

Una nueva concepción de libertad que erosiona el concepto clásico de soberanía

A new conception of freedom that erodes the classic concept of sovereignty

Juan Felipe Parra Rosas¹

RECIBIDO: 17-10-2017

ACEPTADO: 26-11-2017

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo realizar un análisis de las "nuevas" libertades de los individuos que se materializan en la escogencia de las condiciones en las cuales quieren vivir y que satisfacen de una mejor manera sus necesidades básicas. Por lo anterior es necesario replantear el concepto de soberanía y de frontera entendiendo que la gobernanza que se desarrolla por parte de los Estados en sus territorios debe guardar concordancia con la realidad actual de un mundo interconectado, con procesos globales, que generan una nueva gama de libertades y garantías en cabeza del migrante. Para efectos prácticos, el estudio tiene como parámetro geográfico el territorio colombiano y como límite circunstancial los movimientos demográficos de venezolanos en este espacio.

Palabras clave: libertad, Derechos Humanos, soberanía, obligaciones del Estado, migraciones.

Abstract

The objective of this article is to analyze the "new" freedoms of individuals that materialize in the choice of conditions in which they want to live and to satisfy a better way of satisfying their basic needs. Therefore, it is necessary to rethink the concept of sober and frontier understanding that the governance that is developed by States in which states have to keep in line with the current reality of an interconnected world, with global processes, which generate a new range of freedoms and guarantees in the head of the migrant. For practical purposes, the study has as geographic parameter the Colombian territory and as a circumstantial limit the demographic movements of Venezuelans in the space already mentioned above.

Keywords: freedom, sovereignty-State obligations, social values, migrations, Human Rights.

¹ Estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Semillero de Investigación en Derechos Humanos 2018.
juanf.parra@urosario.edu.co

INTRODUCCIÓN

“La elección de los individuos de las condiciones en las que quieren vivir, el verdadero triunfo del siglo XXI”

El tema de los migrantes, en especial su régimen jurídico y las obligaciones del Estado frente a estos, modifican el concepto de Soberanía (absoluta) que ya se encontraba cuestionado por otros factores como la globalización e internacionalización. Sin embargo, el cambio que se produce a partir de los derechos humanos y su concepto de universalidad, repercuten en mayor medida “en la protección de las personas”, entendiendo que el individuo no obtiene su protección por la nacionalidad, sino que la obtiene por el simple hecho de ser persona obedeciendo al precepto fundamental de igualdad y no discriminación, pilares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La consagración de la libertad de circulación en el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos² nos enfrenta a una nueva situación en donde se protege la decisión autónoma de las personas de decidir dónde quieren asentarse y residir; con lo cual los países se enfrentan a la movilidad de las poblaciones que migran hacia otra nación o ingresan a su territorio supeditando las medidas de los Estados al respeto de los derechos humanos.

Por lo tanto, es importante estudiar este tema que revoluciona la manera de cómo entender el concepto de soberanía junto con la concepción de universalidad de los derechos humanos y que en gran medida plasma un cambio en la axiología misma de los Estados constitucionales poniendo de presente una nueva tipología de obligaciones en cabeza de los Estados, en donde la garantía de la dignidad humana y las facultades que les otorga tanto el ordenamiento interno como el internacional a las personas, se tienen que cumplir sin distinción alguna.

La importancia de este trabajo radica en que ofrece un entendimiento actual desde el plano teórico de los elementos que fundamentan la manera en la cual los Estados buscan implementar políticas o simplemente las omiten, frente al tratamiento que se les da a los migrantes en su territorio y de esta manera concebir la obligación que tienen de proteger los derechos humanos de todos los individuos en su territorio sin importar su nacionalidad.

² La Declaración Universal de Derechos Humanos fue adoptada el 10 de diciembre de 1948 en París.

Por otro lado, también se propone un análisis completo de las limitaciones que tienen los Estados para implementar políticas públicas referentes a la migración y a los migrantes, siempre en el entendido que no es una potestad discrecional y que debe responder a intereses legítimos con medidas respetuosas de los derechos humanos.

Por último, este tema cobra gran importancia en el momento actual por el que está pasando Colombia, en donde su mutación a Estado receptor³ lo lleva a plantearse un nuevo panorama, en donde sin lugar a dudas debe enfrentarse a redefinir conceptos como la soberanía y aplicarla de manera que cumpla con el ordenamiento interno propio, satisfaga los intereses de la población en el territorio, y por último, se abstenga de incurrir en violaciones a la normativa internacional que le puedan llegar a generar algún tipo de responsabilidad. Por cuestiones de tiempo y extensión no se tratará el tema de la responsabilidad del Estado que se derive de violaciones al sistema universal de derechos humanos, sin perjuicio que en otro texto pueda ser tratado.

CUÁL ES EL PROBLEMA QUE SE PLANTEA

El problema fundamental que se trata en este texto se materializa en la siguiente pregunta: Con el carácter universal de los derechos humanos y la consagración de la libertad de circulación, ¿se redimensiona el concepto de soberanía a un grado tal que signifique que la protección y garantía de los derechos humanos se tiene frente a todas las personas sin importar si se es extranjero o nacional? De la anterior pregunta a su vez se generan otros interrogantes que se abordarán en el texto: límites que deben tener las políticas migratorias, la universalización de las garantías, la relativización de la discrecionalidad estatal, entre otros.

La presente reflexión busca desarrollar los temas de una manera teórica basándose en un método dogmático analítico, junto con un método deductivo

3 Históricamente Colombia no ha sido un país de inmigrantes, pero sí de emigrantes. según la Cancillería Colombiana dicho proceso "se ha caracterizado por el gran flujo de su población, en tres etapas; la primera comprendida en la década de 1970 donde se movilizó el primer grupo de personas hacia Estados Unidos, la década de 1980 (la segunda ola) se dirigió hacia Venezuela por el auge petrolero y en la década de 1990 (tercera ola) las rutas comprendían entre otros países España y Ecuador". Según el estudio "Perfil Migratorio de Colombia 2012" realizado por Migración Colombia, el Departamento Nacional de Estadística (Dane) y el Ministerio de Relaciones Exteriores, Colombia era el país que tenía mayor cantidad de emigrantes en Sudamérica, destacando el gran número de colombianos que establecieron su vida en el exterior. Igualmente de acuerdo con un informe del Banco Mundial BM (2015), Colombia ya era catalogado como uno de los países con menor cantidad de inmigrantes dentro del continente, siendo Venezuela el primer país de origen, con un 35 %. Hoy en día según la UNGRD la entrada masiva de venezolanos a territorio colombiano ha aumentado significativamente convirtiéndose en la migración más grande de nuestra historia (Semana, 2015).

en donde se parte de conceptos generales para llegar a las respuestas específicas. La investigación consta de una recopilación general de fuentes documentales en las que se incluyen tanto posiciones doctrinales, como instrumentos normativos de carácter internacional y algunos nacionales.

CONCEPTOS GENERALES, EL CAMINO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN EN UNA NUEVA CONCEPCIÓN DE SOBERANÍA

Los seres humanos desde sus instintos más primitivos han buscado satisfacer sus necesidades y de esta forma poder realizarse como personas, tendiendo a alcanzar sus metas, cumplir sus sueños y llegar a ese grado de plenitud al cual se le denomina felicidad⁴. Esta plenitud es el objetivo común de cada persona, el cual es alcanzado de diversas maneras y desde distintas perspectivas diferenciadas.

Sin embargo, la construcción social que se ha dado a lo largo de la historia como consecuencia de los sucesos⁵ más sombríos que ha vivido la humanidad, llevó a que se señalaran unos parámetros que le permitieran realmente al individuo alcanzar sus objetivos personales; estas garantías son universales y están en cabeza de todas las personas sin importar la raza, el sexo, la edad o la nacionalidad. De esta forma se convierten en garantías reales que permitan el desarrollo de cada persona en cualquier lugar del mundo y le dan la posibilidad de hacerlos efectivos ya que impone la obligación a los Estados de satisfacerlos y respetarlos.

El reconocimiento de los Derechos Humanos por parte de la sociedad internacional⁶, los cuales son entendidos como **“los derechos inherentes, inalienables, irrenunciables e indivisibles a todos los seres humanos, sin distinción alguna”** (OIM, 2017, p.17), tienen como finalidad garantizar una protección integral que cobije a todas las personas sin importar donde se encuentren, ya

4 Para efectos prácticos de este trabajo y al tratar un concepto tan amplio y complejo que tiene múltiples vicisitudes y definiciones como lo es la felicidad, es necesario tomar como base una definición que recoja los elementos psicológicos de la emoción y las descripciones filosóficas del mismo. Por esto proponemos la siguiente definición: La felicidad entendida como el buen vivir, la cual según lo señala Jean Paul Margot se compone desde una perspectiva hedonista de las siguientes condiciones”. *Una de ellas es la de que hay que eliminar de nuestra vida el dolor y la enfermedad. El derecho al amor y al placer físico. La felicidad moderna exige también la seguridad material, la casa, el carro, la televisión. Todo esto es el signo del éxito social”.* (Margot, 2007, p.68)

5 La especie humana ha sido partícipe y espectadora de las atrocidades y barbaries más ruines de la historia, en donde se cosificaban a las personas y el núcleo esencial como lo es la dignidad humana era destrozada y dejada solo en palabras; algunos de estos sucesos fueron las actuaciones bélicas como la primera y segunda guerra mundial, entre otras.

6 La sociedad internacional entendida como “aquella sociedad global (macrosociedad) que comprende a los grupos con un poder social autónomo, entre los que destacan los Estados, que mantienen entre sí unas relaciones recíprocas, intensas, duraderas y desiguales Sobre las que se asienta un cierto orden común”. (Calduch, 1991, p.1)

que como lo muestran las dinámicas actuales referentes a los movimientos migratorios cada vez es más común que las personas se movilen alrededor del mundo, lo cual puede ser explicado por procesos de internacionalización, globalización, integración y modernización.

Debido a las dinámicas migratorias y movimientos demográficos que se presentan en la actualidad, es una realidad que el individuo tiene la facultad de elegir el Estado o territorio en el cual quiere vivir, siempre en concordancia con una serie de condiciones requeridas para satisfacer sus necesidades y desarrollarse como persona, sin estar atado toda una vida a condiciones, que muchas veces no le garantizan los elementos que hacen factible desarrollar su plan de vida, que como lo señala Sessarego puede encuadrarse en:

La escuela filosófica sobre la existencia- hubiesen ignorado, hasta hace muy poco tiempo, la existencia del “proyecto de vida”, en cuanto manifestación fenoménica ontológica de la libertad que somos, así como la reparación de las consecuencias del daño que pudiera ocasionarse. (Sessarego, 1996, p.3)

Las condiciones de la política internacional, el comercio internacional y el derecho internacional favorecen las libertades del individuo, en el entendido que tiene la autonomía suficiente para tomar la decisión de elegir dónde quiere permanecer. Con esto se puede afirmar que se consolida un nuevo concepto de libertad que descansa en **“La participación en los distintos colectivos del orden político, pues es libre aquel que sigue la norma que él mismo se ha dado, por lo cual la igualdad es ante todo pensada como igualdad política”** (Uprimny, 2008, p.57) siendo palpable la importancia del individuo al elegir el ordenamiento jurídico en el que quiere estar.

Por lo tanto, es obsoleto denominar a los movimientos migratorios y el traspaso de fronteras como un problema, y debe ser visto como un fenómeno natural coetáneo a las poblaciones.

Para lograr lo anterior es necesario reformular los conceptos de libertad de circulación, la soberanía y los derechos humanos, para dotarlos de un contenido acorde a los hechos y a la normatividad internacional, lo cual se hará partiendo de la premisa de la intergeneracionalidad de los derechos, su interdependencia y la responsabilidad que tienen los Estados frente a

la población migrante⁷. A continuación se desarrollarán estas nociones y la propuesta de una nueva concepción.

Un redimensionamiento del concepto de soberanía a partir de los Derechos Humanos y en especial de la Libertad de Circulación

Se ha señalado que la soberanía como concepto ha perdido valor por la aparición de figuras y organismos supra Nacionales como las Naciones Unidas (ONU), la Organización de Estados Americanos (OEA), la Unión Europea (UE), la Organización Mundial del Comercio (OMC) y los sistemas internacionales (Sistema Universal de los Derechos Humanos, por ejemplo) frente a los cuales existe una cesión parcial por parte de los Estados de soberanía. Si bien esto es una realidad, es incorrecto afirmar que el concepto de Soberanía ha perdido valor por estas circunstancias ya que lo que se da en realidad es una mutación del concepto mismo que pasa de una Soberanía absoluta y restrictiva entendida como “el poder absoluto y perpetuo de la República” (Bodin, 1997, p.121), a una Soberanía relativa siendo un concepto moderno sobre el cual fungen las relaciones internacionales⁸.

Este concepto de Soberanía Absoluta se ve erosionado en el entendido de que el concepto mismo de poder conjugado con el monopolio de la fuerza y monopolio normativo en cabeza del Estado se desdibuja con:

1. La aparición de Organizaciones Internacionales, los cuales profieren alguna normativa vinculante o que en el seno de estas se gesten tratados que posteriormente generen obligaciones para los Estados contratantes.
2. Las dinámicas de libre comercio y la integración al mercado internacional que conlleva a que exista una libre circulación de bienes y de servicios.
3. Condenas impuestas por Tribunales internacionales.

Además de lo anterior el concepto de Soberanía Absoluta es anacrónico al encontrarse limitado por:

⁷ Se entiende que los derechos humanos cobran en gran medida un desarrollo jurídico enmarcado en la igualdad, entendiéndose que la tipología creada para clasificar los derechos humanos es meramente académica y no existe una distinción de fondo en su protección e importancia.

⁸ Ampliación del concepto en: *Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global* / Luigi Ferrajoli (2015)

1. La prerrogativa y libertades en cabeza del individuo que limita el actuar del Estado.
2. El sistema universal de los Derechos Humanos.

Es por esto que el concepto de Soberanía cede a las necesidades internacionales que propugnan en mayor medida por el beneficio de todos los miembros de la comunidad internacional, que en principio fueron meramente económicas, pero que con el tiempo se han enfocado en materias propias a la protección del individuo que cada vez tiene más preponderancia.

De lo anterior se desprende que si partimos de una concepción que se funda en el concepto de Soberanía Absoluta de los Estados; se entiende que la paz, la salubridad y la estabilidad económica se ven amenazados por la llegada de migrantes a los cuales se les da una connotación de problema, ya que se infiere que su llegada perturba el conjunto de condiciones en las cuales se desarrolla la vida en el territorio del Estado, siendo esta la razón que legitima medidas como las de cerrar fronteras, prohibir el ingreso al territorio o realizar deportaciones masivas bajo la égida de decisiones discrecionales. Esas medidas contrarían las obligaciones internacionales de los países⁹ que como premisa fundamental tendrían como compromiso respetar y promover los Derechos Humanos, y que además tampoco concuerdan con un panorama internacional, que como se señaló con anterioridad, comprende la naturalidad de los procesos migratorios y más en el marco de un mundo globalizado.

Todo esto es una evidencia indiscutible de que el concepto absoluto de Soberanía se ve fraccionado con varias fisuras teóricas que se acrecentaron con el surgimiento y aplicación de la libertad de circulación como un derecho humano, con el cual la idea del proteccionismo de frontera con el fin de impedir el paso de las personas se tornó en arcaico ya que como lo señala expresamente el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país” (ONU, 1948).

La dimensión de la autonomía del individuo como parte de un contexto internacional con especial protección¹⁰ cobra gran importancia ya que configura

9 En el artículo se hace referencia a los Estados que son firmantes y han ratificado, algún instrumento internacional sobre Derechos Humanos.

10 Entendido en el que es titular de unos derechos universalmente reconocidos, como los son los Derechos Humanos.

una nueva manera de entender la migración entrelazándola con el concepto de libertad, en el entendido de que el sujeto elige dónde quiere vivir, siendo este su mecanismo para materializar sus derechos humanos. Con esto se satisface además la eficacia de los Derechos Humanos ya que le permite al operador jurídico migrar para un sistema normativo en donde sean realizables los cometidos, se dé la aplicación y cumplan los fines de los Derechos Humanos.

Esto no quiere decir que existe una total libertad, ya que se entiende que el concepto de soberanía clásico debe ser reemplazado por uno nuevo relativo, que esté acorde con los requerimientos jurídicos actuales para afianzar el concepto relativo de soberanía como eje fundante que permita las relaciones internacionales, entendiendo esta como ***“una de las prerrogativas más importante con la que cuentan los gobernados ya que es la capacidad de poder elegir los destinos de un estado a través del ejercicio de los derechos consagrados en las constituciones de los estados”*** (Vásquez y González, 2015, p. 227).

Con esto efectivamente el Estado tiene la potestad de imponer cargas a los sujetos que quieren ingresar al país y restringir el paso de las personas al territorio nacional siempre y cuando sea una decisión motivada, acorde con la proporcionalidad y razonabilidad de la medida, tomando como marco de referencia el sistema de protección de Derechos Humanos. Esto no es optativo y genera un imperativo, en la medida que se entiende que el Estado al pertenecer a la sociedad internacional en alguna esfera, se supedita a un marco de referencia internacional como lo señalan Vásquez y González que enfatizan la concordancia que debe existir con los sistemas internacionales.

La figura de la soberanía en el marco de las relaciones internacionales se encuentra influenciada y modificada por la intención de los gobiernos locales con la intencionalidad de establecer vínculos hacia el exterior lo que conlleva a supeditarse en primera instancia a la legislación federal para que posteriormente pueda interactuar con los sistemas jurídicos internacionales. (Vásquez y Gonzáles, 2015, p.227)

En conclusión, los límites existentes son inherentes a la potestad del Estado de tomar o adoptar decisiones y tratamientos frente a las migraciones o los migrantes, siendo estos límites el núcleo del concepto mismo de Soberanía

relativa. Estos límites son tanto de orden normativo y fáctico; los primeros –como bien señala Carrillo Salcedo– son eminentemente convencionales o constitucionales al afirmar que:

Hay cuestiones que corresponden en principio a la competencia exclusiva de los Estados, pero cuyo ámbito puede quedar restringido por convenios internacionales, como aquellas relativas a la determinación de la nacionalidad, o a la entrada y expulsión de extranjeros en el territorio sobre el que un Estado ejerce su soberanía. (Carrillo Salcedo, 2001, p.42)

Por otra parte los límites fácticos obedecen a circunstancias propias de cada situación que hacen inviable la aplicación de una normatividad migratoria abiertamente contraria a los derechos humanos de los migrantes, restándole de esta manera efectividad¹¹.

Relaciones entre la Soberanía y la libertad de circulación, el individuo elige dónde y cómo quiere vivir. Una gama de derechos que lo persiguen

La humanidad requiere que los derechos fundamentales del hombre no pueden subordinarse a la autoridad del carácter nacional (...) los derechos humanos tienen jerarquía de universalidad, y por tanto su reconocimiento y afirmación constituyen la única base sólida del bien común internacional fundado en el imperio del Derecho. (Cabezut, 2012, p.28)

Este acápite del trabajo se ciñe a lo señalado por Cabezut, referente a las condiciones actuales en las que se requiere un ordenamiento jurídico que propugne por la protección del individuo, en el entendido que efectivamente se den todas las garantías necesarias para tener una cobertura de carácter universal.

Ahora bien, existen circunstancias en las cuales algunos Estados –por falencias estructurales– no pueden garantizar la gama de Derechos Humanos (como esos mínimos de condiciones que requiere el individuo para desarrollarse como persona), caso en el cual existe una válvula de escape contenida en la Declaración Universal de Derechos Humanos para que las personas puedan

¹¹ Los límites fácticos son por ejemplo la intensidad de las fronteras existentes, la imposibilidad de vigilancia, condiciones particulares de la geografía, entre otras.

acceder a un sistema que garantice efectivamente sus derechos, siendo el artículo 13 su marco normativo conteniendo lo primordial del derecho a migrar.

Este derecho humano a migrar tiene su fundamento en el principio corolario de la libertad y más específicamente en la libertad de circulación, entendiendo que los individuos tienen la capacidad de elegir en qué lugar quieren vivir, siguiendo en la mayoría de las ocasiones su ímpetu de buscar un Estado que les garantice unas mejores condiciones para poder desarrollar su plan de vida.

Por lo tanto, como señala el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos **“1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”** (ONU, 1948, p.4) dejando clara la titularidad de la libertad en cabeza del individuo. Esta libertad le concede la posibilidad a los seres humanos de escoger bajo cuál sistema jurídico quieren someterse y esto reafirma el elemento decisorio que está en cabeza de las personas, con lo cual se desvirtúa la concepción antigua en la que se entendía que el individuo no tenía injerencia en la decisión de elegir el ordenamiento al que quería someterse.

El anterior derecho no es autosuficiente, ya que se requieren otros derechos que refuercen y hagan efectiva la disposición consagrada en el artículo 13 y que de esa forma no exista discriminación o abuso por parte de los Estados en contra de los migrantes. Por esto se entiende concatenado con los demás Derechos Humanos los cuales van a seguir continuamente al migrante en su travesía para que efectivamente esa libertad se garantice de una manera positiva por todos los Estados miembros de la sociedad internacional.

Frente a lo anteriormente expuesto y con la premisa de que los migrantes a lo largo de su travesía tienen una gama de derechos que los persiguen, se generan una serie de obligaciones tanto para Estados de tránsito¹² como para los Estados receptores, dado al carácter de universalidad de los Derechos Humanos, que como señala Ferrajoli son a su vez positivados en el ordenamiento jurídico de los Estados y son denominados o conocidos como derechos fundamentales: **“la santificación de los derechos humanos en la Declaración de 1948 y los tratados de 1966 hizo de ellos no solo derechos constitucio-**

¹² Se refiere a un punto intermedio que se encuentra entre un país de origen y un país de destino, se define principalmente por la dinámica de los flujos migratorios, siendo su contención, la política, la jurisdicción y la temporalidad, los más importantes. Adicionalmente “Ivaniuk (2004) se refiere a las migraciones en tránsito como un punto intermedio que ocasionalmente se encuentra en condiciones inciertas e inseguras, lo que inexorablemente trae a cuenta la migración irregular o indocumentada, es decir, la condición de irregularidad que predetermina a la noción de país de tránsito” (Morales, 2016).

nales sino supra-estatales, transformando en límites externos y no simplemente límites internos de los poderes de los estados” (Ferrajoli, 2005, p.177).

En ese sentido los Estados deben garantizar el contenido prestacional de todos los derechos humanos al igual que respetarlos con el fin de proteger la dignidad humana como núcleo esencial de los sistemas democráticos y constitucionales, con lo cual la soberanía de los Estados se encuentra subordinada o sometida a cumplir con estas obligaciones.

¿DERECHOS PARA TODOS? UNA PERSPECTIVA INTERNA E INTERNACIONAL

Si se parte de los elementos constitutivos, de igualdad y no discriminación¹³, sobre los cuales se cimienta el sistema universal de derechos humanos es innegable que no se cuestiona que las garantías consagradas en todos los pactos, protocolos y declaraciones tienen como eje protector a todas las personas sin importar su nacionalidad, ya que su fin último es la protección del individuo. Es por esto por lo que desde este raciocinio tan básico y paritendo de los elementos primigenios de la teoría de los derechos humanos entendemos que los migrantes son titulares de estas garantías en la misma forma que lo son los nacionales del Estado receptor o de tránsito.

Sin embargo, la afirmación anterior no es absoluta ya que se encuentra matizada por algunos condicionamientos que podría realizar el Estado dado que aún conserva su potestad soberana que, como ya se señaló, se relativiza al tener que cumplir con unos parámetros impuestos en la normatividad internacional, pactos y protocolos, e interna de cada Estado, como lo son las constituciones y la Carta de derechos.

Una mirada internacional

Los instrumentos internacionales¹⁴ reconocen que todos los individuos son titulares de los derechos básicos para garantizar la dignidad humana colocando como uno de los límites del Estado el respeto a estos derechos y coetáneamente la garantía de estos sin importar si es migrante, ni tampoco su estatus migratorio. Por lo tanto, los Estados receptores y de tránsito tienen las obligaciones de garantía, satisfacción, protección y desarrollo frente los

¹³ Artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos ONU, 1948.

¹⁴ El *corpus* de derechos humanos internacional comprende todas las declaraciones y pactos tanto universales como regionales.

derechos de los migrantes, y solo se permiten limitaciones en los casos en los cuales no se afecte el núcleo duro de los derechos.

Una mirada nacional

Las constituciones y cartas de derechos de los Estados destino consagran los derechos fundamentales con la premisa de “todas las personas” haciendo alusión de que la nacionalidad no tiene injerencia en la titularidad de los derechos, siendo frecuente que el único ámbito que en general restringe son los derechos políticos bajo razones arcaicas que desconocen la interconectividad global.

Sin embargo, cuando los Estados se enfrentan a movimientos migratorios de manera masiva y sin planeación alguna del poder legislativo y ejecutivo, comienza a realizar restricciones que no tienen ningún fundamento constitucional, ya que es la salida más rápida para afrontar los movimientos migratorios. Esto ocasiona que el Estado volque sus políticas públicas migratorias sobre un concepto de soberanía absoluta con lo cual se quebranten los límites internacionales impuestos por los derechos humanos y por sus propias constituciones, además de restarle legitimidad y eficacia a estas políticas públicas.

Es por lo anterior que el Estado debe desarrollar una política pública basado en un concepto de soberanía relativa entendiendo que todos los individuos son titulares de derechos humanos y de esta forma articular las instituciones nacionales, a la sociedad civil nacional y a los migrantes para construir soluciones en miras de brindarle las distintas garantías para hacer palpable su plan de vida y la protección de la dignidad humana.

Por lo tanto, los Estados no deben simplemente pensar en una razón eminentemente hacendística al momento de desarrollar una política pública migratoria, sino tener en cuenta la titularidad y la garantía de los derechos humanos de los migrantes siempre bajo la égida que cuenta con la cooperación internacional de los demás Estados; de esta forma logramos que el juez constitucional no sea el llamado en últimas para proteger estos derechos y garantías.

UNA PROPUESTA DE ANÁLISIS DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Con lo anterior se genera un interrogante, ¿Cómo se determina si una política pública migratoria tiene como sustento un concepto de soberanía relativa

para que sea respetuosa frente los derechos de los migrantes? Para responder, partimos de un test que mediante los elementos básicos de análisis de derechos humanos determine si efectivamente cumple o no con los estándares internacionales y constitucionales de los Estados¹⁵.

En primer lugar, se debe determinar la existencia de un estudio previo de las problemáticas que se derivan de las migraciones y las que sufren los mismos migrantes. En este punto también se busca que los Estados determinen las necesidades más próximas para que de esta forma se salvaguarde el núcleo esencial de los derechos **(ver análisis de cuestiones preliminares)**.

En segundo lugar, se analizan los datos recolectados para visualizar que el enfoque territorial de la política pública sea la correcta. En este punto examinamos si efectivamente existieron conversaciones con las comunidades, un trabajo exhaustivo de cuantificar el número de migrantes y los asentamientos o los Estados de tránsito **(ver análisis de cuestiones preliminares)**.

En tercer lugar, se comienzan a revisar las medias tomadas por los Estados para identificar que los derechos de los migrantes no se vean afectados, o que por el contrario sean desarrollados de manera garantista. Se hace un contraste de la medida entre los derechos humanos y los derechos fundamentales consagrados en la carta. **(ver análisis de las medidas)**.

En cuarto lugar, si se encuentran limitaciones de derechos, se debe entrar a analizar si cumple con los límites puestos por los derechos humanos y la dignidad humana **(ver análisis de las medidas)**.

En quinto lugar, se evalúa la efectividad de la política pública en donde la coordinación, la existencia de entidades, las funciones plenamente delimitadas y las acciones positivas del Estado sean realmente palpables **(ver análisis de las medidas)**.

Por último, se debe determinar la afectación y la socialización que se hace con las comunidades para que de esta forma se eviten los comportamientos discriminatorios, ya que en gran medida es necesario contar con las comunidades para lograr una verdadera protección integral de los derechos humanos de comunidades migrantes **(ver análisis de las medidas)**.

15 El test que se propone para analizar las políticas públicas referentes al tratamiento de las migraciones y los migrantes tiene como sustento la necesidad que actualmente nace para determinar si una política está acorde o no a los instrumentos internacionales y a las obligaciones que se deriva de estos.

De esta forma se determina si efectivamente una política es o no articulada en un concepto de soberanía relativa, entendiendo que si cumple con los preceptos y los límites señalados por los derechos humanos se encuadra en una política fundamentada en la soberanía relativa. A continuación, se desarrollará esquemáticamente lo expuesto.

Tabla 1. Análisis de las cuestiones preliminares

ESTUDIO PREVIO	DATOS RECOLECTADOS
<ul style="list-style-type: none"> • Motivo de las migraciones • Principales necesidades insatisfechas de la población migrante • Medidas previas de caracterización de población migrante - Nacionalidad, cultura, edad, sexo, grado de educación • Tipología de movimiento – Tránsito o asentamiento • Impacto del movimiento migratorio y sus posibles causas a futuro • Determinar posibles interacciones institucionales de las entidades del Estado. 	<ul style="list-style-type: none"> • Número de migrantes • Territorios de asentamiento o de tránsito • Derechos necesarios para garantizarles una vida digna a los migrantes • Capacidad del Estado • Cooperación internacional • Protección del orden público y la salubridad del Estado.

Tabla 2. Análisis de afectación de derechos

MEDIDAS DE LOS ESTADOS	LIMITACIONES DE DERECHOS
<ul style="list-style-type: none"> • Afectación positiva y negativa: Identificar los derechos que se vean afectados por limitaciones o desarrollo de estos • Determinar si se ven afectados los derechos. 	<ul style="list-style-type: none"> • Determinar si esa limitación es respetuosa frente a los derechos fundamentales consagrados en las constituciones nacionales y en segundo nivel mirar si son respetuosos con los instrumentos internacionales • Proporcional – Racional – No afectación al núcleo duro del derecho – Razón imperiosa.

Tabla 3. Viabilidad de las políticas públicas

EFFECTIVIDAD DE LA POLÍTICA PÚBLICA	SOCIALIZACIÓN CON LA COMUNIDAD
<ul style="list-style-type: none"> • Con base al estudio preliminar se mira si la medida se encuadra en la realidad social que se deducen de los datos preliminares • Mirar si jurídicamente es viable y que la coordinación sea posible • En materia de recursos: debe existir un rubro que priorice las necesidades de los migrantes, la producción de riqueza de los mismos y los ingresos por cooperación internacional. 	<ul style="list-style-type: none"> • La comunidad debe conocer cuál es la política pública • Debe trabajarse en general con la población en campañas de no discriminación y tolerancia • Conjugación de culturas disímiles.

CONCLUSIONES

Es indudable que los Estados al redimensionar el concepto de soberanía existente en su ordenamiento jurídico deben garantizarles y protegerles los derechos de igual forma a los migrantes y a sus nacionales; si esto no ocurre los Estados deben acomodar sus políticas y conductas a un concepto de soberanía relativa dado a la universalidad de los derechos humanos y a los fenómenos económicos que se suscitaron, esto con el fin de que se pueda enfrentar a los retos del siglo XXI y en específico hacer frente a una situación tan compleja como los movimientos migratorios.

Por lo tanto, al momento de tomar una decisión o una medida frente a los movimientos migratorios o sus derechos se hace necesario que se realice una evaluación juiciosa del contexto, siempre ceñida a la realidad, entendiendo que es imposible detener dichos movimientos y que por el contrario si se cuenta con una buena política pública migratoria puede llegar a tener un control de los flujos migratorios garantizándoles los mínimos de dignidad.

Por esto el Estado debe adaptarse a la Soberanía Relativa ya que desde el plano jurídico, social y económico es insuficiente el concepto de Soberanía Absoluta, que además se queda corto frente a las problemáticas del mundo actual y no es capaz de tener una aplicabilidad en el mundo real ya que desconoce las garantías expuestas a lo largo del texto.

Además de esto, es necesario entender que la migración como fenómeno genera una serie de consecuencias para todos los Estados que deben observarse de manera integral ya que como se señaló en el texto, no existe ningún motivo que justifique la existencia y protección de derechos humanos para un nacional y no para un migrante, dejando presente que ambos son titulares de los mismos derechos y garantías y que el Estado solo bajo razones imperiosas, ceñidas a los límites impuestos por el sistema jurídico internacional y nacional, pueda limitar efectivamente los derechos de estos.

Por último, es importante rescatar como un tema que parece tan complejo como lo es el de la asistencia, protección y garantía de derechos para la población migrante desde un enfoque netamente jurídico, pueda ser tan sencillo bajo una óptica netamente humanitaria en donde el simple hecho de tratar al otro como igual y brindarle ayuda a quien lo necesita son los pilares que realmente nos hacen seres racionales. Es por esto que para la situación que actualmente está pasando en el mundo frente a los movimientos migratorios es necesario poner en práctica los valores aprendidos en nuestra niñez y aplicar el viejo refrán de “ponte en los zapatos del otro”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bodin, J. (1997). *Los seis libros de la República*. Capítulo VIII. España, Madrid: Edit. Tecnos.
- Cabezut, S. C. (2016). *Los derechos humanos. Aspectos jurídicos generales*. Oxford: University Press.
- Calduch, R. (1991). Capítulo III Sociedad internacional. En R. Calduch (1991) *Relaciones Internacionales*. (pp.1-16) España, Madrid: Edit. Ediciones Ciencias Sociales.
- Carrillo Salcedo, J. A. (2001). *La soberanía de los Estados y la cooperación internacional en la lucha contra la criminalidad organizada*. España: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla.

- Ferrajoli, L. (2005). *Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global*. España: Teoría y Filosofía del Derecho.
- Ivaniuk, A. (2004). citando en Morales 2016.
- Margot, J. P. (2007). *La felicidad*. Colombia: Universidad del Valle.
- Morales Cardiel, J. A. (2016). La inmigración indocumentada por países de tránsito, nuevo paradigma de los sistemas migratorios: el caso de México y Marruecos. *Perspectiva Geográfica*, 21(2), 345-372. doi: 10.19053/01233769.5857. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/pgeo/v21n2/v21n2a08.pdf>
- OIM (2017). *Estadísticas de la emigración internacional de peruanos e inmigración de extranjeros, 1990-2011*. Lima, Perú: DIGEMIN.
- Organización de las Naciones Unidas (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Recuperado de: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.
- Sessarego, C. (1996). "¿Existe un daño al proyecto de vida?" Italia: Scritti in onore di Guido Gerin".
- Uprimny, R. (2008). *Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*. Colombia: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Vásquez González, C. (2015). *El estado y las relaciones internacionales*. México: Universidad Autónoma de Nuevo León.

REFERENCIAS CONSULTADAS

- Abelló, R. (2011). Introducción al Estudio de Las Normas De Ius Cogens en el Seno de la Comisión de Derecho Internacional L. CDI. *Universitas*, 60. 75-104. Recuperado de: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14310>.
- Cancillería Gobierno de Colombia (2018). *Antecedentes históricos y causas de la migración*. Recuperado de: <http://www.cancilleria.gov.co/colombia/migracion/historia>.
- Corte Interamericana de los Derechos Humanos (2003). Opinión Consultiva 18/03. Recuperado de: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf?view=1>.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (24 de febrero de 2016).
- González Souza, L. (1997). Soberanía y Derechos Humanos. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales* 41(170), 1-16. Recuperado de <http://revistas.unam.mx/index.php/rmcpys/article/view/49301/44354>.
- Morales Sánchez, J. (2017). Derechos Humanos y Migraciones: Paradojas y Reformulaciones en el 2017. *Ciencia Jurídica Universidad de Guanajuato División de Derecho, Política y Gobierno Departamento de Derecho* 6(11), 1. Recuperado de: <http://www.cienciajuridica.ugto.mx/index.php/CJ/article/viewFile/225/207>.
- Organización de las Naciones Unidas (2001). *Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia*. Recuperado de: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/b>
- Organización Mundial para la Migración (2007). *Derechos Humanos de Personas Migrantes*. Argentina.
- Palacios Sanabria, M. (2013). Los derechos de los extranjeros como límite a la soberanía de los Estados, 23 *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*. 319-352. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n23/n23a10.pdf>.
- Semana (2015). Colombia sigue siendo un país de inmigrantes. Recuperado de: <https://www.semana.com/economia/articulo/colombia-sigue-siendo-un-pais-de-emigrantes/434396-3>.
- Sentencia C-084 [MP Luis Ernesto Vargas] Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-084-16.htm>.

Para citar este artículo:

Parra Rosas, J. F. (2018). Una nueva concepción de libertad que erosiona el concepto clásico de soberanía. *Vis Iuris*, 5(9), 101-116.