

ATTI DI CONVEGNO



ESPERIENZE DI TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI A CONFRONTO

Seminario interno del Corso di Alta Formazione
in Giustizia costituzionale, anno 2018

a cura di
Antonello Lo Calzo e Roberto Romboli

PISA
UNIVERSITY
PRESS



**CORSO DI ALTA FORMAZIONE
IN GIUSTIZIA COSTITUZIONALE E TUTELA GIURISDIZIONALE DEI DIRITTI**

Università di Pisa

Esperienze di tutela dei diritti fondamentali a confronto

**Seminario interno del Corso di
Alta Formazione in Giustizia
costituzionale, anno 2018**

a cura di
Antonello Lo Calzo e Roberto Romboli

PISA
UNIVERSITY
PRESS



ATTI DI CONVEGNO

Esperienze di tutela dei diritti fondamentali a confronto : seminario interno del Corso di alta formazione in giustizia costituzionale, anno 2018 / a cura di Antonello Lo Calzo e Roberto Romboli. - Pisa : Pisa university press, 2018. - (Atti di convegno). - Testi in italiano, in spagnolo o in portoghese.

342.085 (22)

I. Lo Calzo, Antonello II. Romboli Roberto 1. Diritti umani - Tutela

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa

UPI

UNIVERSITY
PRESS ITALIANE

Membro Coordinamento
University Press Italiane

- Copyright 2018 by Pisa University Press srl
Società con socio unico Università di Pisa
Capitale Sociale € 20.000,00 i.v. - Partita IVA 02047370503
Sede legale: Lungarno Pacinotti 43/44 - 56126 Pisa
Tel. + 39 050 2212056 Fax + 39 050 2212945
press@unipi.it
www.pisauniversitypress.it

ISBN 978-88-3339-155-7

progetto grafico: Andrea Rosellini
impaginazione: Ellissi

L'editore resta a disposizione degli aventi diritto con i quali non è stato possibile comunicare per le eventuali omissioni o richieste di soggetti che possano vantare dimostrati diritti sull'immagine riprodotta in copertina.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, Corso di Porta Romana, 108 - 20122 Milano, segreteria@aidro.org - www.aidro.org

Indice

Introduzione	9
--------------	---

PARTE 1 - I DIRITTI FONDAMENTALI

1. I DIRITTI INVOLABILI

La nuova disciplina in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento (legge 22 dicembre 2017, n. 219) <i>Giulia Battaglia</i>	15
La Corte costituzional colombiana y el concepto de dignidad humana en la justicia penal indígena <i>Carlos Eusebio Caro Sánchez</i>	23
Tensión entre la universalidad de los derechos humanos y la problemática de la inmigración <i>Oscar Renato Díaz Gonzáles</i>	33
Intersexualidad y reasignación sexual: perspectiva desde la jurisprudencia constitucional colombiana <i>Johanna Giraldo Gómez</i>	43
El matrimonio entre personas del mismo sexo y sus efectos socio jurídicos en Colombia <i>Jorge Ivan Guerra Fuentes</i>	51
L'uso della figura del "nemico" per la soppressione di diritti fondamentali: risultato di uno squilibrio istituzionale che minaccia la democrazia in Brasile <i>Gabriela Shizue Soares de Araujo</i>	57

Postura proativa do Estado na promoção da pluralidade da mídia: uma análise à luz da liberdade de imprensa e da primazia da pessoa humana <i>Bruno Terra de Moraes</i>	67
2. I DIRITTI DI INFORMAZIONE E DI COMUNICAZIONE	
El examen de constitucionalidad de la nota periodística <i>Juan Alexis Arévalo Rodríguez</i>	79
Concentração da propriedade dos meios de comunicação social no Brasil e o seu reflexo sobre o direito à informação <i>Pedro Augusto Lopes Sabino</i>	85
A violação a direitos fundamentais por meio do acesso ao conteúdo de aparelhos de telefone celular sem autorização judicial <i>Fernanda Mambrini Rudolfo</i>	95
La garantía de los derechos a la dignidad e igualdad en la libertad de expresión de los medios de comunicación en la realización de programas de entretenimiento <i>Darcy Audrey Rique García</i>	105
Os limites da liberdade de expressão frente aos discursos de ódio: uma análise do ordenamento jurídico brasileiro <i>Bárbara Eleonora Taschetto Bolzan</i>	121
3. I "NUOVI DIRITTI"	
Animais não-humanos como titulares do direito fundamental à imagem <i>Andréa Biasin Dias</i>	131
De los derechos esenciales al derecho de existencia <i>José Ramón G. Ibarra</i>	143
O conflito interfederativo pelo saneamento básico no Supremo Tribunal Federal <i>Jônatas Henriques Barreira</i>	151
As decisões do Supremo Tribunal Federal Brasileiro nos casos de conflitos de direitos constitucionais envolvendo manifestações culturais e crueldade contra os animais <i>Waleska Mendes Cardoso</i>	161

El derecho a una muerte digna en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Costarricense <i>Pablo Vargas Rojas</i>	173
---	-----

4. I DIRITTI ECONOMICI

A enunciação dos conceitos constitucionais como genealogia das competências tributárias: é facultado ao aplicador atualizar as bases tributáveis? <i>João Alves de Melo Jr</i>	185
---	-----

A economia colaborativa e o compartilhamento de recursos <i>Fabio Paulo Reis de Santana</i>	197
--	-----

Neoliberalismo e tributação: algumas (breves) considerações sobre a tributação da renda no Brasil <i>Luiz Felipe Waitz</i>	207
---	-----

5. IL DIRITTO ALLA SALUTE

Financiamento da saúde pública no Brasil: evolução constitucional e perspectivas <i>Gabriela Azevedo Campos Sales</i>	219
--	-----

I trattamenti sanitari obbligatori: il caso delle vaccinazioni. Spunti di riflessione a partire dalla sentenza n. 5/2018 della Corte Costituzionale <i>Cristina Luzzi</i>	229
--	-----

Perspectivas da judicialização da saúde no Brasil e seus reflexos na efetividade das políticas nesta seara <i>Augusto César Monteiro Filho</i>	235
---	-----

Teoria da decisão na judicialização da saúde <i>Clenio Jair Schulze</i>	247
--	-----

PARTE II - LA TUTELA GIURISDIZIONALE DEI DIRITTI

1. I FONDAMENTI DEL DIRITTO PROCESSUALE COSTITUZIONALE

La enseñanza del derecho constitucional en América Latina, problemática actual y propuesta <i>Gloria Lizette Bustillos</i>	261
---	-----

Poder constituinte originário e estado de exceção <i>Maria Francisca de Miranda Coutinho</i>	273
2. IL GIUDIZIO DI COSTITUZIONALITÀ	
Temas actuales de la justicia constitucional en Costa Rica <i>Haideer Miranda Bonilla</i>	283
La vía incidental en el Perú en comparación con Italia <i>Khaterine Rodríguez Cosio</i>	295
O <i>amicus curiae</i> na jurisdição constitucional brasileira: breve análise sobre o seu conceito, previsão normativa e aplicação jurisprudencial <i>Bernardo Tinôco de Lima Horta</i>	307
3. LA TUTELA GIURISDIZIONALE	
El derecho al debido proceso y el control de constitucionalidad sobre la función sancionadora del Parlamento peruano <i>Tula Benites Vásquez</i>	317
La expansión del derecho penale pela vía judicial: el habeas corpus n.º 126.292/SP <i>Pietro Cardia Lorenzoni</i>	327
Direito fundamental à proibidade administrativa e a imprescritibilidade das ações de ressarcimento da Constituição brasileira: análise da atuação do STF em sede de recursos repetitivos <i>Fernando Escrivani Stefaniu</i>	337
O direito comparado na evolução do direito administrativo brasileiro face à globalização <i>Carmen Silvia Lima de Arruda</i>	351
As relações institucionais no transcurso de um processo de destituição de prefeito municipal pelo “poder” legislativo local <i>Caio Magalhães Baldini Figueira</i>	363
Tutela jurisdicional do direito fundamental à educação no Brasil <i>Flávio José Moreira Gonçalves</i>	379

¿Anulación de resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada a través del proceso competencial? La cosa juzgada constitucional <i>Kattia Monique Motta Perez</i>	391
A sistemática da repercussão geral no julgamento do recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal: Conflito entre o direito de acesso ao Poder Judiciário e a razoável duração do processo <i>Rafael Geovani da Silva Magalhães</i>	405
Acessibilidade da pessoa com deficiência frente à virtualização do processo judicial brasileiro <i>Aline Taraziuk Nicodemos</i>	415
4. IL RUOLO DEL GIUDICE	
Il ruolo da moderatore delle manifestazioni democratiche svolto dal Supremo Tribunale Federale del Brasile <i>Hugo Leonardo Abas Frazão</i>	429
Norma di origine giudiziale o attivismo giudiziale? <i>Carlos Francisco Arias Suárez</i>	435
La legitimidad del Juez venezolano a partir de la Constitución de 1999. Contradicciones y crisis constitucional actual <i>María Auxiliadora Gutiérrez C.</i>	445
Dependencia a sustancias psicoactivas: un criterio cuestionable del Poder Judicial en México <i>José Martín Ramos Ruiz</i>	453

Tensión entre la universalidad de los derechos humanos y la problemática de la inmigración

Oscar Renato Díaz Gonzáles - Perú

Introducción

La migración se ha convertido en un problema importante y preocupante para el mundo, es un fenómeno imparable, que provoca las más distintas reacciones, desde la solidaridad y receptividad hasta el rechazo que alimenta sentimientos y acciones discriminatorias y xenófobas, pasando por el temor y oposición en contra de los migrantes al ser considerados una amenaza para las fuentes de empleo y relacionarlos con la delincuencia y otros actos que atentan contra la integridad y cohesión cultural y social.

Ante esta situación es necesario analizar y reflexionar acerca de la visión actual de la inmigración y las consecuencias, conflictos a los que da lugar, pero sobre todo respecto de cómo es que los derechos fundamentales de los inmigrantes resultan siendo afectados por las políticas migratorias de los distintos países y la necesidad de una respuesta regulatoria, legal y normativa global para evitar que millones de personas continúen siendo violentadas en sus derechos fundamentales.

Dentro del universo de los migrantes es posible distinguir dos condiciones esenciales, aquellos cuya estancia en el Estado del que no son nacionales es regular, y aquellos que por no haber respetado las normas de ingreso o por haber permanecido más allá del tiempo para el cual estaban autorizados se encuentran en una situación jurídica irregular. En ese sentido resulta innegable la importancia de la preocupación acerca de los derechos fundamentales de los migrantes cuya condición es irregular, pues como puso en evidencia la Asamblea de Naciones Unidas en su Resolución sobre Protección de los migrantes, estos tienen una especial condición de vulnerabilidad, ello porque, al no encontrarse en sus países de origen, enfrentan barreras de idioma, costumbres y culturas, además de dificultades económicas, sociales y obstáculos para regresar a su país de origen, y también porque dada su situación de irregularidad, se encuentran expuestos a ser víctimas de violencia, xenofobia u otras formas de discriminación o trato inhumano o degradante, pese a

lo cual evitan ponerse en contacto con las autoridades por el temor a ser puestas en detención migratoria y eventualmente deportadas¹.

En este contexto, como lo establece el Tribunal Constitucional del Perú al sustentar la sentencia del caso Jesús de Mesquita Oliviera y otros, acorde con la preocupación manifestada por la Asamblea General de la Naciones Unidas, a propósito del Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, expedido el 2 de abril del 2012, si bien los Estados cuentan con un ámbito especialmente amplio para el establecimiento y dirección de sus políticas migratorias, en tanto se trata de medidas destinadas a garantizar la seguridad nacional y el orden público, el ejercicio de esta potestad no puede soslayar dos premisas esenciales:

“En primer lugar, que la entrada o residencia irregulares nunca deben considerarse delitos, sino tan solo faltas administrativas, por lo que el recurso a una eventual detención administrativa debe ser excepcional y siempre que dicha medida se encuentre prescrita por la ley, además de que sea necesaria, razonable y proporcional a los objetivos que se pretende alcanzar. La privación de libertad de un migrante en situación irregular sólo se justificará cuando exista un riesgo inminente de que eluda futuros procesos judiciales o procedimientos administrativos o cuando la persona representa un peligro para su propia seguridad o para la seguridad pública; ello durante el menor tiempo posible y a partir de una evaluación individual de cada caso, con el respeto de las salvaguardias procesales que correspondan.

En segundo lugar, que los derechos humanos de los migrantes constituyen un límite infranqueable a su potestad migratoria”².

1. Vision actual de la inmigración desde de sus orígenes

Las movilizaciones o desplazamientos humanos, tanto internos como hacia el extranjero han existido desde siempre, tanto así que ya desde el tiempo de Roma, en el Derecho de Gentes se reunía las normas jurídicas comunes a todos los pueblos, lo que le permitió regir sus relaciones con otros pueblos, cuyos habitantes vivían dentro o fuera de Roma, aunque el Derecho de Gentes no era equivalente al actual Derecho Internacional, sin embargo, puede ser considerado su antecedente remoto ya que reguló las relaciones de los ciudadanos romanos con extranjeros y de los extranjeros entre sí.

La migración, la movilidad de personas dentro y fuera de sus ciudades o países de origen, siempre se ha dado dentro del proceso histórico humano, lo que resulta alarmante en la actualidad son las magnitudes que han alcanzado debido a diversas razones que las provocan.

¹ Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución Sobreprotección de los migrantes A/RES/54/166, 24 de febrero del 2000.

² Sentencia Tribunal Constitucional Peruano, Caso: Jesús De Mesquita Oliviera - Expediente n.º 02744-2015-PA/S, 8 de noviembre 2016.

Una de las principales razones, sino la predominante, por la cual las personas dejan su lugares de origen es la pobreza, pero no sólo material, económica, sino por la falta de oportunidades para el desarrollo de sus capacidades, por la falta de oportunidades para lograr una vida mejor, falta de acceso a oportunidades de desarrollo; otro de los factores importantes del origen de la migración son los conflictos políticos, bélicos, altos índices de criminalidad o desastres naturales que originan una gran cantidad tanto de refugiados como de desplazados, siendo una de las características de éstos últimos que suelen ser personas de un estatus de pobreza extrema que suelen quedarse en campos para refugiados en países cercanos del que han huido, esperando a que las circunstancias les permitan retornar a sus países de origen.

Según estadísticas confiables, del flujo anual de aproximadamente 15 millones de migrantes, la mayoría pertenece a una de cuatro categorías: económica (6 millones), estudiantil (4 millones), familiar (2 millones) y refugiados / asilados (3 millones), hay cerca de 20 millones de refugiados oficialmente reconocidos en todo el mundo y 86% de ellos han sido acogidos en países cercanos a los suyos.

En el caso de América Latina, la crisis migratoria, va más allá de los casos de los inmigrantes y refugiados provenientes de Medio Oriente, África o Haití, existen una serie de desplazamientos poblacionales entrelazados, por citar algunos de ellos: el sucedido en Colombia que desde que comenzó el conflicto armado en 1964 generó alrededor de 360,000 refugiados y es sede de la población de desplazados locales más grande del mundo que se estima en un cifra de 6.9 millones de personas.

La explosiva violencia criminal en Centroamérica y México han generado niveles de desplazamiento nunca vistos desde las guerras civiles de los años 70 y 80. Los países del Triángulo del Norte de El Salvador, Guatemala y Honduras se encuentran entre los más violentos del mundo, cárteles y bandas han generado 31 219 refugiados reconocidos y muchos más desplazados, a tal extremo que los grupos de asistencia de la región han declarado la situación de una "emergencia humanitaria".

Hoy en día el caso que coyunturalmente acapara mayor atención y titulares es el de Venezuela, debido una implacable crisis política y una violencia represiva cada vez en más aumento por parte del gobierno, miles de venezolanos emigran diariamente hacia los países de los alrededores, Colombia, Perú, Brasil, Chile, entre otros, donde el flujo de inmigrantes que ingresan diariamente ya han generado la alarma y preocupación así como la demanda de endurecer las políticas migratorias y detener lo que muchos consideran una suerte de "invasión" de parte venezolanos.

En el caso del Perú, según la Oficina de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) se señala que es el país con mayor cantidad de venezolanos solicitantes de asilo, con 126.997 peticiones, tanto es el flujo de inmigrantes de dicha nacionalidad hacia este país, que se lo considera "desbordado por la migración venezolana" y es que Perú, hasta la fecha y a diferencia de otros países, no ha endurecido aún sus políticas de control y admisión de la migración, tanto así, que la Superintendencia

Nacional de Migraciones ha informado que 53.000 venezolanos han obtenido el PTP(Permiso Temporal de Permanencia) que les da derecho a trabajar en Perú hasta por un año, pueden identificarse ante los servicios de salud y educación y pagar impuestos, siendo un 58% hombres; un 42% mujeres y un 10% menores de edad, habiéndose incrementado significativamente en el presente 2018 el flujo de ciudadanos venezolanos a tal punto que desde fines de mayo la Oficina Principal de Migraciones atiende las 24 horas los trámites para el permiso temporal de permanencia y atiende un promedio de 2.000 venezolanos al día.

Se trata, en consecuencia, de un fenómeno inherente a la historia de la humanidad que se ha venido desarrollando paulatinamente, más considerablemente durante el siglo pasado, sin embargo, no es hasta comienzos del siglo XXI donde la migración, ilegal especialmente, se constituye en uno de los problemas más alarmantes del mundo, llegándose a sostener que significa una de las causas determinantes que impiden el desarrollo humano y la vigencia de los derechos fundamentales, ya que éste fenómeno de naturaleza socio-económico, da lugar a consecuencias tanto para los propios migrantes que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, expuestos a su denigración como seres humanos vía la explotación, el sub empleo y lo que es peor: la esclavitud, sin tener que mencionar la discriminación y xenofobia; como para sus familias de origen que se quedan por siempre fracturadas con las implicancias de distinta índole que ello implica, especialmente desde la perspectiva emocional, de menores, mujeres, padres y demás integrantes del grupo familiar.

Como se establece en el numeral 112 de la Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Resolución de fecha 17 de setiembre del 2003:

“Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales).

Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el estado”.

La misma Opinión Consultiva, en su numeral 113, establece también que: “Existen también prejuicios culturales acerca de los migrantes que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra”.

Es como consecuencia de lo anterior, que resulta urgente la necesidad de que la comunidad internacional adopte medidas de protección de los derechos fundamentales de los migrantes.

2. Conflicto entre los derechos de los estados y los derechos humanos de los migrantes

Los conflictos que surgen en torno a los derechos humanos entre el Estado y los migrantes, se producen cuando se oponen alguno de los derechos individuales reconocidos en general a los seres humanos, sea por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, como por el Convenio Interamericano de Derechos Humanos, y otros tratados, cartas o documentos internacionales como el derecho a la dignidad, a la libertad y a la seguridad personal con el derecho también reconocido a los Estados de control de la entrada, residencia y salida de éstos.

Y es que justamente en ejercicio de aquel derecho soberano de cada Estado se legitima la interferencia de los derechos a la libertad y a la seguridad personal, posibilitando la privación de la libertad de una persona, caso del arresto o la detención legal de una persona para impedirle la entrada irregular en el territorio o contra la que esta incurra en un procedimiento de expulsión o extradición.

Otros derechos que comúnmente generan conflictos son aquellos referidos a la prohibición de las torturas, de sufrir penas o tratamientos degradantes o inhumanos, en cuyos casos se encuentran involucradas cuestiones relacionadas con la integridad física y psíquica comúnmente invocadas en los procedimientos de expulsión de un territorio o en las detenciones de migrantes indocumentados e incluso en los casos de impedimento de desembarque de embarcaciones que trasladan personas que buscan ingresar a un determinado territorio.

El derecho a la vida privada y a la vida en familia tiene suficiente fuerza para hacerlos valer frente a una posible orden de expulsión, a pesar de ser éste último reconocido como legítimo derecho a los Estados en su territorio.

Así el Tribunal Constitucional peruano recibió el 19 de enero del presente año, en el marco del Tercer Foro en materia de Migración y Protección Internacional, el Premio Sentencias 2017 "Acceso a la Justicia de Personas Migrantes o Sujetas de Protección Internacional" que destaca las mejores resoluciones emitidas por los órganos del continente americano en materia de Migraciones, al resolver a favor un proceso de Amparo, en el caso del ciudadano Jesús de Mesquita Oliviera quien solicitó que no se le aplique una decisión de la Superintendencia Nacional de Migraciones que le obligaba a salir del país y le negaba el ingreso al territorio nacional, separándolo de su familia, privilegiando el interés superior de los niños y la protección a la unidad y vida en familiar frente a las regulaciones migratorias de expulsión.

En dicha sentencia el Tribunal Constitucional peruano sostiene:

"En el ámbito específico de los niños cuyos padres tengan la condición de migrantes en situación irregular, es posible identificar dos intereses en conflicto: por un lado, la facultad del Estado de implementar su propia política migratoria para alcanzar fines legítimos que procuren el bienestar general y la vigencia de los derechos humanos, y, por otro, el derecho de la niña o del niño a la protección

de la familia y en particular, al disfrute de la vida de familia con el mantenimiento de la unidad familiar en la mayor medida posible. En consecuencia corresponde al Estado garantizar un ejercicio legítimo y compatible de ambos bienes jurídicos, a partir de una adecuada y rigurosa ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales legítimos, por lo que corresponderá determinar, en el contexto de cada caso concreto, que la expulsión de uno o ambos progenitores no conlleve una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar de la niña o niño”³.

El criterio precedente que entre otros sustenta la decisión favorable del caso De Mesquita Oliviera, es concordante con lo considerado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva sobre Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y / o en necesidad de protección internacional, en relación a los aspectos que se deben evaluar al aplicar regulaciones migratorias de expulsión en los casos en que se encuentran involucrados menores de edad:

“(a) La historia migratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o su familia con el país receptor;(b) la consideración sobre la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende expulsar;(c) el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive la niña o el niño, así como el tiempo que ha permanecido en esta unidad familiar y(d) el alcance de la perturbación en la vida diaria de la niña o del niño, de forma tal de ponderar estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior de la niña o del niño en relación con el interés público imperativo que se busca proteger. (párrafo 279)”⁴.

En lo que se refiere a éste derecho en particular, el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que implica tanto una obligación negativa para el Estado no atentar contra la vida privada y familiar, como una obligación positiva, velar por el respeto efectivo de la vida familiar y privada, siendo que en la jurisprudencia del Tribunal Europeo se ha puesto especial énfasis en el concepto de vínculo familiar, tratándose de materia de migración, sosteniendo que un vínculo familiar existe siempre entre una persona y sus hijos menores, independientemente de que vivan juntos o no (por encarcelamiento, separación de los padres o circunstancias excepcionales⁵ y ha utilizado generalmente un concepto de familia amplia(inclusiva de la familia legítima, familia natural y aceptando situaciones de hecho)⁶.

³ Considerando 34 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Expediente n.º 027-44-2015PA/TC 8 de noviembre 2016.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 21/14 de 19 de agosto 2014.

⁵ Asunto Ahmut c. Países Bajos, 28 de noviembre de 1996, Asunto Al-Nasif C. Bulgaria 20 de junio del 2002.

⁶ Asunto Macks c. Bélgica, Vid. Renucci, J-F, Droit Européen des Droits de l’homme, Cedex, Paris, 1999, 215.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que: "Este Tribunal ya ha manifestado que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana. En efecto, sin bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes"⁷.

Lo que es bueno también resaltar, es que la propia Corte Interamericana ha señalado que esa necesidad de compatibilidad de las políticas migratorias con la protección de los derechos humanos, no significa que no se pueda iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal, sino, que al adoptar las medidas que correspondan, los Estados deben respetar sus derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa.

De igual forma es notable que el derecho internacional ha evolucionado ya en éste ámbito, desarrollando ciertos límites a la aplicación de las políticas migratorias que imponen un apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana, cualquiera sea la condición jurídica del migrante⁸.

3. Discusión

La situación alarmante de la inmigración en el mundo, mantiene vigente la discusión acerca de que si ésta es buena o mala, de un lado se dice que los inmigrantes al atravesar la fronteras dejan a otros sin trabajo, y destruyen las economías, que son una carga para los contribuyentes y una amenaza para la cultura local, porque no sólo es el hecho de la presencia de gente ajena al entorno propio, sino que junto con ella se añaden a la realidad del lugar: idioma, costumbres creencias no siempre buenas ni con arreglo a las regulaciones legales vigentes en el país receptor o de acuerdo con las reglas del orden público y de las buenas costumbres, según sea la percepción que de éstas se tiene.

Otro sector opina lo contrario, en el sentido de que la inmigración estimula el crecimiento económico, satisface la escasez de recursos humanos, de talento y ayuda a crear una sociedad más dinámica. En tal sentido, no se puede dejar de considerar que tanto en Europa como en Estados Unidos, más de un tercio de los inmigrantes documentados son personas con mano de obra calificada, en este caso,

⁷ Caso Llor vs Panamá, CIDH, 23 de noviembre del 2010.

⁸ Caso familia Pacheco Tineo vs Estado Plurinacional de Bolivia, CIDH, Sentencia de 25 de noviembre del 2013.

los gobiernos que están abiertos a la inmigración estimulan a las empresas nacionales que se vuelven más ágiles, adaptables y lucrativas en la lucha por la creatividad y la conquista del mercado consumidor, lo que origina a su vez que los gobiernos reciban ingresos y los ciudadanos prosperen con el dinamismo que los migrantes altamente calificados traen consigo.

Sin embargo, no sólo los migrantes con mano de obra calificada son vitales, en Estados Unidos y en otros lugares, los trabajadores migrantes con mano de obra no calificada son una parte esencial de la construcción, la agricultura y los sectores de servicio, como sucede también tanto en Europa como en Latino América.

Claro está que dentro de la corriente favorable a la inmigración es preciso distinguir que dicha percepción positiva proviene de los inmigrantes documentados, legales, mas no así de los ilegales que son la mayoría y que constituyen verdadero problema para los países receptores y los habitantes de los mismos, ya que generalmente carentes de permisos para trabajar viven en campamentos que instituciones de apoyo u organizaciones religiosas les brindan donde poseen techo, ropa y alimentación pero más nada, estando librados a su suerte, deambulando por las calles o intentando elementales comercios callejeros de artesanías o mercancías orientadas a los turistas, como sucede en Italia, en la ciudad de Pisa en particular y en otros países de Europa, situación que muchas veces los expone a alternativas al margen de la ley, como la micro comercialización de droga en su afán desesperado de conseguir dinero para su propia subsistencia, pero sobre todo para enviar dinero para sus familias o lo que quedó de ellas en sus lugares de procedencia, internándose así en el peligroso y complejo mundo de la criminalidad.

Sin embargo, consideramos que más allá de etiquetar a la migración como buena o mala, lo que se requiere es tener claro cuál es la solución o soluciones para este problema que como ya hemos visto no afecta solamente a Europa, sino a otros continentes, muchas veces silenciosamente, solución que necesariamente debe ser global e integral, pero hasta que ello se consiga como ciudadanos del mundo debemos aprender y enseñar a los demás a convivir con estas circunstancias propias de la evolución de la vida en sociedad, pero sobre todo de la globalización, que implica no únicamente las ventajas del avance de la ciencia o de la tecnología al alcance disposición cada vez más mayoritarios, sino también estos movimientos de seres humanos que trascienden su fronteras y que deben ser afrontados justamente desde una perspectiva humana.

4. Conclusiones

Como consecuencia del presente trabajo, sometemos a consideración las siguientes conclusiones:

- Es obligación de la comunidad internacional generar un marco jurídico para garantizar los derechos humanos de los inmigrantes, para evitar abusos a su integridad personal y la violación de sus derechos fundamentales.

- Tanto el sistema judicial interno de cada país, como el internacional deben asumir la protección plena que las Constituciones y Tratados les facultan para modificar el estado de desprotección de los derechos fundamentales de los inmigrantes que se presenta en la realidad más allá de los enunciados teóricos y dejar de apañar las violaciones cometidas por sus agentes mediante prácticas políticas, administrativas o judiciales en nombre de la correcta aplicación de regulaciones migratorias
- Las políticas de las Organizaciones regionales y de los Gobiernos nacionales involucrados en la problemática de la inmigración no debe orientarse, como sucede hasta la fecha, en contener en brindar protección temporal y ayuda humanitaria; sino, a prevenir involucrándose en la búsqueda de soluciones a las causas de la inmigración.
- La aplicación de toda medida legal o administrativa en materia migratoria debe sustentarse en una ponderación razonable y justa entre el respeto de los derechos fundamentales de los migrantes y el derecho de los Estados al establecimiento y aplicación de sus políticas migratorias.

Referencias

CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía de los estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, II ed. Madrid, Tecnos, 2001.

FERRAJOLI, L., *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, VI ed. Madrid, Trotta, 2009.

GIMENO C., *Qué es la inmigración?*, II ed., Barcelona, RBA, 2006.

Opinión Consultiva OC-18/03, Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 setiembre 2003.

Opinión Consultiva 21/14, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de agosto 2014.

PÉREZ LUÑO, A.E., *La Seguridad Jurídica*, II ed. Barcelona, Ariel, 1994.

Resolución sobre Protección de los Migrantes A/RES/54/166, Asamblea General de Naciones Unidas. Febrero 2000.

Sentencia Tribunal Constitucional del Perú, Expediente N.º 02744-2015-PA/TC, noviembre 2016.