



LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES IRREGULARES EN EL ÁMBITO JURÍDICO INTERNACIONAL

The Fundamental Human Rights of Irregular Migrant Workers in the International Legal Field

Mercedes Navarro Cejas¹, Magda Cejas Martínez², Luis F. Piñas Piñas³, Ximena Iglesias³

¹Universidad Regional Autónoma de los Andes “UNIANDÉS” Extensión Riobamba

²Universidad de las Fuerzas Armadas Espe. Extensión Latacunga, Investigador del Grupo GEUS-

³Universidad de Carabobo. Venezuela

³Universidad Regional Autónoma de los Andes “UNIANDÉS” Extensión Riobamba

Emails: mechyn@hotmail.com; mfcejas@espe.edu.ec; lpinaslawyer@gmail.com; ximena.iglesias92@gmail.com

RESUMEN

Las normas jurídicas regulan la situación de los migrantes. Sin embargo, en el ámbito internacional se encargan primordialmente de establecer los derechos humanos fundamentales pero el desarrollo normativo tanto de las Naciones Unidas como de la OIT se enfoca primordialmente por analizar la situación de los trabajadores migrantes en condición regular lo que deja de lado la situación de los trabajadores migrantes irregulares. Se utilizó como implementó el método de análisis documental de contenido para revisar y valorar diversas fuentes, estudios y documentos jurídicos. De igual modo, se usa el método analítico-sintético que permite que, a partir de la realización del estudio de las fuentes normativas y jurisprudenciales se pueda integrar lo más importantes. Se llegó como conclusión que efectivamente los trabajadores migrantes en situación irregular están desprotegidos por las normas jurídicas e incluso no tienen posibilidades de alcanzar el trabajo decente.

PALABRAS CLAVE: MIGRACIÓN, LEGISLACIÓN, IRREGULARIDAD DISCRIMINACIÓN, IGUALDAD.

Abstract

Legal norms regulate the situation of migrants. However, at the international level they are primarily responsible for establishing fundamental human rights, but the normative development of both the United Nations and the ILO focuses primarily on analyzing the situation of migrant workers in a regular condition, which leaves the situation aside of irregular migrant workers. The method of content documentary analysis was used to review and evaluate various sources, studies and legal documents. In the same way, the analytical-synthetic method is used, which allows the most important to be integrated from the study of the normative and jurisprudential sources. The conclusion was reached that migrant workers in an irregular situation are effectively unprotected by legal norms and do not even have the possibility of achieving decent work.

Keywords: Migration; Legislation; Irregularity, Discrimination; Equality.

1. INTRODUCCIÓN

La Convención de la Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familias, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/158 del 18 de diciembre de 1990 hace referencia en sus epígrafes introductorios a la realidad que cataloga de nueva, del fenómeno migratorio, la norma, en ese apartado, señala la necesidad de adoptar medidas para “prevenir y disuadir” la inmigración irregular mediante el reconocimiento de los derechos humanos fundamentales a los trabajadores migrantes. A su vez esta norma jurídica en su artículo 1 define lo que puede entenderse por trabajador migrante y al respecto establece que es “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”.

La convención *in comento* establece que si bien todos los migrantes tienen una característica común (vivir y laborar en un país del que no son nacionales) enfrentan también otros problemas, entre los que destaca, el tener que formar parte de una sociedad que al no ser la suya, podría discriminarlos en concordancia con esto “los migrantes son un grupo altamente vulnerable. Frecuentemente sufren de varias formas de explotación y de abusos serios de sus derechos humanos y de su dignidad” (LA CONVENCIÓN DE LA NACIONES UNIDAS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRANTES Y SUS FAMILIAS, 1990, P. 21).

Ahora bien, esta consagración jurídica para el mundo académico que nos representa implica analizar varias cuestiones. En primer lugar, la norma reconoce ese derecho para todos los migrantes pero debemos decir, que estas personas, pueden tener dos condiciones específicas: estar en situación regular o no. Así, la norma *in comento* establecía que este factor, no influía en sus derechos humanos fundamentales, que debían ser respetados, pero además, señala la convención que los migrantes legales, sí que se beneficiaban de esa legitimidad de reclamar más derechos que los indocumentados. Sin embargo, no puede dejar de decirse que esa consagración de los derechos humanos fundamentales de todos los migrantes marca un hito en la historia de este colectivo y al respecto, señala un sector de la doctrina que es consecuencia de la labor de la ONU en el reconocimiento de la sensible situación de estas personas a través de la protección y el aseguramiento de sus derechos humanos fundamentales (CAMOS Y ROJO, 2015, P. 8).

Es menester analizar esta realidad a mayor profundidad. Establece así algún autor (MONEREO J. y TRIGUERO L., 2013, P. 385), al hacer referencia a este reconocimiento que, en el caso de la situación de los migrantes es de esencial consideración esto si se toma en cuenta que son personas que ya de por sí corren riesgo de ser excluidos socialmente por el Estado receptor desde el punto de vista de sus integrantes. Visto de esta manera, esa consagración de los derechos humanos fundamentales es “un instrumento radicalmente necesario de lucha contra la misma (*discriminación*) para estas personas” (MONEREO J. y TRIGUERO L., 2013, P. 385) *cursivas nuestras* pero cuya universalidad se ve “reducida drásticamente por las propias políticas estatales o nacionales sobre los mismos y su particularización constitucional como derechos fundamentales de los nacionales lo que genera una Limitación técnico jurídica de su universalidad” (MONEREO J. y TRIGUERO L., 2013, P. 385).

Esa consagración normativa, se complementa con la Declaración de Nueva York para los refugiados y los migrantes número 70/1 del 19 de septiembre del 2016 que en su apartado II sobre los compromisos que se aplican tanto a los refugiados como a los migrantes y en específico en su disposición normativa número 23 busca asegurar la protección efectiva de los derechos humanos de todos los trabajadores migrantes (sin importar su condición regular o irregular).

Al respecto, se sitúa como compromiso para el presente año 2018 el establecimiento de algunas medidas que permitan la protección de estas personas, entre ellas se establece específicamente la necesidad de incluir estas políticas que aquí mencionamos en un futuro Pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular esto según el apartado número 1 sobre los compromisos, en su disposición normativa número 21.

Ahora bien, volviendo al punto de la regulación normativa tal y como lo señala un sector de la doctrina (MONEREO J. y TRIGUERO L., 2013, P. 385) en la labor de la OIT destacan ciertas normas a saber. Una de ellas de especial importancia sería el Convenio número 97 Relativo a los Trabajadores Migrantes de 1949 que entro en vigor el 22 de enero de 1952 y que establece en su artículo 6 que todos los Estados parte deberán aplicar a todos los inmigrantes sin ningún tipo de discriminación un trato no menos favorable que el que se

aplique a los nacionales y de esta manera debe aplicarse también la igualdad de remuneración donde la norma expresamente hace mención a las mujeres en esa disposición normativa.

Así, al respecto del convenio 97 *in comento* podemos decir que, en su disposición normativa número 6 establece que todo Estado miembro está obligado a aplicar a los migrantes en situación regular un trato igual a los nacionales sin discriminación alguna por ningún motivo de raza, religión o sexo entre otros motivos. Además al momento de su aplicación la OIT ha señalado que existen desigualdades palpables sufridas en específico en relación a las condiciones de trabajo, remuneración y seguridad social. La organización señala por ejemplo que esto ha venido ocurriendo en países como China, Francia Noruega e Israel. Llama la atención que el legislador mencione de forma exclusiva para las aplicaciones del trato favorable a los migrantes en situación regular, ya que de esta manera, la OIT deja en claro que seguirá con el mismo parámetro “garantista” de las Naciones Unidas.

En otro sentido, en el año 1978 se adopta el Convenio número 143 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes que entró en vigor desde el 09 de diciembre de 1978. La doctrina reconoce de esta norma que debido a que versa sobre estos dos temas, se divide de esta manera en esas “dos partes sustantivas” (CAMAS F. , 2017, P.58). Se trata de una norma jurídica que en principio promueve de forma efectiva los derechos de los trabajadores y en especial de los trabajadores en situación regular. Al respecto del primer comentario señala en su artículo 1 que “Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se compromete a respetar los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes”. Un comentario doctrinal (CAMAS F. , 2017, P.58) que se considera prudente en este momento y en relación al convenio, señala que esos “derechos humanos fundamentales” no están concretados en el convenio.

De esta manera, puede mencionarse el artículo 2, que establece que es una obligación de los Estados Miembros dictaminar si dentro de sus territorios se encuentran trabajadores migrantes irregulares, esto con la finalidad de promover la regulación de la situación administrativa de estas personas y de erradicar la trata de seres humanos. Según lo establece el artículo deberá determinarse si en el territorio de esos Estados miembros se presentan movimientos de migrantes con la finalidad de trabajar y a su vez debe analizarse si estas personas se ven sometidas durante su viaje, llegada o permanencia a cualquier tipo de circunstancia que infrinja los instrumentos internacionales o demás acuerdos que puedan establecerse en torno a esta materia.

La doctrina señala en este apartado que lo más relevante de esta primera parte de la norma es la lucha contra el empleo ilegal de los migrantes “pero más allá de eso, la persecución al trabajo irregular” (CAMAS F. , 2017, P.58). Así, al igual que el doctrinario *in comento* creemos que la regulación hacía los migrantes tiende a dejar de lado lo que él denomina “otras situaciones que pueden sufrir los migrantes sin autorización para residir en el país” (CAMAS F. , 2017, P.59) y que complementamos al decir que dejan de lado sus derechos sociales, de los que trataremos a cabalidad en este capítulo de nuestra investigación.

Al respecto de esa migración regular de las personas versa el artículo 9 que señala que en el caso de los migrantes en situación irregular “Sin perjuicio de las medidas adoptadas para controlar los movimientos migratorios con fines de empleo” deben disfrutar de la misma igualdad de trato en torno a las cuestiones relativas a la remuneración, seguridad social y otros beneficios correspondientes por sus empleos anteriores, cuando esa regulación no haya sido respetada o cuando su situación no pueda regularizarse.

Interesa también que en torno a esa situación irregular de estos trabajadores que la normativa, en su artículo 3 señale que, los Estados Miembros deberán adoptar las medidas necesarias y convenientes relativas al ámbito de su propia jurisdicción con la finalidad de dos cuestiones fundamentales: suprimir la migración irregular o clandestina que tenga fines de empleo o también el empleo ilegal de migrantes y luchar contra esas personas u organizaciones de movimientos ilegales con fines de empleo que provengan de su territorio, se dirijan o se encuentren transitando por el. La norma nuevamente hace referencia a los trabajadores migrantes en condición irregular ya que, como se había dicho, extiende la igualdad de trato a algunas cuestiones fundamentales en el mundo del trabajo como lo son la remuneración o la seguridad social. Sin embargo, en el mismo criterio que se ha venido manejando su finalidad ulterior es pues, la erradicación de esa condición administrativa.

Ahora bien, la labor de la OIT no se limita solamente a este tipo de normas analizadas. De hecho, en el año 2005 adopta el Marco multilateral para las migraciones laborales donde se señalan algunas directrices a seguir por los Estados Miembros de la organización. La doctrina (CAMAS F. , 2017, P.59), en concordancia con los

comentarios que realizábamos sobre el convenio 143, señala que este marco en el principio número 8 establecía como en efecto señala que “todos los trabajadores migrantes deberían disfrutar de los principios y derechos contenidos en la Declaración de la OIT y en los convenios pertinentes de las Naciones Unidas sobre Derechos humanos” con lo que el doctrinario, concluye que este marco concreta esos derechos de los que habla el convenio 143 analizado con anterioridad.

2. MÉTODOS

La presente investigación fue desarrollada bajo el método de análisis documental de contenido el cual permitió la revisión y valoración de todo tipo de fuentes y documentos doctrinales y jurídicos que hicieran referencia al tema de estudio. Es así como fue utilizado el método analítico-sintético el cual permitió que a través del análisis de ese tipo de fuentes se pudiera realizar una integración de lo más importante a los fines de cumplir con los objetos generales y específicos de esta investigación. Es por ello que toda la información contentiva de esta investigación es el resultado del análisis y estudio jurídico de documentos normativos conjugado con el análisis doctrinal de los mismos.

3. RESULTADOS

A la luz de las regulaciones que se han analizado en este estudio es pertinente hacer referencia ahora a otra realidad y es el trabajo decente. Así, al respecto de ese trabajo decente hemos advertido en varias disposiciones en este estudio la necesidad de su consecución para los trabajadores migrantes, como sabemos, los que están en situación irregular son aquellos que llaman prioritariamente nuestra atención en este momento y es importante analizar si efectivamente se puede conseguir ese empleo decente dadas las circunstancias tales y como están tanto normativa como fácticamente.

Señala un sector de la doctrina que cuatro los parámetros necesarios para considerar que un trabajo se desarrolla bajo ese concepto de “decente”: “el respeto y la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo, los derechos colectivos, la protección social y el diálogo social” (CHACARTEGUI C., 2014, P. 11) a esto habría que añadirle que otro indicador de trabajo decente es sin duda el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación en el trabajo. La autora in comento analiza que la propia noción de decente involucra varias cuestiones que son de menester atención en este momento de la investigación. Tal y como lo hemos dicho esta cuestión se relaciona con otros derechos establecidos como por ejemplo, el derecho a la dignidad.

En relación a este derecho se señala que con respecto a ese concepto de dignidad social este se basa en la concepción de la solidaridad colectiva “en virtud de la cual se entiende que todo ser humano se enmarca en una sociedad cuyos miembros están unidos por relaciones de dependencia y responsabilidades mutuas” (CHACARTEGUI C., 2014, P. 12) aunado a esto cabe decir que este tipo de derechos deben responder a las necesidades e intereses de todos los grupos sociales y además hacer una especial atención a los más vulnerables. Es así como la finalidad de la OIT viene enmarcada no solo a crear un puesto de trabajo sino además a garantizar la calidad de ese puesto.

A su vez “trabajo decente significa también trabajo suficiente (..) todos deberían tener acceso a las oportunidades de adquirir ingresos” (CHACARTEGUI C., 2014, P. 12) así en el ámbito normativo la noción de este tipo de principios debe venir enfocado hacia que coexistan todas las condiciones que “permitan garantizar el cumplimiento efectivo de las normas laborales” (CHACARTEGUI C., 2014, P. 12). Es por ello que de esta manera, puede verse observando la realidad de los trabajadores migrantes en situación irregular. Desde nuestro punto de vista, una última reflexión cabe hacer sobre estas nociones de trabajo decente en el ámbito de las migraciones y va encaminada al hecho de que se trata de un principio cuya consecución es difícil de alcanzar en el panorama jurídico social que caracteriza a los trabajadores migrantes y a las mujeres migrantes en sentido particular.

4. DISCUSIÓN

Ahora bien ¿Hasta qué punto puede alcanzarse un verdadero trabajo decente por ejemplo, para las mujeres o hombres en situación administrativa irregular? ¿Es posible que incluso podamos hablar de trabajo decente en el ámbito de las migraciones, considerando las situaciones estudiadas en esta investigación con respecto a la vulnerabilidad de los derechos de los migrantes y su poco reconocimiento jurídico material por parte de los

Estados? ¿Es el trabajo decente necesario para que se pueda hablar de una consecución de derechos humanos fundamentales de los migrantes?.

Al respecto de las condiciones laborales de la población migrante debemos decir que como hemos podido analizar, en muchos sentidos son precarias, debido precisamente a la situación administrativa irregular independientemente de que sean mujeres o hombres. Estos dos factores desde nuestra perspectiva no permiten ni permitirán la consecución del trabajo decente, en la línea de los planteamientos aquí analizados. En las dos vertientes y en todas en general, influye para nosotros la situación administrativa de estas personas. Desde nuestro punto de vista También creemos que hasta que esas políticas migratorias no promuevan la migración regular con la finalidad de erradicarla sin las medidas de expulsión que, como veremos, particularizan a algunos Estados no podremos tampoco hablar de ese trabajo decente en el marco de los derechos fundamentales de los migrantes y las mujeres, que como hemos visto, son más vulnerables a situaciones de irregularidad, continuaran siendo las primeras víctimas de estas situaciones.

Es, en nuestro criterio, imprescindible que esta normativa tenga una verdadera eficacia para los migrantes, lo que supone una mayor atención de la consecución de este principio en nuestra población de estudio no solamente para garantizar sus condiciones de trabajo sino la mejora de calidad de vida de estas personas a través de sus actividades laborales. También es preciso hacer mención a otra realidad a la que están expuestos los migrantes y son las situaciones de violencia que, si bien no es el tema central de este estudio, también se trata de una cuestión sensible a la que son expuestas la mayoría de estas mujeres.

5. CONCLUSIÓN

En conclusión más allá de la contemplación normativa de los derechos fundamentales creemos que la única forma de alcanzar la igualdad entre todos los trabajadores migrantes sigue siendo la de abrir los caminos para la migración sin restricciones, cuestión que permitiría además alcanzar el trabajo decente para los trabajadores migrantes en situación irregular y que podría tratarse en el próximo Pacto Mundial para las Migraciones, propuesto, como hemos visto por la OIT.

6. BIBLIOGRAFÍA

- [1] CAMAS F. *Trabajo Decente e inmigrantes en España* Editorial Huygens. Barcelona. España. 2017.
- [2] CAMÓS I. y ROJO E. (en línea) “La Convención Internacional Sobre La Protección De Los Derechos De Los Trabajadores Migrantes Y De Sus Familias” https://ddd.uab.cat/pub/artpub/2004/174835/migraciones_a2004n16p7iSPA (última consulta del 11 de junio del 2018).
- [3] CEVALLOS F. “Trabajadoras inmigrantes en España: un supuesto de doble discriminación” (En línea) file:///C:/Users/HP/Desktop/TRABAJADORAS%20INMIGRANTES/DDTTS_VergaraCeballosF_%20rabajadoras_inmigrantes_en_España.pdf (última Consulta del 11 de Junio del 2018).
- [4] CHACARTEGUI C. “El trabajo de las mujeres en América Latina a la luz del concepto de trabajo decente de la OIT” en AA.VV: *El Paper de la Dona*. (autores: Consuelo Chacartegui C., Cuentas S., Ruiz A. , Blandón). Universitat de Girona. Servei de Publicacions Edicions i Publicacions de la Universitat de Lleida Universitat Pompeu Fabra Publicacions de la Universitat Rovira i Virgili. 2014. Barcelona, 2014.
- [5] CHACARTEGUI C. “El trabajo de las mujeres en América Latina a la luz del concepto de trabajo decente de la OIT” en AA.VV: *El Paper de la Dona*. (Autores: Consuelo Chacartegui C., Cuentas S., Ruiz A. ,

Blandón). Universitat de Girona. Servei de Publicacions Edicions i Publicacions de la Universitat de Lleida
Universitat Pompeu Fabra Publicacions de la Universitat Rovira i Virgili. 2014. Barcelona, 2014.

- [6] DE LUCAS J. “Sobre los Fundamentos de la Igualdad y del Reconocimiento: un análisis crítico de las condiciones de las políticas europeas de integración ante la inmigración” en AA.VV: *Inmigración e Integración en la UE. Dos retos para el s. XXI*. (Autoría de: DE LUCAS J., QUIÑONES A. CAMPELO P., IZAOLA A. y ZUBERO I.) Editorial EUROBASK. 2012.
- [7] MONEREO J. y TRIGUERO L. “La ordenación normativa e institucional del trabajo de los extranjeros en España: una reflexión crítica” en AA.VV: *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*. Editorial Comares. 2011.
- [8] NAVARRO M. *La igualdad de género como derecho humano: un análisis desde la perspectiva del derecho internacional en el ámbito laboral*. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito. 2017.
- [9] NAVARRO M. Y PIÑAS L. *La igualdad de género desde la perspectiva educativa: un derecho humano para garantizar la justicia constitucional*, Editorial jurídica del Ecuador. Quito. 2017.
- [10] OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO “Promover una integración Equitativa” (en línea) http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_453896.pdf (última Consulta del 15 de junio del 2018), disposición 46.
- [11] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes Resolución Número 70/1 aprobada por la Asamblea General Del 19 de septiembre de 2016.
- [12] ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Convenio número 143 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes del 09 diciembre 1978.
- [13] ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, convenio 97 Sobre los Trabajadores Migrantes del 22 de enero de 1952.
- [14] SOLE C. “la inmigración femenina en la era de la globalización” en AA. VV: *Mujer y migración en el mediterráneo occidental* (Coordinación de: Roque M.). Editorial Icaria Antrazyt. Barcelona. 2013.
- [15] VITALE E. *Ius Migrandi* . Editorial Melusina. España. 2013.