

NOTAS DE POBLACIÓN

AÑO XXVIII, N° 73, SANTIAGO DE CHILE



NACIONES UNIDAS

CEPAL

Comisión Económica para América Latina y el Caribe
Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) - División de Población

LC/G.2124-P
Septiembre de 2001

Copyright © Naciones Unidas 2001.
Todos los derechos están reservados.
Impreso en Chile

La autorización para reproducir total o parcialmente esta obra debe solicitarse al Secretario de la Junta de Publicaciones. Sede de las Naciones Unidas, N.Y. 10017, EE.UU. Los Estados miembros y sus instituciones gubernamentales pueden reproducir esta obra sin autorización previa. Sólo se les solicita que mencionen la fuente e informen a las Naciones Unidas de tal reproducción.

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
NÚMERO DE VENTA: S.01.II.C.122
ISBN 92-1-321885-0 ISSN 0303-1829

Portada:
Héctor Poleo (venezolano)
"Tres figuras en marcha" (detalle)

SUMARIO

Presentación.....	7
Foreword	11
¿Se puede hablar realmente de la globalización de los flujos migratorios? <i>Georges Tapinos y Daniel Delaunay</i>	15
Tendencias y patrones de la migración internacional en América Latina y el Caribe. <i>Miguel Villa y Jorge Martínez Pizarro</i>	51
Tendencias y patrones de migración internacional de los países del Caribe. <i>Elizabeth Thomas-Hope</i>	101
Éxodo, movilidad y circulación: nuevas modalidades de la migración calificada. <i>Adela Pellegrino</i>	129
Aspectos sociales de la migración internacional: consideraciones preliminares. <i>George Martine, Ralph Hakkert y José Miguel Guzmán</i>	163
Migración y remesas: un estudio de caso del Caribe. <i>Wendell Samuel</i>	195
Comunidades transnacionales y migración en la era de la globalización. <i>Alejandro I. Canales y Cristian Zolniski</i>	221
Reflexiones sobre el grupo de Puebla en busca de un diálogo pendiente. <i>Gustavo Mohar</i>	253
Normas legales para la protección de los trabajadores migrantes. <i>Richard Perruchoud</i>	273

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

Jose Antonio Ocampo Secretario Ejecutivo

**CENTRO LATINOAMERICANO Y CARIBEÑO DE DEMOGRAFÍA
(CELADE) – DIVISIÓN DE POBLACIÓN**

Daniel S. Blanchard Director

La Revista **NOTAS DE POBLACIÓN** es una publicación del Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) - División de Población, cuyo propósito principal es la difusión de investigaciones y estudios de población sobre América Latina y el Caribe, aun cuando recibe con particular interés artículos de especialistas de fuera de la región y, en algunos casos, contribuciones que se refieren a otras regiones del mundo. Se publica dos veces al año (junio y diciembre), con una orientación interdisciplinaria, por lo que acoge tantos artículos sobre demografía propiamente tal, como otros que aborden las relaciones entre las tendencias demográficas y los fenómenos económicos, sociales y biológicos.

Comité editorial:

Jorge Bravo
Rolando Sánchez
Susana Schkolnik

Editor invitado

Miguel Villa

Coordinador Técnico:

Juan Enrique Pemjean

Secretaria:

María Teresa Donoso

Redacción y administración:

Casilla 91, Santiago, Chile
E-mail: mdonoso@eclac.cl

Precio del ejemplar: US\$ 12

Suscripción anual: US\$ 20

Las opiniones expresadas en esta revista son responsabilidad de los autores, sin que el CELADE sea necesariamente partícipe de ellas.

NORMAS LEGALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES

Richard Perruchoud

Organización Internacional para las Migraciones (OIM)
(rperruchoud@iom.int).

RESUMEN

Tanto los gobiernos como las comunidades locales receptoras suelen tener una percepción negativa de la migración. Dicha percepción desencadena reacciones que resultan en el maltrato de los trabajadores migrantes, los que son objeto de hostilidad, explotación y negación de sus derechos humanos.

El presente artículo ofrece una síntesis de los instrumentos y normas internacionales pertinentes que protegen los derechos de los trabajadores migrantes, tanto en el plano universal como regional. En el campo del derecho internacional, los derechos de los trabajadores migrantes emanan de varias fuentes. Hay varios tratados cuyas disposiciones son aplicables a todos los seres humanos, y por lo tanto también a los trabajadores migrantes, y otras que están específicamente destinadas a ellos con prescindencia de su situación legal o duración de la permanencia. Además, muchos de los derechos aplicables son parte del derecho consuetudinario, y todos los Estados deben observarlos.

Por lo tanto, el desafío principal del régimen internacional de derechos humanos es asegurar su observancia por parte de los Estados. Deben tomarse medidas para promover el respeto efectivo de los derechos de los trabajadores migrantes, y se proponen medidas concretas para conseguirlo.

ABSTRACT

Migration is often perceived negatively by host Governments and local communities alike. Such perception triggers reactions resulting in the mistreatment of migrant workers who are subject to hostility, exploitation and denial of their human rights.

The paper presents an overview of the relevant international instruments and standards protecting the rights of migrant workers, at the universal and regional level. Under international law, the rights of migrant workers stem from a number of sources. There are several treaties whose provisions are applicable to all human beings, and therefore also to migrant workers, and others which are specifically aimed at them irrespective of their legal status or length of stay. In addition, many of the applicable rights are part of customary law, and must be observed by all States.

The main challenge of the international human rights regime, therefore, is to ensure compliance by States. Steps should be taken to promote the effective respect of the rights of migrant workers, and specific measures are proposed.

1. INTRODUCCIÓN

Abandonar su propio país para trabajar en el extranjero o comenzar una nueva vida en otra parte constituye una empresa que está sembrada de dificultades. La migración a otro país puede incrementar las oportunidades y contribuir al mejoramiento de los niveles de vida, pero no cabe duda que puede suponer también obstáculos y penurias.

Los trabajadores migrantes encaran a menudo la discriminación, en forma colectiva o individual, y pueden ser objeto de hostilidad y explotación. En la actualidad, la magnitud de los problemas vinculados con la migración ha llevado a que ésta sea cada vez más un tema de preocupación para muchos gobiernos. Además, tanto los gobiernos como las comunidades locales receptoras suelen tener una percepción negativa de la migración. Dicha percepción desencadena a veces reacciones que resultan en el maltrato de los trabajadores migrantes lo que, en algunos casos, culmina en la denegación de sus derechos humanos.

La xenofobia creciente en algunos países, provocada por la recesión y el desempleo, ha exacerbado la hostilidad contra los trabajadores migrantes e intensificado las dificultades que enfrentan. El incremento sostenido de la magnitud de los incidentes que entrañan violaciones de los derechos de los trabajadores migrantes en cuanto a sus condiciones justas de trabajo sigue siendo causa de preocupación a la luz de las normas establecidas en los instrumentos legales nacionales e internacionales destinados a proteger sus derechos.

La comunidad internacional enfrenta contradicciones y brechas crecientes. Por una parte, la comunidad internacional cuenta con un sistema complejo e impresionante de instrumentos que definen y protegen los derechos humanos de los trabajadores migrantes. Por otra parte, suele considerarse que éstos son diferentes y explotables, tratándoseles como chivos expiatorios de los males internos de las sociedades receptoras; hay una amplia evidencia de discriminación en el empleo, la educación y otros servicios.

Si se quiere promover el respeto de las normas legales y derechos de los trabajadores migrantes, los Estados tienen que reconocer el contenido de estos derechos. La finalidad de este artículo es presentar una síntesis de los tratados pertinentes e identificar los derechos de los trabajadores migrantes mediante el examen de los instrumentos internacionales y el derecho internacional consuetudinario. Estos son derechos que tienen todos los trabajadores migrantes, con prescindencia de su situación legal o tiempo de permanencia. Comprenden el estándar mínimo que debe otorgarse a los trabajadores migrantes, y en todos los casos los Estados deben respetarlos y promoverlos.

2. TERMINOLOGÍA

En general, el término migrante se refiere a un trabajador migrante o a un migrante económico. El "trabajador migrante" se ha definido como "toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional".¹

Dentro de la categoría de "migrante", debe reconocerse también a quienes están en situación irregular o indocumentada, ya que la migración irregular es un fenómeno que está transformándose en una crisis mundial. De la definición precedente se desprende que los términos "migrante" y "trabajador migrante" no se refieren a refugiados, exiliados u otros obligados a dejar sus hogares.

Un refugiado se ha definido en forma tradicional y universal como una persona que se halla fuera de su país de nacionalidad "debido al temor bien fundado de ser perseguida por razones de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social u opinión política determinada".² La definición no abarca los millones de personas en el mundo que han huido de los países de su nacionalidad debido a conflicto armado interno o internacional, luchas intestinas, agresión, pobreza o desastres naturales o provocadas por el hombre. Es a la luz de tales fenómenos, que generan movimientos de masas que afectan la estabilidad de los Estados en regiones enteras, que los Estados han adoptado instrumentos regionales para ocuparse de las circunstancias especiales que desencadena la migración en regiones como África y América Latina.³ El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) considera que las personas que caen dentro de estas definiciones ampliadas son de competencia de su Oficina (Naciones Unidas, 1993).

-
- 1 Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (de 1990), artículo 2.
 - 2 Esta definición proviene de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Protocolo ulterior de 1967, que son los principales instrumentos internacionales que regulan la conducta de los Estados en el trato de los refugiados. El mandato del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados contiene una definición de refugiados que es sustancialmente similar a la definición tradicional.
 - 3 La Convención de la OUA de 1969, que regula los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África, amplía la definición tradicional de refugiado a aquellos que huyen de la agresión externa, la ocupación, la dominación extranjera o hechos que perturban gravemente el orden público. Con el fin de tratar las circunstancias concretas en América Latina se aprobó en 1964 la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados: esta declaración amplía también la definición de refugiado al considerar otras causas de desplazamiento forzoso como las violaciones masivas de los derechos humanos. En todo caso, se mantiene el criterio del cruce de una frontera internacional, tal como en la Convención de la OUA.

El término “persona desplazada” se utiliza también con frecuencia, y se refiere, en general, a personas que no han estado expuestas necesariamente a persecución en forma individual, pero que han sido forzadas a dejar sus hogares y comunidades como resultado de violencia generalizada, situaciones de conflicto armado, u otros desastres provocados por la mano del hombre. Esta categoría incluye a las personas que son desplazadas interna y externamente.

La distinción del significado de los términos mencionados se torna cada vez más difusa a medida que cambian las fuerzas que motivan la migración. El hecho es que en muchas partes del mundo, la privación social y económica se ha vuelto tan severa que obliga a los individuos y grupos de personas a abandonar sus hogares y buscar el sustento en un país diferente. No obstante, ¿deberían las personas afectadas por tal privación considerarse “migrantes” o “trabajadores migrantes” pese al carácter dudosamente “voluntario” de su decisión de migrar? (OIM, 1990, p. 3). Las limitaciones en las definiciones de varios conceptos tradicionales aplicables a la categorización de individuos fuera de sus países de nacionalidad no afectan la importancia de tal categorización, dado el régimen de protección que se ha desarrollado dentro de sus parámetros.

3. IDENTIFICACIÓN DE DERECHOS DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES

El hecho de que no exista un conjunto único de normas no significa que no haya instrumentos para la protección de las personas que cruzan una frontera internacional. La comunidad internacional ha suscrito varias convenciones, acuerdos y demás documentos que estipulan los derechos que tienen tales personas. Aunque algunos de los derechos rigen para todas las personas en virtud de su carácter fundamental, la aplicación de otros depende en gran medida, de si la persona involucrada cae dentro de una de las categorías tradicionales ya mencionadas, a saber, migrante, trabajador migrante, refugiado o persona desplazada. Por ejemplo, las convenciones e instrumentos internacionales sobre la condición de los refugiados otorgan ciertos derechos a aquellas personas que caen dentro de la definición legal de refugiado. Los que se ocupan de los trabajadores migrantes estipulan los derechos que deben disfrutar todas las personas empleadas fuera de su Estado de nacionalidad. Además, la legislación sobre conflictos armados exige que se salvaguarden los derechos de los civiles durante los conflictos

- Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18);
- Derecho a la libertad de expresión (art. 19).

El artículo 2 enuncia el principio fundamental de no discriminación, que garantiza que todo ser humano tiene los derechos y libertades proclamados en la Declaración sin distinción de sexo, raza, color, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Con el fin de otorgar fuerza legal a los derechos contenidos en la Declaración, en 1966 se aprobaron el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Estos dos pactos, junto con la Declaración, constituyen la Carta Internacional de Derechos Humanos y contienen disposiciones que proclaman los derechos fundamentales que tienen todos los individuos.

Los pactos se han ratificado ampliamente⁴ y los Estados Partes están obligados a incrementar sus contenidos en el plano nacional. Si bien algunas de las disposiciones de los pactos sólo pueden implementarse gradualmente, otras que se ocupan, por ejemplo, de la protección mínima de los derechos humanos fundamentales de los individuos deben observarse con respecto a todas las personas presentes en el territorio del Estado Parte cualesquiera sea su condición. De hecho, el artículo 2 (2) del PIDCP impone al Estado Parte la obligación de “garantizar que los derechos proclamados en este pacto sean ejercidos sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

El Artículo 4 (1) del PIDCP dispone que en “situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes ... podrán adoptar disposiciones que ... suspendan las obligaciones contraídas ... siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional”. En la práctica, esto permitiría establecer una distinción entre nacionales y extranjeros (aunque no en función de raza, color, sexo, idioma u origen social). Sin embargo, las disposiciones que suspendan las obligaciones deben ser compatibles con las demás

⁴ Al 31 de mayo de 1999, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales había sido ratificado por 141 Estados y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por 144 Estados.

armados, tanto los internacionales como los no internacionales. En general, conforme a las normas internacionales de derechos humanos, deben garantizarse ciertos derechos fundamentales que constituyen el mínimo básico para todos, independientemente de si el individuo en cuestión se halla dentro o fuera de su país de nacionalidad. Este último es un cuerpo legislativo importante, sobre todo dada la cantidad de personas que no caen dentro de las categorías tradicionales de migración. En la promoción del respeto de los derechos de los trabajadores migrantes se debe hacer especial hincapié en las normas internacionales de derechos humanos. Por lo tanto, al presentar una síntesis de las fuentes del derecho internacional que establecen las normas legales para la protección de los trabajadores migrantes, se privilegian las leyes de derechos humanos y el cuerpo legislativo concerniente a los derechos de los trabajadores migrantes: la ley de los trabajadores migrantes.

3.1 Derechos humanos

Es el reconocimiento de que todos los seres humanos difieren entre sí, y que cada individuo es único, lo que subyace al concepto de la integridad y dignidad del individuo como persona, que es lo que las normas de derechos humanos se ocupan principalmente de proteger, según sostiene Sieghart (1983, p.1.10).

Todos los trabajadores migrantes son seres humanos que poseen derechos y libertades fundamentales inalienables. Estos derechos han sido reconocidos universalmente en instrumentos de derecho internacional como la Declaración Universal de Derechos Humanos. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, la Declaración se proclamó como "ideal común para todos los pueblos y naciones". Sus treinta artículos abarcan una amplia gama de derechos humanos que incluyen:

- Derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona (art. 3);
- Prohibición de ser sometido a esclavitud o a servidumbre (art. 4);
- Prohibición de ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles inhumanos o degradantes (art. 5);
- Prohibición de que se le aplique una legislación penal con efecto retroactivo (art. 11);
- Derecho de respeto a la vida privada y familiar, el domicilio y la correspondencia (art. 12);
- Derecho a salir de cualquier país y a regresar a su país (art. 13);

obligaciones que el derecho internacional les impone a los Estados (Goodwin-Gill y Perruchoud, 1985, p. 558). Además, está bien reconocido en virtud de las normas internacionales de derechos humanos que no se pueden suspender ciertas garantías fundamentales en materia de derechos humanos. El pacto dispone concretamente en el artículo 4 (2) los derechos que no pueden suspenderse. Estos son: i) el derecho a la vida, a menos que la sentencia definitiva de un tribunal competente disponga lo contrario, ii) el derecho a no ser sometido a torturas, que ha alcanzado la condición de *jus cogens*, iii) el derecho a no ser sometido a esclavitud, iv) el derecho de toda persona privada de libertad a ser tratada humanamente, v) el derecho a no ser procesado en virtud de legislaciones retroactivas, vi) el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica y vii) el derecho a la libertad de pensamiento y de conciencia.

El PIDESC dispone también la suspensión de obligaciones. El Artículo 4 del PIDESC permite que un Estado Parte suspenda su obligación de hacer cumplir los derechos reconocidos por el tratado pero siempre que sean “únicamente limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”. A diferencia del PIDCP, que contiene disposiciones de índole tan fundamental que deben garantizarse en todo momento, el PIDESC se ocupa sobre todo de los derechos que sólo pueden garantizarse gradualmente. Interesa señalar que el artículo 2 (3) estipula que “los países en desarrollo ... podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el ... Pacto a personas que no sean nacionales suyos”.

La mayoría de las garantías contenidas en los Pactos es aplicable a personas que viven en su país de nacionalidad así como a los migrantes, trabajadores migrantes, refugiados y personas desplazadas. Al parecer, se ha establecido que entre los factores que desencadenan el movimiento de individuos fuera de su país de nacionalidad el principal son las violaciones de sus derechos humanos fundamentales.⁵ Lamentablemente, los individuos involucrados en el proceso de abandonar su país de nacionalidad tienden a ser objeto de nuevas violaciones de los derechos humanos durante el viaje y a ser víctimas de más violaciones aún en el país receptor.

5 En la mesa redonda de la OIM sobre la circulación de las personas, celebrada en San Remo, en mayo de 1990, el representante del Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas manifestó que los derechos humanos están generalmente en tela de juicio en el país de origen, donde la falta de garantías para el disfrute de las libertades fundamentales o las profundas desigualdades económicas y sociales inducen la migración masiva.

Otro de los tratados internacionales de derechos humanos que ofrece garantías de importancia para los trabajadores migrantes es la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*. Esta Convención promueve el fin de la tortura y de otros tratos degradantes en todo el mundo, y extiende la aplicación del principio de *non-refoulement* (no devolución) a todos los casos en que haya razones fundadas para creer que una persona estaría en peligro de ser sometida a tortura si es devuelta a su país.

La *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (1965) es la fuente más autorizada y completa de principios de derecho internacional sobre la discriminación racial. El artículo 1 (1) de la Convención define la discriminación racial como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales”.⁶ Con arreglo al inciso 2 del Artículo 1 de esta Convención se permite que los Estados Partes hagan distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias entre ciudadanos y no ciudadanos. El inciso 3 del mismo artículo, que trata de las disposiciones legales de los Estados Partes sobre nacionalidad, ciudadanía o naturalización, especifica que tales disposiciones legales no deben establecer discriminación contra ninguna nacionalidad en particular. El artículo 5 de la Convención contiene una enumeración de todos los derechos que debe gozar toda persona sin distinción de raza, color, u origen nacional o étnico. La Convención no garantiza estos derechos como tales, sino que dispone más bien que en la medida en que estos derechos existen a nivel nacional, deben disfrutarse sin discriminación.

Las convenciones regionales sobre derechos humanos, a saber, la *Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, la *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* contienen disposiciones análogas a las ya analizadas, otorgan garantías similares y se aplican a todas las personas por igual dentro de la jurisdicción territorial de los Estados Partes contratantes.

En conclusión, los tratados sobre derechos humanos otorgan muchas garantías a todos los individuos presentes o ausentes del territorio de su Estado de nacionalidad. Sin embargo, dado que los tratados ya analizados

6 Artículo 1 (1).

no se aprobaron específicamente para proteger los derechos de los trabajadores migrantes, no contienen disposiciones relativas a las violaciones concretas que sufren los trabajadores migrantes en los países receptores. En un esfuerzo por brindar protección adicional a los trabajadores migrantes se idearon y adoptaron posteriormente otros instrumentos internacionales y regionales centrados exclusivamente en la protección de sus derechos humanos.

3.2 Derechos de los trabajadores migrantes

3.2.1 Instrumentos universales

La adopción por la comunidad internacional de convenciones e instrumentos centrados concretamente en los derechos de los trabajadores migrantes refleja la sentida necesidad de establecer normas apropiadas para el trato de las personas pertenecientes a este grupo. Designada por mandato para ocuparse de las prácticas laborales justas, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha liderado varias iniciativas conducentes al establecimiento de normas laborales internacionales que beneficien a los trabajadores migrantes. Los esfuerzos de la OIT han llevado a la aprobación de varios convenios e instrumentos sobre los derechos de los trabajadores migrantes. Los principales son: i) el *Convenio (Nº 97) relativo a los trabajadores migrantes* de 1949, acompañado de la *Recomendación (Nº 86) relativa a los trabajadores migrantes* de 1949 y ii) el *Convenio (Nº 143) sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes* de 1975, acompañado de la *Recomendación (Nº 151) relativa a los trabajadores migrantes* de 1975.

El *Convenio relativo a los trabajadores migrantes* de 1949 está centrado principalmente en i) las normas aplicables a la contratación de trabajadores migrantes y ii) las condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes contratados. El artículo 6, de este convenio dispone específicamente la aplicación de un trato igual a los nacionales y trabajadores migrantes que se encuentren legalmente en el territorio de un Estado Parte. Con arreglo al inciso 1a) del artículo 6 los trabajadores migrantes deberán recibir un trato no menos favorable que el que se aplique a los propios nacionales en relación con la remuneración, la afiliación a organizaciones sindicales y la vivienda “siempre que estos puntos estén reglamentados por la legislación o dependan de las autoridades administrativas”. Con arreglo al inciso 1a) del artículo 6, los trabajadores

migrantes tienen derecho a varios tipos de prestaciones de seguridad social, que incluyen las relativas a los accidentes de trabajo, maternidad, enfermedad, vejez y muerte. Si bien estas prestaciones son a reserva de “acuerdos apropiados para la conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en curso de adquisición” y de “la legislación nacional del país de inmigración”, lo importante es que los Estados Partes de este convenio deberán otorgar estos derechos a los nacionales y trabajadores migrantes sin discriminación en cuanto a nacionalidad, raza, religión o sexo.⁷

El *Convenio (Nº 143) sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes* de 1975 persigue la eliminación de la emigración ilegal y del empleo ilegal. El artículo 3 de este convenio impone a los Estados Partes la obligación de adoptar todas las medidas necesarias a) para suprimir las migraciones clandestinas con fines de empleo y el empleo ilegal de migrantes, y b) contra los organizadores de movimientos ilegales o clandestinos de migrantes con fines de empleo. El inciso 1 del artículo 8 del convenio protege a los trabajadores migrantes de ser considerados en situación ilegal o irregular y perder por ello su permiso de residencia y por ende su empleo. En consecuencia, el inciso 2 otorga al trabajador migrante que ha perdido su empleo el mismo trato que a los nacionales con respecto a las garantías en materia de seguridad en el empleo, que incluyen la obtención de otro empleo, obras para absorber desempleo y capacitación.⁸

Además de las disposiciones contenidas en los convenios laborales de la OIT ya mencionadas sobre la igualdad de derechos de los trabajadores migrantes a ciertas prestaciones de la seguridad social, la OIT ha elaborado un convenio que se aplica específicamente a la desigualdad de trato que sufren los trabajadores migrantes comparados con los nacionales en cuanto a sus derechos a estas prestaciones. Se trata del *Convenio (Nº 118) sobre Igualdad de Trato de Nacionales y No Nacionales en materia de Seguridad Social* de 1962. En el ámbito de las prestaciones sociales, los trabajadores migrantes se benefician también del *Convenio (Nº 157) sobre el*

7 Véase también el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) (Nº 111).

8 La Recomendación Nº 100 de 1995, relativa a la protección de los trabajadores migrantes en los países subdesarrollados, identificó algunos países del Tercer Mundo donde había que fomentar la libre circulación de migrantes y otros donde había que desalentarla en el interés del país. La Recomendación sobre política de empleo de 1964 estaba destinada a lograr el reconocimiento de los intereses de los países en desarrollo.

Establecimiento de un Sistema Internacional para la Conservación de los Derechos en Materia de Seguridad Social de 1982. Este segundo convenio va acompañado de la *Recomendación* (Nº 167) *sobre el Establecimiento de un Sistema Internacional para la Conservación de los Derechos en Materia de Seguridad Social* de 1982.

El artículo 2 de ambos convenios enumera las prestaciones concretas de seguridad social que los Estados Partes deben cerciorarse de que beneficien a los trabajadores migrantes. El Convenio sobre el Establecimiento de un Sistema Internacional para la Conservación de los Derechos en Materia de Seguridad Social dispone específicamente: i) en la Parte II las directrices para la implementación del convenio en el plano interno a los efectos de evitar los conflictos de leyes, y ii) en la Parte III la participación de los Estados Partes en sistemas para la conservación de los derechos en curso de adquisición.

El logro más importante en los últimos años respecto a la protección de los derechos de los trabajadores migrantes ha sido la aprobación en 1990 por la Asamblea General de las Naciones Unidas de la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*. Esta convención reafirma las garantías fundamentales en materia de derechos humanos que tienen los trabajadores migrantes y sus familiares. Asimismo, constituye la prueba de la necesidad de fortalecer el sistema de protección de los derechos humanos que benefician a este grupo de personas. Esta convención brinda también a los Estados un instrumento legal que facilita la articulación de un sistema uniforme de legislación nacional y de acuerdos mutuos con respecto al tránsito clandestino y tráfico de trabajadores. A diferencia de los convenios ya mencionados, el objetivo subyacente de esta convención particular es asegurar que los tratados contengan disposiciones que obliguen a los Estados Partes a poner en vigor la protección de los derechos humanos de los trabajadores migrantes y de sus familiares que puedan encontrarse como no documentados o en situación irregular.

En el artículo 2 la Convención define los diversos tipos de trabajadores migrantes a los que se aplica. Estos son: trabajador migratorio (véase la definición *supra*), trabajador fronterizo, trabajador de temporada, marino, trabajador en una estructura de alta mar, trabajador itinerante, trabajador vinculado a un proyecto, trabajador con empleo concreto y trabajador por cuenta propia. A los efectos de su aplicación, el artículo 5 de la Convención reconoce como trabajadores migrantes a los que son considerados documentados así como a los que son considerados no documentados. El artículo 7 afirma que los derechos previstos en la Convención deberán

respetarse sin distinción alguna. Además, estos derechos deberán respetarse y asegurarse “de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”. En la parte III de la Convención, del artículo 8 hasta el artículo 35, se enumera un nutrido conjunto de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales aplicables a *todos* los trabajadores migrantes y sus familiares, sean documentados o no documentados. Aunque estas disposiciones consisten en gran medida en la reiteración de las declaraciones contenidas en la Carta Internacional de Derechos Humanos y otros instrumentos fundamentales de derechos humanos, especifican los derechos correspondientes a los trabajadores migrantes y con ello los hacen más explícitamente aplicables. Los derechos humanos en cuestión son los siguientes:

- Derecho a salir de cualquier Estado, incluido su Estado de origen y derecho a regresar a su Estado de origen y permanecer en él (artículo 8);
- Derecho a la vida (artículo 9);
- Prohibición de ser sometido a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 10);
- Prohibición de ser sometido a esclavitud, servidumbre, trabajos forzados u obligatorios (artículo 11);
- Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 12);
- Prohibición de ser sometido a injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia (artículo 14);
- Prohibición de ser privado arbitrariamente de sus bienes (artículo 15);
- Derecho a la libertad y seguridad personales y prohibición de ser sometido a detención o prisión arbitrarias; en caso de detención, derecho a ser informado, en un idioma que comprenda, sobre los motivos de su detención (artículo 16);
- Prohibición de ser objeto de expulsión colectiva (artículo 22).

Se hace especial hincapié en el principio de la igualdad de trato entre todos los trabajadores migrantes y los nacionales ante los tribunales (artículo 18) y con respecto a la remuneración y otras condiciones de trabajo (artículo 25). La igualdad también deberá respetarse en ámbitos tales como la atención médica urgente (artículo 28) y el acceso a la educación (artículo 30). Al término de su permanencia, los trabajadores migrantes tienen derecho a transferir sus ingresos y ahorros, así como sus efectos personales y otras pertenencias (artículo 32).

En la parte IV de la Convención, del artículo 36 hasta el artículo 56, se enumeran otros derechos de los trabajadores migrantes que estén documentados o se encuentren en situación regular. A los trabajadores migrantes que estén documentados y a sus familiares se les otorga el derecho a la libertad de movimiento en el territorio del Estado de empleo (artículo 39). Además, se les otorga el derecho a establecer asociaciones y sindicatos (artículo 40). En esta parte de la Convención se destaca la igualdad de trato con los nacionales en áreas que incluyen el acceso a la educación, vivienda y servicios de formación profesional y sociales.

La parte VI ilustra uno de los objetivos principales de la Convención. En los artículos 64 a 71 la Convención busca impedir y elimina la entrada y el empleo ilegales de los trabajadores migrantes, e insta a los Estados Partes a tomar medidas para alcanzar este objetivo. Las medidas sugeridas comprenden la imposición de sanciones a las personas que organicen movimientos irregulares y a los empleadores de trabajadores no documentados (artículo 68). En la promoción de "condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas" para los trabajadores migrantes, los Estados se consultarán y colaborarán entre sí (artículo 64). Los Estados deberán mantener servicios apropiados para atender las cuestiones relacionadas con la migración mediante la formulación de políticas migratorias, el intercambio de información, el suministro de información a los trabajadores migrantes y facilitando la provisión de servicios consulares (artículo 65).

La Convención es un paso importante que adoptó la comunidad internacional hacia el reconocimiento y la promoción de los derechos de todos los trabajadores migrantes. Refleja el surgimiento de una toma de conciencia creciente de los problemas y el trato discriminatorio que enfrentan muchos trabajadores migrantes. La Convención también representa un reconocimiento de la magnitud del problema de la migración irregular. Su implementación podría mejorar notoriamente la protección efectiva de los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes. No obstante, resulta decepcionante el escaso número de ratificaciones habidas hasta ahora.⁹ Parece haber una falta de difusión de la información sobre la existencia de la Convención. Además, muchos Estados requieren más tiempo para examinar con detenimiento el cúmulo de disposiciones contenidas en sus 93 artículos antes de embarcarse en el proceso de ratificación. Asimismo,

9 Catorce Estados (Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Cabo Verde, Colombia, Egipto, Filipinas, Ghana, Guinea, México, Marruecos, Senegal, Seychelles, Sri Lanka y Uganda) han ratificado la Convención o adherido a ella. Bangladesh, Chile, Comoros, Guatemala, Paraguay, Tayikistán y Turquía han suscrito la Convención sin ratificarla. Veinte Estados tienen que ratificar la Convención para que entre en vigor.

algunos Estados podrían optar por excluirse definitivamente de la ratificación basados en la falsa percepción de que al promover el respeto de los derechos humanos fundamentales de *todos* los trabajadores migrantes, estarían fomentando la llegada de más trabajadores migrantes en situación irregular. Además, el resurgimiento reciente de la xenofobia y el racismo en muchos Estados ha provocado un sentimiento antimigrante que ha llevado a los gobiernos a ser extremadamente precavidos respecto a la aprobación e implementación de políticas y legislación relativas a este grupo particular (Hume, 1994, p. 79).

3.2.2 Instrumentos regionales

En Europa, se adoptaron varias convenciones sobre derechos humanos bajo los auspicios del Consejo de Europa, a saber: la *Convención europea para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales* (1950), la *Carta Social Europea* (1961) y su *Protocolo adicional* (1988). Contienen numerosas disposiciones relativas a los individuos que viven y trabajan en países de los cuales no son nacionales. Comprenden, entre otras cosas, el derecho a la privacidad, la vida familiar, el derecho a desempeñar una ocupación remunerada en el territorio de otro país miembro, el suministro de información a los trabajadores migrantes, la facilitación del proceso migratorio, la igualdad de trato de nacionales y no nacionales respecto del empleo. Las convenciones europeas sobre derechos humanos que se ocupan concretamente de los trabajadores migrantes comprenden la *Convención europea sobre la condición jurídica de los trabajadores migrantes* (1977); el *Convenio sobre la reducción de los casos de nacionalidad múltiple* (1963); y el *Convenio sobre la participación de extranjeros en la vida pública local* (1992).

La Comisión Europea ha elaborado también un cuerpo importante de normas que regulan los flujos migratorios intrarregionales y el trato de los trabajadores no nacionales. La Comunidad Europea se ha centrado sobre todo en los aspectos económicos de la migración y la integración, aunque ha prestado cada vez más atención a sus aspectos sociales. Entre las regulaciones más importantes figura: la Regulación N° 1408/71/EEC relativa a la aplicación de los regímenes de seguridad social a las personas empleadas y empleadas por cuenta propia y a sus familiares que se han mudado dentro de la Comunidad (modificada por la Regulación N° 1606/98/EC, de 29 de junio de 1998). El documento básico que determina con mayor detalle el trato de los no nacionales en la región es la *Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores*

(1989). Aunque este documento carece de fuerza legal, su importancia radica en que brinda principios orientadores para el trato de nacionales de la Comunidad Europea respecto del empleo. Las directrices que emanan de la Comunidad Europea abarcan aspectos como la libertad de movimiento y residencia, el derecho a permanecer en el territorio de otro Estado miembro con posterioridad al término del empleo, la educación de los hijos de los trabajadores migrantes, cuestiones de salud y seguridad, y el derecho a votar y ser candidato en las elecciones de otros Estados miembros.

En África, los instrumentos regionales pueden dividirse también en dos categorías, los que versan sobre los derechos humanos en general y los que tienen relevancia específica para los trabajadores migrantes. La *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* (1981) es la más importante. Protege a los individuos de la discriminación y prohíbe la expulsión en masa de no nacionales. Entre los instrumentos relativos a los trabajadores migrantes, la mayoría de las normas enumeradas se centran sobre todo en la integración económica, y en forma tangencial en los aspectos sociales y culturales de la migración. En el plano subregional, hay varios instrumentos relacionados principalmente con la migración intrarregional. En 1975 la Comunidad Económica de los Estados del África Occidental (CEDEAO) aprobó el Tratado de Lagos que garantiza la libertad de movimiento y residencia, así como la igualdad de trato respecto de las actividades culturales, religiosas, económicas, profesionales y sociales entre los nacionales de todos los Estados participantes. El protocolo de este Tratado, de 1979, otorga a todos los ciudadanos de la CEDEAO el derecho a ingresar, residir y establecerse en el territorio de los Estados miembros.

La Unión Aduanera y Económica del África Central aprobó en 1973 un acuerdo que reconoce el principio de no discriminación en el empleo basada en la nacionalidad. Este acuerdo fue complementado en 1985 por un Convenio en materia de seguridad social para los trabajadores migrantes. En 1978, la Comunidad Económica de los Países de los Grandes Lagos aprobó un Convenio en materia de seguridad social relativo a los nacionales de la comunidad que hayan trabajado en otro país miembro. Por último, en 1985, el Convenio sobre el libre movimiento de los pueblos preveía que dicho proceso podría tardar hasta 15 años (?).

En el mundo árabe, el documento fundamental relativo a los derechos humanos, la *Declaración de El Cairo sobre los derechos humanos en el Islam*, fue aprobada por la Organización de la Conferencia Islámica en 1990. Garantiza la no discriminación basada en diversos motivos para todos los individuos. Concretamente, en materia de migración, el acuerdo del consejo de la Unidad Económica Árabe (1965) dispone la libertad de movimiento,

empleo y residencia y elimina ciertas restricciones al movimiento en la región. En 1968, la Organización Árabe del Trabajo elaboró el *acuerdo árabe del trabajo*, destinado a facilitar el movimiento de trabajadores en la región y que otorga prioridad a los trabajadores árabes en la región. Estas mismas disposiciones se reiteraron en los años setenta con el fortalecimiento de las medidas para conservar los empleos para los trabajadores de habla árabe y desalojar de la región a los trabajadores que no lo son.

Esta insistencia en reducir la participación de los migrantes externos en el mercado laboral de habla árabe se manifiesta durante todos los años ochenta, con la aprobación de la *Estrategia de Acción Económica Conjunta Árabe* y la *Carta de Acción Económica Nacional*. La Estrategia de Acción Económica Conjunta Árabe determina que debe recurrirse cada vez más a la mano de obra árabe para reducir la dependencia de la mano de obra extranjera, mientras que la Carta de Acción Económica Nacional suprime las barreras legales entre los nacionales y migrantes de otros Estados de habla árabe y dispone la libertad de movimiento y la igualdad de trato. La Declaración de principios sobre el movimiento de mano de obra árabe (1984) subraya también la necesidad de otorgar preferencia a los nacionales árabes, e insta a la vez al fortalecimiento de los órganos regionales y de la cooperación intrarregional.

En la región de Asia y el Pacífico, los países no han establecido aún ningún acuerdo o institución regional que se ocupe de los derechos humanos o de los derechos de los trabajadores migrantes. No obstante, el tema ha sido mencionado en debates del Foro de Cooperación Económica en Asia y el Pacífico.

En las Américas, las normas regionales en materia de derechos humanos en general están contenidas en la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (1948) y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* de 1969. En América Latina, se prevé que el *Mercado Común del Sur* (Mercosur) de 1995 formalizará el flujo informal actual de trabajadores por las fronteras internas de la región, mientras que los firmantes del Acuerdo de Cartagena o Pacto Andino aprobaron en 1977 la creación del instrumento andino para los trabajadores migrantes y en 1996 la creación de la tarjeta andina de migración, que persigue facilitar los flujos migratorios en la subregión.

El *Tratado de Libre Comercio de América del Norte* (TLC) se ocupa sólo tangencialmente de las cuestiones migratorias por intermedio del *Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte* y también en el propio texto del TLC. El TLC permite una cierta cuota de inversionistas, personal altamente calificado y ejecutivos de empresas multinacionales entre los Estados firmantes.

3.3 Derecho humanitario internacional

Los trabajadores migrantes pueden quedar librados a su suerte en un país cuando existe una situación de conflicto armado. En tales circunstancias, se benefician de la protección que otorga a los civiles el derecho humanitario internacional, en particular los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Estos trabajadores migrantes quedarían también protegidos por las disposiciones de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 aprobados en 1977. De manera más concreta, la parte IV del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) contiene numerosas disposiciones relativas a la protección de la población civil que deben observarse en todas las circunstancias. El artículo 1.2 de este protocolo estipula que

“En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública.”

El recurso a este principio general se halla también en el Preámbulo del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II). En el Preámbulo se estipula que “en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”.

Los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos de 1977 también establecieron normas para el trato de los extranjeros en el territorio de una parte en el conflicto. Los artículos 35 a 46 del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (el cuarto Convenio de Ginebra) se ocupan específicamente de la protección de los extranjeros. El artículo 17 del Protocolo II prohíbe el desplazamiento de la población civil a menos que motivos militares imperiosos así lo exijan.

3.4 Derecho de extranjeros

El derecho de extranjeros es principalmente derecho consuetudinario, derivado en parte de las decisiones de tribunales internacionales y nacionales. Las dos normas básicas que confirman el derecho de extranjeros

son la igualdad de trato (que estipula que los extranjeros deben recibir un trato igual que los nacionales, con algunas excepciones, tales como los derechos políticos), y el principio de que no se puede violar ciertas normas internacionales mínimas de trato humano en relación con los extranjeros.¹⁰ Estos conceptos afirman la existencia de los derechos fundamentales que deben gozar todos los extranjeros. Los principios y algunas otras disposiciones del derecho de extranjeros, relativas a aspectos como la expulsión y las condiciones de admisión, son aplicables a los trabajadores migrantes. No obstante, el derecho de extranjeros prácticamente no contempla la condición de los trabajadores migrantes no documentados, o aquellos que se encuentran en situación irregular, y por tanto no rige plenamente para una gran proporción de los trabajadores migrantes actuales.

3.5 Derechos humanos fundamentales de los trabajadores migrantes

El cuerpo de normas de derechos humanos y aquel de los trabajadores migrantes son comprensivos y están bien afianzados. Hay un número considerable de convenciones e instrumentos que especifican las obligaciones de los Estados Partes y brindan mecanismos de implementación para promover su cumplimiento. No obstante, un número importante de Estados no han suscrito aún la mayoría de los tratados y no están obligados a cumplir las disposiciones de los mismos. Muchos Estados siguen sin cumplir sus obligaciones emanadas de los tratados y no han tomado medidas efectivas para asegurar que se protejan los derechos humanos fundamentales de los trabajadores migrantes. Todos los trabajadores migrantes, pero sobre todo aquellos en circunstancias irregulares o al margen de las definiciones tradicionales, son acreedores de la preocupación de la comunidad internacional. Para que su protección sea efectiva, hay que primero identificar sus derechos para luego respetarlos y promoverlos. Por lo tanto, es conveniente establecer si hay un núcleo de derechos tan fundamental que todos los Estados deben observarlos. Este ha sido el tema de debates jurídicos y desacuerdos por varios años (Shachter, 1991, p. 336). No obstante, en general se acepta que existe un “núcleo imprescindible” de derechos que constituyen las garantías mínimas que deben gozar todos los seres humanos. Dentro de este núcleo se han identificado los derechos siguientes:

10 Véase en particular Roth (1949) y Schnitzer (1961, pp. 537-538).

- Derecho a la vida;
- Prohibición de ser sometido a esclavitud/trata de esclavos y servidumbre;
- Prohibición de ser sometido a tortura o a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes;
- Prohibición de ser sometido a medidas penales retroactivas;
- Derecho al reconocimiento como persona ante la ley;
- Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

Además de los derechos ya enumerados, hay también algunos derechos fundamentales que se han definido como aplicables a todos los trabajadores migrantes sin importar su condición. Estos son:

- Derecho a salir de cualquier país y regresar a su país (Mubanga-Chipoya, 1987, p. 7);
- Derecho a sostener opiniones sin injerencias;
- Prohibición de sufrir injerencias arbitrarias o ilegales en la privacidad, la familia, el hogar, etc.;
- Derecho a la protección de la propiedad;
- Derecho a la libertad y seguridad de la persona;
- Derecho, en caso de ser privado de libertad, a ser tratado con humanidad y con respeto a la dignidad inherente a la persona humana y a su identidad cultural;
- Derecho a la igualdad con los nacionales ante los tribunales;
- Prohibición de sufrir medidas de expulsión colectiva.

Es evidente que los Estados Partes de convenciones como las ya analizadas están obligados por las disposiciones emanadas de los tratados, las que en la práctica extienden las obligaciones a los migrantes y trabajadores migrantes.

Pése a la existencia de muchas convenciones e instrumentos internacionales, y la aceptación por los Estados de la necesidad de hacer cumplir la protección de los derechos humanos fundamentales, abunda todavía la discriminación, el abuso y las prácticas desleales. Por lo tanto, es imperativo que se adopte una legislación nacional y se asegure una implementación efectiva tanto por los Estados de emigración como de inmigración, a fin de frenar las violaciones de estos derechos.

4. ASPECTOS CONCRETOS RELATIVOS A LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES

La migración es un proceso dinámico, sujeto constantemente a presiones y patrones cambiantes, que exige respuestas nuevas y dinámicas. El fenómeno creciente de los trabajadores migrantes en situación irregular y otros que no están claramente protegidos por un régimen legal, el notorio incremento del tráfico, sumado a los abusos de los derechos como consecuencia de la discriminación, indican que la promoción de los derechos de los trabajadores migrantes debe ser una preocupación prioritaria de la comunidad internacional. Merecen destacarse algunos de los aspectos concretos relativos a los derechos de los trabajadores migrantes, tanto en el derecho internacional como en la práctica moderna actual.

4.1 Libertad de circulación

Aunque la libertad de circulación es un derecho humano fundamental ya consagrado, entraña aspectos problemáticos que impiden su verdadero goce.¹¹ Inherente al concepto de migración, el derecho a la libertad de circulación puede ejercerse con respecto a i) circular en el territorio de un país, ii) salir de cualquier país, y iii) regresar a su país. Este derecho ha sido reconocido mucho antes del advenimiento del régimen vigente de derechos humanos. Sócrates, por ejemplo, consideraba que el derecho a salir de su país era un atributo de la libertad ateniense; la Carta Magna inglesa de 1215 garantizaba el derecho a “salir de nuestro reino, y a retornar a él sano y salvo, por tierra o por mar”. Actualmente, este derecho está consagrado en el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que estipula:

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.

11 Se debate si este derecho pertenece a la categoría de los derechos fundamentales ya que los Estados le han otorgado escaso reconocimiento. Para un análisis del tema véase Goodwin-Gill, Jenny y Perruchoud (1985); véase asimismo Mubanga-Chipoya (1987), quienes sostienen que este derecho es parte del derecho consuetudinario internacional.

Además, el artículo 12 del PIDCP aporta más información sobre el contenido de este derecho:

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.

3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones, salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.

El primer aspecto del derecho a la libertad de circulación es la libertad de residencia en el territorio de un Estado y se aplica a todas las personas sin distinción de nacionalidad. Sin embargo, su aplicación sólo se extiende a las personas que residen legalmente en el territorio de un Estado dado, y por lo tanto, no incluye a los migrantes indocumentados ni a los trabajadores migrantes en situaciones irregulares.

El segundo aspecto del derecho a la libertad de circulación es el de poder salir de cualquier país, incluso del propio. Esto se aplica también a todas las personas sin distinción. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha sostenido que si bien en el PIDCP no existe un derecho a entrar a cualquier país salvo el propio, el derecho a salir y a regresar debe interpretarse de manera amplia. Por lo tanto, este derecho se ha traducido en el derecho a viajar, y el acceso a los documentos de viaje pertinentes puede considerarse como parte integrante de él (Hannum, 1987, p. 20). La limitación principal del derecho a la libertad de circulación es que, conforme al derecho internacional, no se desprende como corolario el derecho a entrar al territorio de otro país. De hecho, uno de los principios más reconocidos de la soberanía de los Estados es el derecho a decidir sobre las condiciones de ingreso.

El tercer aspecto es el derecho a entrar a su propio país. La interpretación de este derecho ha sido objeto de prolongados debates sobre aspectos tales como si la nacionalidad es un requisito. También ha vuelto problemático el goce de este derecho en ausencia de la documentación o

identificación de viaje pertinentes. El derecho está vinculado también a la cuestión de los exilios o expulsiones forzosas, que pueden privar a las personas de su derecho a regresar.

Se ha sostenido también que el derecho a la libertad de circulación implica necesariamente el derecho a *no* circular, o ser desplazado. Los conflictos armados internacionales y nacionales, las luchas civiles, la implementación de ciertas políticas internas discriminatorias, pueden causar desplazamiento, e infringir con ello el derecho a la libertad de circulación, no sólo porque los desplazados se hallan invariablemente restringidos en sus movimientos (por ejemplo, cuando son confinados a campamentos o aldeas de reasentamiento) sino también porque no pueden ejercer su derecho a regresar a su país de origen o zona principal (Stavropoulou, 1994, p. 739). El derecho de las personas a permanecer en paz, en sus hogares, en sus tierras, y en sus países, ha sido afirmado también por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías.¹³

4.2 Expulsión

La expulsión, sea colectiva o individual, se refiere al obrar, o no obrar, de una autoridad del Estado con la intención y el efecto de asegurar el desalojo de una persona o personas contra su voluntad del territorio de ese Estado (Coles, 1983, p. 2; Perruchoud, 1988, p. 67).

El PIDCP trata el tema de la expulsión en el artículo 13, que dice así: El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.

Esta disposición extiende sus garantías sólo a los extranjeros que residen legalmente en el territorio de un Estado, y por tanto no protege a los migrantes no documentados o irregulares. No obstante, si la legalidad de la entrada o permanencia de un extranjero está en discusión, toda decisión conducente a su expulsión debe tomarse en conformidad con el artículo 13 (Plender, 1997, p. 34). Esta prohibición universal de practicar expulsiones

12 En su 48º período de sesiones, Resolución 1996/9.

que sean discriminatorias o arbitrarias se aplica por igual a los trabajadores migrantes, como puede advertirse en las convenciones y recomendaciones de la OIT, así como en varios instrumentos regionales y en la Convención de las Naciones Unidas sobre los trabajadores migrantes de 1990. Sin embargo, pese a esta clara prohibición, las expulsiones en que los derechos de los extranjeros no están protegidos o que no son sometidas a revisión judicial siguen ocurriendo.

4.3 Tráfico

El tráfico es una forma de migración irregular que se ha convertido últimamente en un “negocio mundial” altamente organizado y lucrativo. El crecimiento del tráfico está concitando rápidamente la preocupación de la comunidad internacional, no sólo por la amenaza que significa para la migración ordenada y la seguridad nacional, sino también por la explotación, el abuso y las violaciones de derechos que sufren los migrantes.

La gran demanda por migrar, sumada a controles o requisitos de entrada más estrictos, ha brindado a esos empresarios la posibilidad de obtener utilidades. La cantidad de personas que tratan de ingresar clandestinamente a un país ha dado origen a un mercado de servicios como el suministro de documentos de viaje fraudulentos, transporte, cruces de frontera guiados, alojamiento y corretaje de empleos. Los traficantes proporcionan estos servicios a los candidatos a migrantes por una suma determinada.

Las consecuencias potenciales para los individuos son gravísimas. Estos trabajadores migrantes se hallan en las garras de los traficantes y pueden sufrir abuso físico y mental y violaciones de sus derechos humanos. En muchos casos, los traficantes están vinculados con el crimen organizado y tratan en forma despiadada a los migrantes. En otros casos, los trabajadores migrantes quedan simplemente abandonados o en peligro porque los traficantes temen que las autoridades los atrapen. A menudo, los viajes clandestinos son peligrosos, pues los migrantes van hacinados en botes o camiones sin aire, agua o alimentos en cantidad suficiente. Incluso al término del viaje, estas personas pueden seguir estando a merced de los traficantes; forzadas a una situación de esclavitud o de servidumbre laboral, mantenidas como rehenes para obtener rescate, o como ocurre a menudo con las mujeres, violadas y forzadas a ejercer la prostitución. La actividad de los traficantes plantea graves amenazas a los derechos, la salud e incluso la propia vida de los trabajadores migrantes.

El crecimiento continuo del tráfico de migrantes representa un desafío para la comunidad internacional. Plantea una amenaza muy real a los trabajadores migrantes en todo el mundo, que son engañados, explotados y despojados de sus derechos humanos fundamentales y su dignidad. El tratamiento del problema exige el reconocimiento de la gravedad del tráfico tanto en el plano nacional como internacional. Cabe reconocer también que las personas involucradas son víctimas y no deben ser castigadas además por las autoridades. De hecho, los Estados deben trabajar en conjunto, conscientes de que el tráfico presenta un grave obstáculo a la protección efectiva de los derechos humanos de los trabajadores migrantes.

4.4 Empleo y seguridad social

La cuestión del acceso al empleo es de vital importancia económica y social para los trabajadores migrantes y sus familiares. El vínculo entre las restricciones de acceso al empleo para los trabajadores extranjeros y su condición socio-ocupacional persistentemente desmedrada se ha identificado como un aspecto de la “discriminación sistemática institucionalizada” arraigada en el sistema de migración temporal (Cholewinski, 1997, p. 290).

La protección internacional de los trabajadores migrantes ha sido el objetivo de la OIT desde su fundación.¹³ Ha elaborado varias normas incorporadas en las convenciones y recomendaciones ya mencionadas. El principio central de la igualdad de trato entre nacionales y no nacionales en el mercado laboral comprende la contratación, los salarios, la seguridad social y demás condiciones laborales. No obstante, pese a la existencia de normas internacionales contra la discriminación y al principio de la igualdad de trato consagrado en la OIT y otros instrumentos internacionales, la discriminación contra los trabajadores migrantes en materia de empleo y acceso a la seguridad social sigue practicándose en países de todo el mundo. Las exclusiones o preferencias relativas a los tipos de empleo abiertos a los migrantes, las normas diferentes que se aplican a la estabilidad en el empleo o la condición contractual, y las desigualdades en materia de remuneración o escalafón, son algunos de los problemas que suelen encarar los trabajadores migrantes.

13 El Tratado de Versalles que estableció la OIT en 1919 estipula en su artículo 427 que “las reglas que en cada país se dicten con respecto a las condiciones del trabajo deberán asegurar un trato económico equitativo a todos los trabajadores que residan legalmente en dicho país” y la Constitución de la OIT enuncia entre sus objetivos prioritarios “la protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero”. Véase también R. Zegers de Beijil (1997).

Tal discriminación puede tener también impactos negativos sobre el país de destino; el acceso al empleo y el igual trato durante su vigencia es el instrumento principal para integrar a los no nacionales. Por lo tanto, el empleo y las relaciones laborales entre los migrantes y miembros del país receptor pueden tener un efecto decisivo sobre la inserción de los migrantes en el país receptor.

La discriminación suele ser de carácter informal. Las prácticas de contratación pueden excluir a los migrantes mediante criterios de selección inapropiados; pueden ser tratados como "inferiores" por sus colegas de trabajo y ser víctimas de prejuicios y actitudes discriminatorias. En estos casos, las normas y la legislación internacional existente no pueden tratar efectivamente el problema. Se necesita además impartir capacitación en materia de igualdad de oportunidades y antidiscriminación.

Además, la demanda sostenida de mano de obra extranjera, sumada a los estrictos controles de ingreso en muchos países, ha aumentado el número de trabajadores migrantes ilegales. Estos trabajadores indocumentados son más vulnerables aún al abuso, la discriminación y la explotación. Sin condición jurídica, un migrante puede ser objeto de explotación, obligado a aceptar cualquier tipo de empleo, y cualquier condición de trabajo y de vida. En el peor de los casos, la situación puede ser semejante a la esclavitud o el trabajo forzado. Los trabajadores migrantes no documentados rara vez piden justicia o que se respeten sus derechos por temor a ser descubiertos y expulsados.

5. SUPERVISIÓN Y OBSERVANCIA

Varios tratados mencionados en este artículo tienen su propio régimen de observancia. Por ejemplo, el PIDCP y el PIDESC imponen la obligación a los Estados Partes de informar periódicamente a los órganos internacionales sobre las medidas que han adoptado, los progresos que han hecho y sobre cualquier dificultad que hayan encontrado en la implementación de los Pactos. Los individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de los derechos humanos pueden también formular sus quejas a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, la que admitirá la queja siempre que haya motivos razonables para creer que hay un patrón sistemático de violaciones graves y fidedignas de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Una vez establecido ese umbral, la Subcomisión puede remitir el caso a la Comisión de Derechos Humanos.

Los casos aislados pueden examinarse también con arreglo al procedimiento de quejas del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

También se han establecido procedimientos para que los individuos formulen sus quejas conforme a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

En términos de los derechos de los trabajadores migrantes en particular, todo país miembro de la OIT debe informar periódicamente sobre las medidas, legales y prácticas, tomadas para aplicar las convenciones que ha ratificado. Estos informes son examinados por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, cuyas observaciones pueden publicarse en un informe anual elevado a la Conferencia Internacional del Trabajo. Además, las organizaciones de empleadores y trabajadores pueden interponer representaciones a la Oficina Internacional del Trabajo por la inobservancia de un Estado miembro de la convención que ha ratificado. Un país miembro también puede presentar quejas por la inobservancia de otro país miembro.

La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 1990, contiene disposiciones para el establecimiento de un Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (artículo 72). El Comité puede examinar los informes sobre la aplicación de la Convención presentados por los Estados Partes y recibir además las quejas de los Estados e individuos. Con arreglo al artículo 73, los Estados Partes tienen la obligación de presentar informes sobre "las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otra índole que hayan adoptado para dar efecto a las disposiciones de la presente Convención". Al comienzo, estos informes deben presentarse una vez al año después de la entrada en vigor de la Convención y cada cinco años con posterioridad y cada vez que el Comité los solicite.

El artículo 76 ofrece la posibilidad de que un Estado presente una comunicación a otro Estado si considera que ese Estado Parte no está cumpliendo sus obligaciones dimanadas de la Convención. Si el problema no se resuelve dentro de seis meses de la comunicación inicial, cualquiera de ellos puede referir el asunto al Comité. El Comité pondrá sus buenos oficios a disposición de los Estados Partes interesados con miras a llegar a una solución amigable. Este procedimiento es facultativo y sólo tiene efecto si ambos Estados interesados han hecho una declaración aceptándolo y si 10 Estados Partes en total han hecho tal declaración.

Por último, el artículo 77 ofrece un procedimiento para las quejas individuales. El Comité está facultado para recibir comunicaciones enviadas por personas, o en su nombre, que aleguen que un Estado Parte ha violado sus derechos individuales establecidos por la Convención. Las comunicaciones deben satisfacer un conjunto de requisitos de admisibilidad para ser aceptadas, tales como haber agotado todos los recursos en el plano interno. El Comité deberá señalar toda comunicación que se le presente a la atención del Estado Parte interesado, el que está obligado, en un plazo de seis meses, a proporcionar al Comité “una explicación u otra exposición por escrito en la que aclare el asunto y exponga, en su caso, la medida correctiva que haya adoptado”. A continuación, el Comité comunicará sus opiniones al Estado Parte interesado y el individuo. Este procedimiento también es facultativo. Se aplica sólo a los Estados Partes que han hecho una declaración en tal sentido, con arreglo al artículo 67, y entra en vigor si 10 Estados Partes en total han hecho tal declaración.

Hay varios mecanismos disponibles a nivel internacional, de modo que la situación se ve más bien alentadora. Se ve más alentadora aún si se toman en cuenta los mecanismos nacionales, que muy a menudo son los primeros a los que se recurre. El respeto de los derechos humanos forma parte de las constituciones o de algunas otras leyes fundamentales de los Estados: la violación de los derechos de los trabajadores migrantes constituye una violación del derecho nacional, y no sólo –o no necesariamente– del derecho internacional. Por ende, hay medios nacionales de supervisión y reparación para los trabajadores migrantes, y los mecanismos de implementación y supervisión de las leyes nacionales sí tienen un papel importante que desempeñar para asegurar el respeto de los derechos de los trabajadores emigrantes, según se refleja en la legislación nacional.

Por lo tanto, sería tentador concluir que todos estos mecanismos de implementación y supervisión son de sobra adecuados. No obstante, la realidad es diferente y tenemos que preguntarnos ¿Qué salió mal? ¿Qué es lo que falta? y, lo que es más importante, ¿Cómo podemos traducir este mundo legal en mundo real? Una respuesta precisa y completa exigiría un debate acabado sobre la justicia social, el desarrollo y la globalización. Si sólo se consideran los mecanismos de implementación y supervisión, parece que todos los mecanismos que acaban de enumerarse son reactivos, intervienen sólo una vez que la violación ha ocurrido, persiguen corregir una situación injusta. Hay que prestar más atención a las medidas preventivas, a los mecanismos que puedan asegurar que los derechos y libertades serán respetados, y que se impedirá la inobservancia.

6. CONCLUSIONES

Con arreglo al derecho internacional, los derechos de los trabajadores migrantes emanan de varias fuentes. Hay varios instrumentos internacionales cuyas disposiciones son aplicables a todos los seres humanos y, por tanto, también a los trabajadores migrantes; y otros que están destinados específicamente a los trabajadores migrantes. Además, muchos de los derechos aplicables son parte del derecho consuetudinario, y deben ser observados por todos los Estados y garantizarse a todas las personas.

Por lo tanto, no hay carencia de instrumentos y normas internacionales para garantizar los derechos de los trabajadores migrantes. No obstante, las violaciones de tales derechos, el abuso y la explotación de los trabajadores migrantes es algo de ocurrencia cotidiana en todo el mundo. Por ende, el desafío principal que encara el régimen internacional de derechos humanos es asegurar que los Estados los observen. Para fomentar el respeto efectivo de los mismos hay que promover las siguientes medidas:

- Información a los trabajadores migrantes sobre sus derechos, de preferencia antes de que salgan de su país. Esta información debe incluir referencias a las obligaciones de los trabajadores migrantes frente a la comunidad receptora.
- Información a los trabajadores migrantes sobre la realidad de la migración, incluidos los riesgos involucrados en la migración irregular, tales como ser víctima de los traficantes, terminar sometido a esclavitud y/o a la prostitución.
- Programas de capacitación para funcionarios públicos, principalmente, pero no exclusivamente, a los funcionarios de migración: muy a menudo hay una falta de conocimiento de la ley, lo que lleva a violarla por ignorancia injustificada.
- Mayor participación de los sindicatos, instituciones de la sociedad civil y ONG y cooperación con ellos: la asociación en vez de la confrontación conduce generalmente a mejores resultados.
- Cooperación bilateral y regional para asegurar el trato adecuado de los trabajadores migrantes: el establecimiento de comisiones de migración binacionales o de procesos regionales son buenos ejemplos de dicha cooperación.

- El manejo ordenado de la migración, que involucre a los Estados de origen y destino así como a las organizaciones gubernamentales e internacionales que se ocupan del asunto, es clave para asegurar el respeto de la dignidad humana y el bienestar de los trabajadores migrantes.
- Los gobiernos pueden beneficiarse de la cooperación con las organizaciones internacionales, gubernamentales y no gubernamentales, las que pueden prestarles asistencia en la formulación de políticas y directrices para enfrentar la situación de los trabajadores migrantes, que incluyan las necesidades concretas de los migrantes en situación irregular y las víctimas del tráfico.

Por último, uno de los hechos de mayor trascendencia e importancia en la protección de los no nacionales es la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (de 1990). La observancia de sus disposiciones por los países de todo el mundo tendrá un efecto significativo sobre el trato de los trabajadores migrantes y la promoción del respeto de sus derechos. La ratificación de esta Convención por los Estados es un paso importante para asegurar el respeto efectivo de los derechos de los trabajadores migrantes.

BIBLIOGRAFÍA

- Cholewinski, R. (1997), *Migrant Workers in International Human Rights Law: their protection in countries of employment*, Oxford, Oxford University Press.
- Coles, G.J.L. (1983), "The Problem of Mass Expulsion", documento preparado por el Grupo de trabajo de expertos sobre el problema de expulsión en masa, San Remo.
- Goodwin-Gill, Jenny y R. Perruchoud (1985), "Basic humanitarian principles applicable to non-nationals", *International Migration Review*, vol. 556, N° 10.
- Hannum, T.H. (1987), "The Right to Leave and Return in International Law and Practice", inédito.
- Hune, S. (1994), "Equality of treatment and the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families", *Papers Presented at the Seminar on The Use of International Conventions To Protect the Rights of Migrants and Ethnic Minorities*, S. Cator y J. Niessen (comp.), Ginebra.
- Mubanga-Chipoya, C. (1987), «Analysis of the Current Trends and Developments Regarding the Right To Leave Any Country Including One's Own, and to Return to One's Own Country, and Some Other Consideration Arising Therefrom» (E/CN.4/Sub.2/1987/10), Nueva York.
- Naciones Unidas (1993), "Distintos enfoques y medios posibles dentro del Sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales" (E/CN.4/1993/35), Nueva York, Comisión de Derechos Humanos.
- OIM (Organización Internacional para las Migraciones) (1990), *Report of IOM Round Table on The Movement of People: New Developments*, San Remo, mayo.
- Perruchoud, R. (1988), "L'expulsion en masse d'étrangers", *Annuaire Français de Droit International*, 34.
- Plender, R. (1997), *Basic Documents on International Migration Law*, New York.
- Roth, A. (1949), *The Minimum Standard of International Law applied to Aliens*, Leiden, Sijthoff.
- Schachter, O. (1991), "International Law in Theory and Practice", Nueva York, inédito.
- Schnitzer A. (1961), "Mindestandard", *Wörterbuch des Völkerrechts*, J. Strupp y W. Schlochauer (comp.), vol. 2, Berlín.
- Sieghart, P. (1983), *The International Law of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- Stavropoulous, M. (1994), "The right not to be displaced", *American University Journal of International Law and Policy*.
- Zegers de Beijil, R. (1997), "Combating discrimination against migrant workers: International standards, national legislation and voluntary measures – the need for a multi-pronged strategy", documento presentado al Seminario de las Naciones Unidas sobre Inmigración, Racismo Discriminación Racial, Nueva York.