

Migraciones y derechos en tiempos de pandemia

Lisandro M. Brega¹

Resumen

En el presente artículo desarrollaré las normativas de emergencia dictadas por el Estado argentino durante la pandemia que marca una era y cómo las restricciones de los derechos a la circulación y residencia afectan a los migrantes como grupo vulnerable de nuestra sociedad.

Palabras clave

Pandemia, migrantes, derechos humanos, Argentina, COVID-19.

Introducción

El Coronavirus (“COVID-19”) es la enfermedad que tiene en vilo a casi todo el planeta. Su nivel de propagación a nivel mundial es muy rápido y dinámico. Fue identificada en China en diciembre del 2019, tuvo el primer caso confirmado en la Argentina el día 3 de marzo de 2020 y fue declarada como pandemia por la Organización Mundial de la Salud el 11 de marzo de 2020.

Los distintos Estados tomaron diversas medidas a los fines de evitar la propagación de tamaña enfermedad. Argentina como el resto de los países actuó de manera individual en cuanto al dictado de sus normativas. Al no existir acuerdos regionales entre los diversos países (MERCOSUR, OEA) cada Estado ejerció sus potestades conforme a su ordenamiento normativo interno. Mi trabajo se va a detener en los decretos que dispusieron el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio y la prohibición de ingreso al territorio nacional de personas extranjeras no residentes en el país. Más precisamente, en las consecuencias que tienen dichos decretos sobre los migrantes y la afectación que sufren sus derechos como grupo vulnerable ante la imposibilidad de circular o transitar.

En primer lugar quisiera mencionar las disposiciones y decretos ejes de los temas a tratar para que pueda desarrollar luego sus consecuencias.

¹ Abogado. Ayudante de cátedra en “Derecho de las Obligaciones” (FD-UNLZ). Email: imbrega@gmail.com

El 12 de Marzo de 2020, el decreto 260/20 declara el coronavirus COVID-19 como pandemia por el plazo de 1 año². A partir de ese momento comienza la legislación de emergencia a los fines de evitar la propagación del virus y con ella el Decreto de Necesidad y Urgencia 297/20 que dispone el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio desde el 20 hasta el 31 de marzo de 2020 inclusive³. A ese Decreto, lo sucedieron el 325/20, 355/20 y 408/20 cuyos fines son prorrogar el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio por lo pronto hasta el 10 de mayo⁴.

En cuanto lo referido a la prohibición de ingreso al territorio nacional, el 16 de marzo de 2020 el Decreto 274/2020 establece la prohibición de ingreso al territorio nacional, por un plazo de quince días corridos, a las personas extranjeras no residentes en el país, a través de Puertos, Aeropuertos, Pasos Internacionales, Centros De Frontera y cualquier otro punto de acceso⁵ (4). En su artículo 2, exceptúa de la prohibición de ingreso al territorio nacional a las personas que estén afectadas al traslado de mercaderías por medios aéreos, terrestres, marítimos, fluviales y lacustres; los transportistas y tripulantes de buques y aeronaves; las personas afectadas a la operación de vuelos y traslados sanitarios. Asimismo, la disposición 1709/2020 de la Dirección Nacional de Migraciones exceptúa de la prohibición de ingreso al territorio nacional establecida a los extranjeros que ingresen al país con el único propósito de proseguir viaje a otro país⁶. Serían los casos de extranjeros no residentes en el país que para llegar a sus países de origen pasan por nuestro país como escala. El decreto 313/20, por su parte, amplió los alcances de la prohibición de ingreso al territorio nacional a través de Puertos, Aeropuertos, Pasos Internacionales, Centros de Frontera y cualquier otro punto de acceso⁷. Por último, los decretos 331/20, 365/20 y 409/20 prorrogan la prohibición de ingreso

² 260/20. Decreto de Necesidad y Urgencia sobre Emergencia Sanitaria en virtud de la Pandemia declarada por la Organización Mundial De La Salud (OMS) en relación con el coronavirus COVID-19 por el plazo de 1 año.

³ 297/20. Decreto de Necesidad y Urgencia por el cual se dispone el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive.

⁴ 325/20. Decreto de Necesidad y Urgencia que extiende hasta el 12 de abril inclusive el "aislamiento social, preventivo y obligatorio" 355/20. Decreto de Necesidad y Urgencia que prorroga el "aislamiento social, preventivo y obligatorio" dispuesto por el Decreto 297/2020 hasta el 26 de abril de 2020 inclusive. 408/20. Decreto de Necesidad y Urgencia que prorroga el "aislamiento social, preventivo y obligatorio" dispuesto por el Decreto 297/20, prorrogado por los Decretos Nros. 325/20 y 355/20 y sus normativas complementarias hasta el 10 de mayo de 2020 inclusive.

⁵ 274/20. Decreto de Necesidad y Urgencia que establece la prohibición de ingreso al territorio nacional, por un plazo de Quince días corridos, de personas extranjeras no residentes en el país, a través de Puertos, Aeropuertos, Pasos Internacionales, Centros De Frontera y cualquier otro punto de acceso.

⁶ Disposición 1709/2020. Dirección Nacional de Migraciones. Artículo 1º.- Exceptúese de la prohibición de ingreso al Territorio Nacional establecida en el artículo 1º del Decreto N° 274 del 16 de marzo de 2020, a los extranjeros que ingresen al país con el único propósito de proseguir viaje a otro país.

⁷ 313/20. Decreto de Necesidad y Urgencia que amplía los alcances de la prohibición de ingreso al territorio nacional a través de Puertos, Aeropuertos, Pasos Internacionales, Centros de Frontera y cualquier otro punto de acceso.

al territorio nacional de personas extranjeras no residentes en el país por lo pronto hasta el 10 de mayo⁸.

Con todas estas normativas de emergencia, enmarcadas en lo extraordinario de la situación que se vive en el mundo entero y con el respeto que nos merecen los familiares de las víctimas fallecidas por la pandemia, debo analizar qué consecuencias jurídicas conllevan para los migrantes la afectación de los derechos a la circulación y residencia y qué soluciones como estado se pueden brindar para protegerlos.

Hago la salvedad que, a pesar de que no serán materia de este estudio, la afectación a los derechos a la circulación y residencia también toca a los turistas como personas que se trasladan de un lugar a otro con el fin de pasear, conocer y descansar.

Migrantes y derechos. Marco legal

Entendemos como migrante a aquella persona que llega a un país o región diferente de su lugar de origen para establecerse en él, temporal o definitivamente. Un migrante internacional es toda persona que se encuentre por fuera del Estado del cual es nacional⁹. Comenzamos con una situación desfavorable, todo migrante está fuera de su lugar de origen. El objetivo que tienen es establecerse en un nuevo lugar que les brinde los derechos humanos básicos para poder desarrollarse. Derecho a la salud, a la vivienda digna, al trabajo y a la educación. Derechos que en su lugar de origen no podían obtenerlos o les resultaban dificultosos.

Ante el cierre de fronteras y el aislamiento social preventivo y obligatorio, ¿Cumple el Estado con los artículos 14 y 20 de su carta magna? ¿Respeto la Declaración Universal de Derechos Humanos y por ende, la Convención americana de derechos humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)?.

Nuestro texto constitucional establece en su artículo 14 que "todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino..." y en su artículo

⁸ 331/2020. Decreto de Necesidad y Urgencia que dispone la prórroga hasta el 12 de abril de 2020 inclusive de la prohibición de ingreso al territorio nacional de personas extranjeras no residentes en el país. 365/20. Decreto de Necesidad y Urgencia que prorroga la prohibición de ingreso al territorio nacional de personas extranjeras no residentes en el país hasta el día 26 de abril de 2020 inclusive. 409/2020. Decreto de Necesidad y Urgencia que prorroga hasta el 10 de mayo de 2020 inclusive la prohibición de ingreso al territorio nacional de personas extranjeras no residentes en el país.

⁹ "Movilidad humana. Estándares Interamericanos". Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf>

20 que “ los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano y pueden ejercer su industria, comercio y profesión, poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos, navegar los ríos y costas, ejercer libremente su culto, testar y casarse conforme a las leyes...”¹⁰. Ambos artículos reflejan derechos para todos los habitantes de la nación y extranjeros que, como primer acercamiento, estarían comprometidos en esta situación extraordinaria.

En cuanto al Derecho de circular libremente, los tratados internacionales incorporados por nuestra constitución en el artículo 75. 2 dicen;

Declaración universal de derechos humanos¹¹

Art 13. 1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un estado.

2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio y a regresar a su país.

Convención americana de derechos humanos¹²

Art. 22. 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.

2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.

5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.

Pacto internacional de derechos civiles y políticos¹³

Art. 12. 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.

2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.

En definitiva, los tratados internacionales establecen que el derecho a la circulación y a la residencia son condiciones indispensables para el libre desarrollo de las personas. Tanto para nacionales como para migrantes.

El debate se plantea en cómo el Estado logrará la coexistencia entre los derechos constitucionales y el marco de excepcionalidad por la pandemia donde decreta medidas de emergencia vulnerando los derechos de circulación y residencia.

¹⁰ Constitución Nacional. Artículos 14, 20 y 75.22.

¹¹ Declaración Universal de Derechos Humanos.

¹² Convención americana de derechos humanos.

¹³ Pacto internacional de derechos civiles y político.

La respuesta, a mi entender, está en el artículo 1 y 107 de la Ley migratoria 25871: “La admisión, el ingreso, la permanencia y el egreso de personas se rigen por las disposiciones de la presente ley...” y “La Dirección Nacional de Migraciones, será el órgano de aplicación de la presente ley...Asimismo controlará el ingreso y egreso de personas al país y ejercerá el control de permanencia y el poder de policía de extranjeros en todo el Territorio de la República”¹⁴ (13). Es decir, el Estado decide sobre los derechos de circulación y residencia a partir de la ley nacional de política migratoria.

A su vez, los estados tienen la prerrogativa de regular de manera temporal el control de los movimientos migratorios a lo largo de cada una de sus fronteras, lo que comprende la facultad de restringir el ingreso al territorio nacional cuando se determine que ello representa una amenaza o riesgo relevante para la salud pública o la seguridad. Fundamentado esto en el artículo Art. 22. 3 de la Convención Americana de los Derechos Humanos que avala la restricción al ejercicio de los derechos a circular y residir en un Estado para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás. Lo mismo el artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece que el ejercicio de los derechos consagrados no podrá ser objeto de restricciones a no ser que éstas se encuentren previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas.

Asimismo, la postura del Estado nacional queda aún más clara en el considerando del decreto de necesidad y urgencia 313/20: “...la pandemia del coronavirus COVID-19 continúa su escalada y actualmente existe transmisión comunitaria del mismo, por lo cual, ponderando el flujo de ingreso de nacionales y residentes argentinos precedentemente analizado así como también la forma de transmisión del virus, se considera necesario arbitrar medidas, adicionales a las ya adoptadas, razonables, temporarias y proporcionadas a la situación de riesgo que se contempla, para contribuir a resguardar la salud de las personas y de sus grupos familiares, tanto de los nacionales y residentes que quieren ingresar como de quienes actualmente se hallan en el país, minimizando el ingreso al territorio nacional de posibles casos de contagio potencial, a través de los diversos puntos de acceso al mismo, por el período de tiempo más breve posible, con el fin de adecuar las medidas de seguridad suficientes para su reingreso...constituye una decisión de carácter transitorio, que obedece a la necesidad imperiosa de resguardar, tanto a quienes se encuentran en el territorio nacional de la propagación del coronavirus COVID-19, como así también, de generar las condiciones

¹⁴ Ley migratoria 25871

necesarias en cada **puerto, aeropuerto, paso internacional, centro de frontera** y cualquier otro punto de acceso al país, en términos de infraestructura y atención sanitaria, para recibir a quienes aún se encuentran en el exterior y que deban efectuar el tránsito hacia su domicilio o efectuar el aislamiento en el lugar a donde arriben, bajo las pautas establecidas por la autoridad sanitaria nacional...”

Por todo lo expuesto, entiendo que nuestro Estado arbitra las medidas necesarias de manera razonable, temporaria y proporcional a la situación de riesgo que se contempla para intentar resguardar la salud de las personas y de sus grupos familiares. Pero esto afecta y alcanza a los migrantes como grupo vulnerable. ¿Cómo hace el Estado para mitigar los efectos de estas medidas en ellos?

Consecuencias en los derechos de los migrante como grupo vulnerable

La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) aseguró que las medidas que se toman para controlar el coronavirus están afectando a los migrantes de todo el mundo. En especial el cierre de fronteras¹⁵.

Muchos países han decidido cerrar sus fronteras para evitar que se expanda la pandemia del coronavirus obligando a los migrantes a cruzar de manera clandestina entre países. La llamada migración irregular. Aquella migración por la cual se ingresa al territorio de un estado evitando puestos fronterizos y de manera clandestina.

La militarización y el cierre de fronteras no frenaron completamente la migración. Los migrantes buscan accesos alternativos aumentando su vulnerabilidad y peligros a los que se exponen como el abuso del derecho, explotaciones sexuales y violencia. Estos problemas sumados a las condiciones precarias de vida, la falta de insumos hospitalarios y la falta de higiene hacen que sea dramático el fenómeno migratorio irregular. En consecuencia, estas situaciones hacen que la propagación del virus lejos esté de frenarse.

En el mundo existen los casos de los nicaragüenses que entran clandestinamente a Costa Rica. Los migrantes de los países centroamericanos que buscan llegar a los Estados Unidos a través de México. Venezolanos varados en Colombia, entre otras cosas, al ser desalojados por falta de pago de alquileres. Bolivianos que intentan volver a su país luego de cumplir con los

¹⁵ <https://news.un.org/es/story/2020/03/1471372>

llamados trabajos temporales y están varados en la frontera con Chile. En todos estos grupos de migrantes se encuentran embarazadas, niños y ancianos¹⁶.

Otra consecuencia que afecta a los migrantes es la suspensión temporal de los viajes para reasentar a los refugiados. Algunos países han suspendido las llegadas de refugiados por la situación de salud pública. Las familias refugiadas se ven directamente afectadas por estas medidas, que cambian rápidamente durante sus viajes, y algunas sufren largos retrasos, mientras otras se quedan varadas o sus miembros son separados. Los refugiados son el grupo más vulnerable entre los migrantes porque generalmente escapan de guerras o de la destrucción de sus lugares de origen por fenómenos climáticos como pueden ser terremotos o huracanes.

Las fronteras terrestres en América Latina son porosas, hay infinidad de cruces irregulares entre países. El cierre de las fronteras políticas no implica el fin de la migración y reduce la capacidad del Estado para acompañar a esos grupos.

Uno de los problemas de la irregularidad es justamente la dificultad de dimensionarla. El cierre absoluto de fronteras vulnera los derechos de personas migrantes

Ahora bien, una cosa es el cierre de fronteras y otra muy distinta es esta misma medida tomada de manera unilateral por cada Estado, sin preocupación por la vida de las personas que queden en aquella zona de frontera. Por ello, resulta necesario establecer un mecanismo específico de evaluación en el ingreso o salida de personas para que puedan llevar adelante las medidas de aislamiento social.

La ONU recuerda que los migrantes deben tener acceso a la salud y deben ser tratados como cualquier otro ciudadano en esta emergencia.

Asimismo, la OIM aboga por una migración segura, transparente y regular, considerando la especial vulnerabilidad de los migrantes y sus familias, quienes en muchas ocasiones se ven obligados a abandonar sus lugares de origen en busca de mejores oportunidades de vida y para huir de la pobreza, así como de las cada vez más frecuentes manifestaciones de racismo, xenofobia y otras formas de discriminación y trato inhumano y degradante contra los migrantes y sus familias en diferentes partes del mundo, los problemas en materia de integración que tienen que enfrentar los migrantes en los Estados de destino y las implicaciones que tiene la migración en términos de desintegración familiar.

Otro problema generado ante el cierre de fronteras, es el caso del migrante que haya permanecido en un Estado más allá del tiempo para el cual estaba autorizado a permanecer.

¹⁶ <https://www.elobservador.com.uy/nota/migraciones-en-america-latina-en-tiempos-de-coronavirus-2020417144911>

Lo que convertiría en irregular a ese migrante en territorio nacional. Ante esto y de carácter excepcional, la Dirección Nacional de Migraciones, en su disposición 1714/20 prórroga la vigencia de las residencias temporarias, transitorias y precarias y suspende los plazos para el cumplimiento de toda intimación, emplazamiento o citación a los fines de regularizar las condiciones de esas residencias¹⁷ (16).

En este panorama, vemos como la irregularidad sobrevenida de un porcentaje de migrantes y refugiados, unida a la fragilidad de los empleos que muchos de ellos sustentan, ha dejado a un buen número de personas frente a una gran vulnerabilidad en estos tiempos complejos de pandemia. Las situaciones para estas personas se complica ya que muchas de ellas no tienen la oportunidad de cumplir el aislamiento con las suficientes garantías de higiene, ya que viven en viviendas realmente pequeñas, a veces con problemas de violencia doméstica, con dificultad de suministro en servicios básicos, pérdida de empleo y de protección.

Conclusiones y posibles soluciones

En la Argentina podemos citar el fallo “Contrera, Jorge Andrés c/ Estado Nacional, Presidencia de la Nación y otro s/ amparo ley 16.986”¹⁸ (17) donde trata la repatriación por viaje de turistas y aborda los derechos de circulación y de residencia en este momento de emergencia pública sanitaria.

En el mismo se rechaza la acción de amparo tendiente a permitir que los actores aborden cualquier vuelo procedente de la ciudad de Londres que tenga como destino Argentina basado en que las suspensiones de las repatriaciones de argentinos varados en el exterior, en estos momentos y de manera temporaria, no aparecen como actos arbitrarios o ilegales, teniendo en cuenta que la medida responde a la necesidad de garantizar la salud pública, frente a circunstancias de inusitadas características, siendo la protección de ella una obligación inalienable del Estado.

El fallo considera que los Estados tienen la prerrogativa de regular de manera temporal el control de los movimientos migratorios a lo largo de cada una de sus fronteras, lo que comprende la facultad de restringir el ingreso al territorio nacional cuando se determine

¹⁷ Disposición 1714/20. Dirección Nacional de Migraciones.

¹⁸ CFAT 1464/20. 11/4/20. “Contrera, Jorge Andrés c/ Estado Nacional, Presidencia de la Nación y otro s/ amparo ley 16.986”.

fundadamente que ello representa una amenaza o riesgo relevante para la salud pública o la seguridad.

A su vez remarca que la Corte reconoció que la suspensión de garantías puede ser, en algunas hipótesis, el único medio para atender situaciones de emergencia pública.

Resultando de público conocimiento, que el mundo entero se encuentra atravesando una pandemia de características nunca antes vistas que afecta también a nuestro país y que requiere la adopción de medidas acordes a la salvaguarda de valores superiores como el bien común y la salud pública, se falla que ni el decreto N° 313/2020 ni la prohibición de abordar un vuelo con destino a nuestro país en estos momentos y de manera temporaria aparecen como actos arbitrarios o ilegales.

En consecuencia, el ejercicio de los derechos de circulación y residencia pueden restringirse, en forma proporcionada y razonable, y por el menor tiempo posible, ante la emergencia pública en materia sanitaria que nos encontramos atravesando.

En el caso de los migrantes, el cierre de las fronteras impacta y por eso es primordial poner en marcha medidas que reduzcan este impacto.

El derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y se garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad. Corresponde incorporar los principios internacionalmente reconocidos hacia las personas de los migrantes en estos momentos donde sus derechos se encuentran desprotegidos. El acceso al derecho a la salud, la asistencia social o atención sanitaria más el ejercicio del derecho a la reunificación familiar deben ser garantizados.

Los espacios de integración regional institucionalizados, como el Mercosur o la OEA deben ofrecer la posibilidad de buscar respuestas con acuerdos normativos actuales conforme a la situación extraordinaria que atravesamos. Activar ese mecanismo permitirá construir respuestas comunes a la emergencia estableciendo directivas específicas de evaluación en el ingreso o salida de personas.

En concreto, una misma idea unificada respecto a los criterios de excepción que permitan abrir la frontera en casos específicos es necesaria para prevenir violaciones de derechos y para garantizar la efectividad de las medidas sanitarias tomadas en cada uno de los países.

Además, los distintos funcionarios de todas las áreas de gobierno deben comprometerse a proteger a las personas bajo sus jurisdicciones, lo que incluye en particular las zonas de frontera, independiente de su nacionalidad o estatus migratorio.

Esta crisis de naturaleza global no se puede afrontar solamente aplicando normativas internas de cada Estado y fronteras adentro de cada territorio nacional. Las zonas de fronteras serán

particularmente vulnerables a las políticas que se apliquen de uno y otro lado dejando en el medio al conjunto de migrantes en total estado de desprotección.

Es necesario y urgente que los estados pongan en el centro el principio de solidaridad entre los pueblos y activen mecanismos de coordinación regional a los fines de resolver los problemas que sufren los migrantes como consecuencias de esta pandemia llamada coronavirus.