos fundamentales se elaboró teniendo en cuenta al individuo, el principio tuitivo de la personalidad puede verse desde la perspectiva que hace referencia no tanto a los individuos singulares cuanto a los grupos en los que éstos se integran; emerge así la caracterización colectiva e histórica de la persona, su condición de miembro de un grupo social mayor que él y dotado de una individualidad relevante, que procede de elementos comunes históricamente consolidados de naturaleza varia (étnica, lingüística, cultural) ⁴⁰.

Se configura de tal modo un derecho a la identidad cultural que es reconocido normativamente en las constituciones⁴¹ y recogido en los instrumentos internacionales⁴², que vincula al individuo a una cultura específica, desarrollada en un tiempo y territorio también específicos. Así ocurre en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –ONU, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador.

A más de los instrumentos citados, este derecho ha sido reconocido tanto directa como referencialmente en otros de rango internacional, a saber, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial –ONU, la Declaración de los Derechos de las Minorías nacionales de 1991 –OSCE, la Convención sobre la prohibición del Comercio de Propiedades Culturales, La Convención para los Trabajadores Migratorios (CTMF)⁴³.

Este derecho a la identidad cultural es propio de todo individuo insertado en un grupo humano, y por lo tanto no puede predicarse sólo respecto de las minorías, ya que ello sería una distinción excluyente contraria al principio de igualdad.

4. Las tensiones entre derecho a migrar y derecho a la identidad cultural

Vista la dimensión comunitaria compleja de lo humano, las relaciones internacionales y la globalización se dan no solo en el marco de lo comercial, sino también –y muy principalmente

⁴⁰Eleonora Ceccherini, El derecho a la Identidad Cultural: Tendencias y Problemas en las Constituciones Recientes, Trad. Neus Torbisco, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2002.

⁴¹ En nuestra Constitución Nacional de la conjunción de los art. 25, 38, 62, 81 y 45

⁴² artículo 27 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos

⁴³ Art. 12, derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión

en la interacción cultural⁴⁴. Desde esta perspectiva se produce un flujo constante de recursos humanos, tanto materiales como inmateriales, es decir, de capital, tecnológicos, humanos, etc., pero también ideológicos y culturales. Ahora bien, tradicionalmente, el Estado-Nación se funda para proteger y salvaguardar los derechos de los connacionales frente a sí mismos, pero en los hechos también ha desarrollado una vigorosa oposición frente al alter, lo otro. La globalización y el intercambio cultural pueden aparecer así como constituyendo una de las principales amenazas a la figura moderna del Estado-Nación, ya que erosiona las fronteras y límites que lo definen. El poder inherente a la soberanía del Estado, y esencial para su autopreservación, es empleado para eliminar la amenaza que supone la presencia de lo extraño, y se dictan normas que la restringen o que al menos la minimizan.

Esta dimensión ha planteado una contradicción: la identidad o especificidad que desconoce el elemento de alteridad. El derecho universal a emigrar entra así en conflicto con el derecho a la preservación de la identidad nacional de un pueblo establemente radicado en un territorio⁴⁵.

Desde luego que el derecho del inmigrante a mantener sus diferencias culturales solo podrá ser posible cuando las sociedades receptoras renuncien a la ideología de la pura y simple asimilación de las comunidades extranjeras, para consentir la cohabitación de comunidades diferentes⁴⁶. Pero se trata de algo más que de mantener las diferencias culturales o preservar la identidad del grupo migrante, que de por sí se presenta como minoritario. Se trata aquí de ver la cuestión del derecho del Estado –o sociedad o grupo– receptor de autopreservar un modo de ser, una identidad cultural, ideológica y convivencial, que considera como correcta o buena y, por ende, esencial a su existencia. Si no se resuelve adecuadamente este dilema, la inmigración no dejará de ser vista como un peligro para la identidad cultural y no podrá ser concebida como una posibilidad de enriquecimiento de la cultura en la cual se produce.

Esta relación entre exclusión social y migración internacional, entre preservación cultural y movilidad humana, ha sido muy poco explorada.

Como toda contradicción en materia de DDHH, cuando dos derechos humanos se contraponen, ninguno puede ser completamente enervado. Siendo todos ellos fundamentales, privilegiar a uno sobre otro, en rangos o jerarquizaciones, está fuera de cuestión. En tales casos, el dilema se resuelve siempre con la armonización de ambos derechos, cediendo cada

⁴⁴ Esto ha sido reconocido recientemente con la creación formal de espacios de interculturalidad, como la iniciativa

⁴⁵ Peña, Lorenzo El Derecho De Extranjería en los Ordenamientos Constitucionales, Isegoría, nº 26, Madrid, 2002, pág. 181-217

⁴⁶ Op. cit, pág 197

cual una cuota de totalidad y buscando un equilibrio. Todo ello plantea, de plano, poner en duda los modelos y concepciones homogéneas de los estados nacionales.

5. El migrante y la integración: entre la asimilación y el transnacionalismo:

El mayor potencial innovador de la modernidad se evidenció en formaciones comunitarias superactivas, cerradas, libres, reflexivas, casi irreversibles. El “otro” es así espiritualmente necesario, se eleva a momento dialéctico en el camino del autoconocimiento y entra en una relación con lo propio que permite superar la autorreferencialidad con que continuamente está amenazada la vida de un grupo (una suerte de endoculturalidad); hay, pues, una especie de “deber” moral o intelectual de que la visión que el “otro” tiene de las cosas afecte la propia visión.

Los conflictos asociados a estos procesos se dan en dos ámbitos: por una parte, la tensión respecto del proceso de integración en la sociedad receptora y, por otra, los desafíos a la noción de homogeneidad del Estado-nación.

La comunidad es siempre una relación espiritual, que permite interpretarla como más o menos abierta a cualquier otro ser humano. Cualquier cultura comunitaria, por tanto, puede ser asimilada. Ahora bien, cuando dos grupos culturales no se enfrentan, sino se reconocen entre sí, se ven a sí mismos ambos como paradigmas diversos de formas de vida apropiada o “correcta”. De esta guisa, no es posible privilegiar un valor, ni idealizar, en una cosmovisión cerrada, una única dimensión del ser humano⁴⁷.

Una personalidad plural, definida de este modo, anclada en diferentes escenarios de relación social, no puede tener una noción unívoca o global de co-pertenencia. No puede entrar en relaciones radicalmente irreversibles, ni con personas completamente insustituibles; se potencia la opcionalidad. Este modo de comunidad no permite una contraposición omnilateral entre un “nosotros” y un “ellos” cerrados⁴⁸. Difícilmente se formaran así conciencias sublimadas, ancladas en la aceptación de un grupo comunitario como soberano de lo correcto o lo bueno.

No obstante esta afirmación que acabamos de hacer, la integración de los grupos culturales migrantes se ha propuesto –y se ha hecho operativa– desde la perspectiva de la asimilación, no desde la perspectiva de la aportación cultural. Ejemplo de ello son los procedimientos que

⁴⁷Villacañas Berlanga, José Luis, El derecho a la identidad cultural: Reconocimiento y Multiculturalismo, Revista Valenciana D'Estudis autonòmics Número 24 - Tercer Trimestre, Valencia, 1998, pág.19

⁴⁸Desde un punto de vista hegeliano se trata de no negar la existencia de toda diferencia entre *nosotros* y *ellos*, sino estar predispuesto a reconocer su carácter histórico y relativo.

los Estados mantienen para la obtención de la pertenencia definitiva al grupo: esto es, la ciudadanía, que abre la aceptación final del individuo a todos los derechos –sin excepción– que ese Estado reconoce y garantiza. Estos procedimientos a menudo prevén la “inspección” cultural o ideológica del solicitante, para determinar su correspondencia con la del Estado receptor, la que es presupuesta como “correcta” o “apropiada” en esa comunidad⁴⁹.

Debemos preguntarnos, ¿cómo afecta esto la perspectiva y proyección vital de la comunidad?. Lo más importante de la esencia comunitaria no es su propia existencia pasada, pues no garantiza por sí misma su propio futuro⁵⁰. La esencia pasada no puede dictarnos el imperativo concreto acerca de cómo se debe interpretar en el presente el legado histórico comunitario. Ningún pasado impone su propia recepción. Una genuina autoconciencia del pasado histórico implicará un estímulo externo a ese mismo legado, estímulo que procede de la complejidad de un presente plagado de alteridades.

Los que propician la asimilación están paralizados en la interpretación de “lo ajeno y lo propio”, le privan de vitalidad y por lo tanto se muestran desconfiados respecto de una saludable autoafirmación no autorreferencial. Se trata de una estrategia autodefensiva, que solo expresa temor o debilidad y, aún peor, dudas respecto de la corrección de “lo propio”. Si un sistema social de valores es sano y bueno, la incorporación de otros valores solo podrá enriquecerlo, no destruirlo.

Así que cuanto más poderosa y amplia sea una cultura, más cosmopolita tiende a ser y más libertad de síntesis dejará al individuo que vive en su seno. Lo contrario importaría negar el intercambio cultural y la habilidad del individuo para cuestionar sus propias herencias culturales. La esencia de lo humano es la de las diferencias infinitesimales, esto es, el de las diferencias medibles, parciales y finitas, transitables y pactables⁵¹. La preservación de la identidad cultural solo se explica –o se justifica– cuando la comunidad es tan débil –caso de las minorías– que no puede asumir la tarea de reevaluación o reinterpretación (podemos juzgar esto apropiadamente?, no importa también una visión sobreprotectora y condescendiente, aún aplicado a minorías?).

⁴⁹ Ejemplo claro de ello lo son el test que el reino de Holanda somete a los solicitantes, especialmente de países árabes, para ver su grado de apertura o tolerancia de los valores culturales de la sociedad holandesa; o en el mismo sentido el cuestionario preparado por el gobierno del estado de Baden–Württemberg a los individuos pertenecientes a países islámicos, con el agravante de que sólo se aplica selectivamente a éstos y no a los pertenecientes a otras culturas. Idem el cuestionario para la obtención de la nacionalidad estadounidense o la alemana, a ser próximamente implementado

⁵⁰ Villacañas Berlanga, op. cit., pag. 23-25

⁵¹ Villacañas Berlanga, op. cit., pág. 44

Debe pues, ponerse en duro cuestionamiento la implementación de las políticas y visiones asimilacionistas de la migración y, en vez, propender al reconocimiento del transnacionalismo que reflejan los contactos de los migrantes con sus comunidades de origen.

Estas prácticas transnacionales cotidianas, que articulan territorios y culturas diversas, con el desarrollo de formas de vida que logran trascender los límites geográficos y políticos de los países envueltos en este proceso, se oponen a las bases conceptuales y prácticas del modelo asimilacionista. Desafían el poder y el alcance que tienen los Estados para controlar y gobernar a una población determinada que vive en un territorio delimitado, y pone en tensión el vínculo entre Estado y ciudadanía única. Los inmigrantes son capaces de generar vínculos y afiliaciones con más de un país, generando con ello ciudadanía transnacionales que trascienden la identificación y pertenencia a un solo Estado-nación.

Pese a toda la normativa interna e internacional en materia de derechos Humanos, los Estados no han sido aún capaces de adaptarse a cabalidad a los impactos que todo ello depara a las sociedades.

Conclusiones

- La migración, que ha jugado un papel fundamental en la articulación económica y social de numerosas naciones, parece haber sido excluida de la globalización. Es preciso reconocer una inconsistencia entre la creciente liberalización de la circulación de bienes y servicios, y las restricciones administrativas rigurosas que se imponen al desplazamiento de las personas. Las restricciones a la movilidad se contraponen a las fuerzas del mercado, que propician la migración.
- La inquietud que despierta la migración, especialmente en las naciones desarrolladas, pudiera convertirse en un factor inhibitor de las potencialidades de la liberalización de los mercados para promover un desarrollo más equitativo a escala global. Esto explica en cierto modo la hasta hace poco sistemática omisión del tema de la migración en las negociaciones conducentes a la suscripción de acuerdos multinacionales de mercados.
- La migración es un derecho complejo, que involucra no solo el derecho ambulatorio, sino también el de residir e integrarse, y se fundamenta en el derecho al desarrollo.
- Aunque existen instrumentos nacionales e internacionales de protección, el reconocimiento declarativo de un derecho a migrar no ha resultado en un derecho operativo efectivo.

- El derecho humano a la identidad cultural no es privativo de las minorías, es propio de toda sociedad o comunidad humanas.
- Las tensiones que se dan entre ambos derechos: a migrar y a la identidad cultural no pueden ni deben resultar en la negación de uno ni de otro; no son insalvables, llevan tan solo a la adecuación y el equilibrio entrambos. La homogenización cultural propuesta por el Estado–Nación es impeditiva e involucionante, y es un obstáculo para solucionar esta tensión. La resistencia a confrontación y a la autorrevisión de los valores comunitarios con lo “altero”, la otredad cultural, revela tan solo temor y la debilidad de dichos grupos y su insuficiencia para redefinirse, sincretizar, y reafirmar o corregir sus valores y bienes culturales.
- Entre la asimilación y la exclusión, la transnacionalidad aparece como un mecanismo idóneo de integración de los migrantes, y como un medio saludable de revitalizar las comunidades y sus bienes culturales.

Bibliografía

Appadurai, Arjun, *Modernity at large. Cultural dimensions of globalization*, University of Minnesota Press., Minneapolis and London, 1996

Bustamante, Jorge A., *Migración Internacional y Derechos Humanos*, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 94, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, DF Méjico, 2002; <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/296/pl296.htm>

CEPAL Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CELADE) *Migración internacional, derechos humanos y desarrollo*, 2006

CEPAL Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CELADE) *La migración internacional y el desarrollo en las Américas Simposio sobre migración internacional en las Américas* San José, Costa Rica, septiembre de 2000, Santiago de Chile, 2001

Chueca Sancho, Ángel G., *Ius migrandi y el Derecho Humano al Desarrollo*, Eikasía. Revista de Filosofía, II 8 enero 2007, pág. 191. <http://www.revistadefilosofia.org>

DESA Compendium of Recommendations on International Migration and Development: The United Nations Development Agenda and the Global Commission on International Migration Compared, Department of Economic and Social Affairs, Population Division, United Nations, New York, 2006

Dougnac Rodriguez, A., Manual de Historia del Derecho Indiano, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ed. UNAM. México. 1994

GCIM (Global Commission on International Migration), Migration in an interconnected world: new directions for action, Report of the Global Commission on International Migration, www.gcim.org, 2005

Giddens, Antony, The Consequences of Modernity, Polity Press, Cambridge, 1991

Marmota, Lelio, Derechos Humanos y políticas migratorias, http://www.celam.org/sepmov/derechos_humanos_migraciones.htm

MRE/OIM/UNFPA, Lineamientos para una Política Nacional de Migraciones, Asunción, 2003

OIM/UNFPA, Paraguay, un País de Migrantes, Compendio temático N°1, 2003

OIM/UNFPA, Características y Problemas de la Migración en el Paraguay, Compendio temático N°3, 2003

Peña Lorenzo, El Derecho del Individuo a Circular Libremente y a Escoger su Residencia, La Balsa de la Medusa N° 21, Madrid, 1992

Peña Lorenzo, El Derecho De Extranjería En Los Ordenamientos Constitucionales, Isegoría, n° 26, Madrid, 2002

Salgado Judith, Globalización, migración y derechos humanos, Revista Aportes Andinos N° 7, Universidad Andina Simón Bolívar 2003

Sassen, Saskia, ¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización, Bellaterra, Barcelona, 2001

Villacañas Berlanga, José Luis, El derecho a la identidad cultural: Reconocimiento y Multiculturalismo, Revista Valenciana D ' Estudis autonòmics Número 24 - Tercer Trimestre, Valencia, 1998