

LA MIGRACIÓN Y TRABAJO EN MÉXICO BAJO LA TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Julio Ismael Camacho Solís¹

RESUMEN

El flujo migratorio mundial es originado por múltiples circunstancias, y una de ellas es el ejercicio del elemental derecho de libre tránsito, innato en los seres humanos; en este contexto, surgen diversos y complejos problemas, todos ellos confluyen necesariamente en el análisis de la protección de los derechos humanos o garantías fundamentales de los migrantes. La relación entre migración y derechos humanos está presente en todo el ciclo migratorio: muchas veces en las motivaciones para su salida del país de origen, durante su tránsito y al llegar a su destino. Los migrantes no calificados, que son la mayoría, son especialmente vulnerables a la violación de sus derechos: Enfrentan generalmente discriminación, trato desigual e inequidad de oportunidades en el trabajo. Su acceso a servicios de salud, educación y vivienda no siempre son equiparables a los de los nacionales del país donde residen, por lo tanto la protección social es una salida emergente. Los estados modernos democráticos de derecho se caracterizan por tener un margen superior de defensa de los derechos humanos, pues mientras más amplio sea el espectro de protección, ello es muestra reveladora de un mayor desarrollo social.

PALABRAS CLAVES: *Migración. Protección. Derecho. Desarrollo.*

¹ Doctor en Derecho, académico investigador de tiempo completo de la Universidad Autónoma de Chiapas, México, asesor laboral, sindical.academico.chiapas15@hotmail.com

1 INTRODUCCION

A finales del siglo XIX y en las primeras décadas del siglo XX, la mayoría de los Estados de origen liberal realizaron reformas legislativas y sociales para constituir un Estado Social, como respuesta frente a dos fenómenos fundamentales de la época: la industrialización, con sus diferentes implicaciones económicas, sociales y políticas, así como la democratización de los procesos de decisión. Para el siglo XXI sin duda la premisa fundamental se basa en las personas en apego del ordenamiento jurídico dentro de los estándares que presiden al derecho internacional de los derechos humanos. En ese sentido estricto de enorme relevancia resulta el contenido del Artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reformado de manera reciente consagra como tal; que “Todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”.²

Estableciendo además de manera categórica que “Todas las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.³

En este sentido, el nuevo artículo 1 constitucional incorpora en su texto el principio de indivisibilidad de los derechos humanos, al lado de los de universalidad, interdependencia y progresividad.⁴

El orden internacional de los derechos humanos que permea de manera integral en la sociedad actual, se sustenta en valores y principios por lo general siempre compartidos, que destacan la supremacía y dignidad del ser humano. De ahí la derivación y prevalencia de la regla pro homine o pro persona para la elaboración, interpretación y aplicación del Derecho como norma fundamental de convivencia social. Por ello en virtud de la reforma constitucional se puede señalar que el ser humano se ubica

2 Sin duda este aspecto representa para el sistema jurídico nacional de México, la reforma más significativa que armoniza los criterios de promoción, respeto y vigencia de los derechos humanos, con la realidad imperante de nuestra sociedad vulnerada por diversos acontecimientos que revelan la sistemática y reiterada manera de violación de los derechos fundamentales. Lo que da un dignificante derrotero en la premisa social que nuestra Constitución hoy día se alista como el instrumento básico de protección con eficacia de los derechos humanos en lo que atañe al amplio sector que comprende la migración nacional e internacional.

3 Constitución política de los estados unidos mexicanos. Editorial Porrúa.Mexico.2013.p. 1.

4 KURCZYN VILLALOBOS, Patricia. La reforma constitucional en materia de derechos humanos laborales. Revista Latinoamericana de derecho social, México número 14,En./Jun. 2012, p.210.

y quedo instalado en el centro del orden jurídico, moral, situacional, social y político mexicano.⁵

2 RELEVANCIA CONSTITUCIONAL

Por ello la relevancia de la modificación constitucional en México, permite que el ordenamiento nacional en congruencia con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana, quedando como consecuencia la propia inspiración del Estado como compromiso supranacional del contenido de los derechos humanos a través de la interpretación convencional de las normas propias de la materia.

Con ello indiscutiblemente el control de convencionalidad se convirtió en la herramienta obligatoria y necesaria para evaluar y controlar en cierta medida jurisdiccional que las decisiones tomadas por cualquier autoridad en el marco de sus competencias de actuación jurisdiccional, se encuadren, se unifiquen por lo establecido en la Convención Americana, y los criterios de la Corte Interamericana. En este sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana ha establecido sin miramiento alguno que “La jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para todos los órganos jurisdiccionales, siempre que dicho precedente favorezca en mayor medida a las personas”.⁶

El derecho es un instrumento que al tiempo modula la conducta humana, se ve irremediabilmente alterado por ella. La Corte Interamericana es consciente de esta realidad y, por ello ha señalado reiteradamente que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.

A partir de la sentencia condenatoria Rosendo Radilla contra el Estado mexicano, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, México adopto una serie de medidas a fin de dar cumplimiento a la resolución, entre tales medidas se modifico normativa interna a los lineamientos estableci-

5 Que garantiza la protección integral al ser humano, sin condición alguna que lo discrimine, otorgando una igualdad con premisas fundamentales, que además están alineadas con la convencionalidad internacional imperante en un mundo globalizado respecto de la protección de las personas.

6 Declaración de Oaxaca, sentencias relevantes en materia de control de convencionalidad, Tribunal electoral del poder judicial de la federación. México, DF2014, p 2.

dos por la Corte Interamericana, así el 10 de junio de 2011, se reformó la Carta Magna federal maximizando la protección de los derechos fundamentales con miras a lograr la tutela constitucional y convencional efectiva, mejorando diversos mecanismos de control y protección de los derechos humanos⁷

Al efecto, la tutela constitucional en México se ha venido perfeccionando como consecuencia del avance de la democracia, por el respeto de los derechos fundamentales y con la observancia de los lineamientos establecidos por los organismos internacionales. Ciertamente en México, no hay un tribunal que en exclusiva tenga la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales sino que su protección corresponde en general a todo los órganos jurisdiccionales, sean órganos de jurisdicción ordinaria o de jurisdicción constitucional, además todos los órganos jurisdiccionales están obligados aplicar las normas convencionales por tanto deben actuar como una especie de jueces interamericanos. Así podemos decir, que el sistema de tutela constitucional de los derechos fundamentales en México pertenece a un modelo híbrido o un *tertium genus* que se caracteriza por existir un control difusión en lo que respecta a la vigilancia de la supremacía de la Constitución pero en la que corresponde a un único órgano el rechazo o anulación de las normas federales inconstitucionales.⁸

Así, la protección constitucional puede realizarse mediante un control concentrado y abstracto o mediante un control difuso que se ejerce en el momento de que cualquier juez ordinario al enjuiciar un caso concreto inaplique una norma al considerarla contraria a la constitución, convención o tratado internacional. Por tanto, ese control difuso puede efectuarse por cualquier juez común, no sólo porque la norma que se aplica en el proceso para resolver el conflicto va en contra de la constitución sino porque va en contra de un convenio internacional suscrito y ratificado por México.⁹

7 El 10 de junio de 2011 reformó el artículo primero de la constitución federal estableciendo expresamente el control de convencionalidad al señalar: *En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozaran de los derechos humanos reconocidos en esta constitución y en los tratados internacionales de los que el estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretaran de conformidad con esta constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.*

8 CERVANTES BRAVO, Irina, Ponencia X Congreso Iberoamericano de derecho Constitucional, en memoria USB. Universidad del Externado, Bogota, Colombia 2015.p.3.

9 CERVANTES BRAVO, Irina, op.cit.,(6), p.3.

Sin duda es preciso señalar que el Derecho como norma general, así como la vigencia de los contenidos de las normas particulares se tendrán que adaptar invariablemente a las realidades concretas, ya que sería erróneo suponer que los conceptos y principios jurídicos son inmutables y atemporales. De esta manera la actualización de cualquier realidad jurídica, por alejada que parezca del escenario cotidiano, la migración, los migrantes y el entorno que lo rodea se transforma en un escenario que deberá también sentar jurisprudencia, para resolver ampliamente, lo que como fuente de derecho le atañe, es entonces la creación de esos criterios los que fundamentan la argumentación que convierte un dialogo social ,objetivo, constante y dinámico, por lo que permite la construcción jurídica natural, la reflexión de ideas, constructos de argumentos jurídicos que se dotan de significado y relevancia particular cualquier duda sobre la eficacia del derecho en su conjunto.¹⁰

La sinergia conjunta del derecho permiten hoy día que la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, posibilitan generar el control dinámico, holístico, además complementario de las obligaciones convencionales que justifiquen además las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos, de manera conjunta entre autoridades internas, entre las estancias internacionales que modo tal que los criterios de decisión puedan ser conformados, uniformes, adecuados entre sí estableciendo dinámicas par el control de convencionalidad y vigencia jurisprudencial actual, justificando la atención que merece los criterios complementarios y subsidiarios de la Corte Interamericana.¹¹

3 MIGRACIÓN Y DERECHOS HUMANOS

Elhombre es capaz de actualizar sus potencias. Con el surgimiento del Estado moderno, aparecen dos principios básicos: la división de poderes y los derechos fundamentales. El primero consiste en un mejor ejercicio del poder en beneficio de la sociedad, el segundo, en garantizar con plenitud la protección universal de los derechos de los individuos desde el mismo ordenamiento constitucional que le sea aplicable. La dimensión social de la globalización, abarca no solo el acceso a un empleo decente, a la cobertura

10 *Ibidem*,p.5

11 *Ibidem*,p.6

de salud oportuna y adecuada, a la educación y formación profesional, sino que incluye el conjunto de aspiraciones de las personas a una vida digna y plena, en un entorno apropiado de prosperidad material, donde no existen dudas respecto al respeto de los derechos de las personas; para un conglomerado importante de hombres y mujeres, la globalización mundial, impulsa a abandonar a miles de personas sus lugares de origen en aras de una mayor perspectiva de vida, pero al mismo tiempo los ha condenado a vivir en el limbo de la economía informal, la explotación, exclusión sin derechos reconocidos y con limitadas expectativas.

La migración ha existido y por simple lógica seguirá existiendo como fenómeno humano. La migración es una dimensión inherente a la globalización, y no por ello sin razón se le ha denominado como el tercer flujo de circulación, junto a los capitales y productos. Sin embargo, los seres humanos deben enfrentar múltiples barreras en su desplazamiento, lo cual los coloca en situación de vulnerabilidad y trasgresión de sus más elementales derechos humanos. Más aún, las políticas propias de cada país en materia de reconocimiento, vigencia y protección de derechos humanos, seguridad social, salud y trabajo, protección social no toman en cuenta los sucesivos cambios de residencia lo que finalmente dificulta su plena realización.

Los flujos migratorios son resultado de las transformaciones económicas y sociales vinculadas a la globalización en plenitud ya matizada en el mundo actual. En este contexto se produce un intercambio vertiginoso de productos, capitales, valores, intereses, así como visibles símbolos, donde los movimientos migratorios cifrados en un número global de personas son tan sólo una corriente más en este proceso que traspasa aún las fronteras más inquebrantables¹²

En Estados Unidos una dimensión mayor de migrantes se han dispersado por todo su territorio; hoy radican en ese país 42 millones 391 mil 800 migrantes, de una población total cercana a los 300 millones, es decir, cerca de 14% del total de sus habitantes nació en otro país. Cada año se admite o legaliza a cerca de un millón de personas. Pero no hay que olvidar que, desde su fundación, es receptor de oleadas de migrantes que llegaron de Europa y con los años han seguido recibiendo de manera generosa e interesada a nacionales de otras latitudes, entre ellos, 11 millones de mexi-

12 BUSTAMANTE, Jorge. La política de inmigración de México, colegio de Michoacán, México 1988.p.25.

canos. La contribución de los migrantes a la prosperidad de ese país es hoy innegable, la Casa Blanca reconoce que 18% de las pequeñas empresas es propiedad de migrantes que proporcionan 4.7 millones de empleos directos y generan ingresos de 776 mil millones de dólares anuales.¹³

El mayor bien, al que aspira una sociedad democrática sin duda lo será el bienestar colectivo de todos o sea el fin que debe perseguir todo sistema de legislación nacional e internacional; se descubrirá que todo ello se reduce a dos objetos principales: la libertad y la igualdad. La libertad, porque toda dependencia individual es otra tanta fuerza sustraída al cuerpo del Estado, la igualdad, porque la libertad no puede subsistir sin ella. Las políticas restrictivas en materia migratoria deriva de manera excluyente que dan como consecuencia condiciones de vulnerabilidad en la que se ubican las personas que deciden migrar, lo que trae aparejada, la latente violación de derechos humanos en general.

Tal realidad no reconoce la importante contribución de los migrantes para el desarrollo económico de los países receptores. Por el contrario, se les segrega marginándolos, promoviendo la conformación de una clase sub urbana, con efectos especialmente críticos en la segunda generación de los derechos humanos que despliega para con las personas migrantes comportamientos hostiles, dejando al margen de las convenciones sociales, como consecuencia de la exclusión de la que han sido objeto. Esto se traduce siempre en pobreza y problemas sociales.¹⁴

Siendo los que más sufren son los grupos llamados vulnerables, entendiéndose como cualquier grupo poblacional que derivado de su condición migratoria, edad, género, raza, religión, condición económica, social, laboral, cultural, lingüística, cronológica o funcional y por ello son excluidos de cualquier protección social.

Los derechos fundamentales son: Todos aquellos derechos subjetivos que comprenden universalmente a todos los seres humanos dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar.¹⁵

Los derechos fundamentales crean y mantienen las condiciones básicas para asegurar el desarrollo de la vida del hombre en libertad, en con-

13 MOHAR, Gustavo. Disponível em: <<http://www.excelsior.com/notas-diversas/ort./34/>>. Acesso em: 20 de jul. 2016.

14 ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio. Derecho Consuetudinario indígena, instituto de investigaciones jurídicas de la Unam, 1998. p.67.

15 FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. Trotta, Madrid, 1997, p.37.

diciones compatibles con la dignidad humana, y es que “la libertad del individuo solo puede darse en una comunidad libre, y viceversa esta libertad presupone seres humanos y ciudadanos con capacidad y voluntad, para decidir sobre sí mismos, sobre sus propios asuntos y colaborar responsablemente en la sociedad públicamente constituida como comunidad socialmente entendida.¹⁶

La óptica de describir adecuadamente los derechos humanos se puede centrar en la universalidad o más propiamente el universalismo de los derechos humanos. La consecuencia más importante del proceso de “especificación de los derechos” es el reconocimiento de las necesidades básicas de los individuos y de la responsabilidad de la sociedad en su satisfacción. Esto implica que la definición y justificación de los derechos sociales, debe tener en cuenta las condiciones en las que se encuentra cada sujeto específicamente considerado y por ello debe prescindir de considerarlos como derechos universales.¹⁷

Esta interpretación de la universalidad es bastante limitada ya que excluiría, por ejemplo, el derecho a un juicio justo o el derecho a abandonar el país, puesto que estos derechos se circunscriben a determinadas personas como lo son las personas migrantes. En este sentido, la titularidad de los derechos sociales solo puede ser entendida como una “titularidad específica” opuesta a la titularidad abstracta y universal de las libertades clásicas y el problema de la universalidad como un problema relativo a que todos los derechos deben aplicarse de manera universal a todos aquellos que se encuentre en la situación jurídica subjetiva prevista por el ordenamiento.¹⁸

4 DERECHOS DE LOS MIGRANTES.

El flujo migratorio mundial es originado por múltiples circunstancias, siendo una de ellas es el ejercicio del elemental derecho de libre tránsito, innato en los seres humanos; la movilidad como destino, en este contexto, surgen diversos por demás complejos problemas de diversas ramas jurídicas como pueden ser de derecho internacional público ó privado, de derecho social, de derecho constitucional, derecho penal, así como del

16 HESSE, Conrado, et.al Manual de derecho constitucional, marcial pons, Madrid, 1996, p.90.

17 BOBBIO, Norberto “¿Existen derechos fundamentales? Conversación con Giuliano Pontara”, en *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p. 85.

18 AÑON ROIG, José García (coords.). *Lecciones de derechos sociales*, 2007.p. 100.

ámbito del derecho administrativo: todos ellos confluyen necesariamente en el análisis de la protección de los derechos humanos o garantías fundamentales de los migrantes.

La migración humana, entendida como el desplazamiento de uno ó más individuos de un lugar a otro, se remonta al nacimiento del hombre mismo, pues es su naturaleza el mantenerse en constante movimiento, en diversos momentos históricos, con el fin de satisfacer sus múltiples necesidades. Es desde ese momento que se puede comenzar a distinguir el fenómeno de inmigración y de emigración, visto el primero desde la perspectiva del lugar de destino y el segundo desde la perspectiva del lugar de origen.¹⁹

La migración, como fenómeno fáctico, no ha sido materia de la ciencia del derecho en sus inicios, sino se remonta al nacimiento de los estados-nación característicos de la Edad Media. En esa época, el ingreso, estancia y salida de extranjeros ajenos a esa jurisdicción comienzan a ser materia de una regulación jurídica mínima. Sin embargo, se debe mencionar que esta regulación era referente principalmente a materias como el comercio y la navegación, y no a otro tipo de migración, como la humana, y menos aún a la que ahora nos ocupa en relación con los migrantes y sus derechos.²⁰

La relación entre migración y derechos humanos está presente en todo el ciclo migratorio; muchas veces en las motivaciones para su salida del país de origen, durante su tránsito así como al llegar a su destino. Los migrantes no calificados, que son la mayoría, en particular de Centroamérica, América del sur y el Caribe americano son especialmente vulnerables a la violación de sus derechos humanos; ya que enfrentan generalmente discriminación, trato desigual e inequidad de oportunidades en el trabajo. El acceso a servicios de salud, educación, vivienda, seguridad pública no siempre es equiparable a los de los nacionales del país donde residen.

En el extremo de vulnerabilidad se encuentran obviamente los migrantes irregulares, que por su propia situación están expuestos a mayores abusos y explotación por parte de los empleadores, funcionarios públicos y grupos criminales. Muchos de estos migrantes están sujetos a condiciones de trabajo desventajosas, ocupan segmentos del mercado laboral caracterizados por el trabajo difícil, sucio y peligroso, tienen remuneración

19 DIEZ-CANEDO, Juan. La migración indocumentada un nuevo enfoque, fondo de cultura económica. México, D.F, 1984, p. 246.

20 Ibidém.p.248.

salarial inferior y están sobreexposados al arbitrio de su empleador. Además carecen de cualquier acceso a servicios médicos y educativos, tienen dificultades para encontrar una vivienda digna y viven bajo la permanente posibilidad de la, extorsión, detención y deportación.²¹

Los derechos de los migrantes están protegidos por un amplio cuerpo jurídico internacional, que aunque no se refiere específicamente a ellos los incluye de todas maneras por tratarse de derechos universales humanos.²²

Ante la crisis del Estado social, donde permea la general exclusión de derechos, generadas en parte por la demanda excesiva de los titulares de esos derechos y, por el déficit económico que alcanza la crisis fiscal del Estado; producidos en apariencia por la financiación de los mismos, en esta práctica de recibir derechos económicos y sociales, tales como la educación, la protección de la salud, derecho a la vivienda, se deben situar incluyendo a los migrantes como derecho a una universalidad como punto de partida.²³

Se convierten en derechos del hombre y de los ciudadanos, atribuidos a todos, y no tienen como meta alcanzar la igualdad como equiparación, que sólo sería posible en el caso de que se hubiera utilizado como medio, la igualdad como diferenciación.²⁴

Lo que ya cuenta en la atención del ser humano racional, inmerso es que ya por costumbre o ya por necesidad en migraciones milenarias no sólo locales sino regionales y transcontinentales, es que en pleno siglo XXI el fenómeno pueda parecer nuevo hasta transformarse en un enorme problema contemporáneo, algo así como una especie de moda mundial que se expande de forma exponencial e incontenible en razón de que los Estados todavía carecen de eficientes controles carecen de eficientes controles migratorios o porque adolecen de políticas nacionales afectivas que observan al fenómeno de los flujos migratorios – sobre todo para efectos laborales - como un hecho común y corriente. Todo derecho será universal cuando su ejercicio se atribuya toda persona dependiente de la jurisdicción de un país.

21 EZETA, Fernanda. Aspectos sociales de la trata de persona. Mexico: Editorial Reus, 2006.p.23.

22 SANTIBÁÑEZ ROMELLO, Jorge. Trabajo temporal y migración internacional, editorial Miguel Ángel Porrúa, México D.F 2007, p.131.

23 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio.et al. Derecho positivo de los derechos humanos. Madrid: Debate, 1984, p.9.

24 Ídem

5 EL TRABAJO Y LA MIGRACIÓN

Si la esencia humana es una integridad que no acepta porciones o parcialidades, los derechos del hombre pueden catalogarse o clasificarse pero no dividirse, porque son los componentes de un todo que forma uno solo. Los derechos humanos, sea cual fuere su connotación o su reconocimiento, son derechos de las personas consideradas en su ámbito individual (sean trabajadores sean empleadores) o como miembros de la colectividad o comunidad, en atención a su condición social.²⁵

Todo esto sin duda condiciona la necesidad de crear una normativa concordante, aplicable sin reservas con esta forma de vida migrante, que las políticas económicas de los Estados latinoamericanos han provocado en estos últimos años, que a su vez admitan un contenido basado en el principio integracionista de la solidaridad plasmado en la aceptación social de estos, pues no solo la discriminación sino también la explotación de estos individuos en sociedades desarrolladas, en comparación de otras constituyen un atentado a los derechos fundamentales, que convierten al ser humano en objeto antes que en sujeto, lo cual es evidente en las normas que prohíben el trabajo a estos si bien en algunos casos de forma directa, en otras indirectamente, pues al no reconocer una remuneración equivalente a los propios de origen nacional, conduce inexorablemente a la profundización de una desigualdad.

Aunque en principio todos los estados aceptan y reconocen su obligación de proteger los derechos de los migrantes, independientemente de su estatus migratorio, en los hechos, en la realidad cotidiana, hay aspectos que lasceran, lastimando el tejido social; esta normativa internacional no se aplica y las violaciones a esos derechos humano son no sólo frecuentes sino que parecen estar en aumento constante.²⁶

El instrumento internacional más completo sobre derechos de migrantes es la Convención Internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familiares, aprobada por la asamblea general de la ONU en 1990. Forjada en un largo proceso desde finales de los sesenta y la década de los ochenta, la Convención tardó 13 años en entrar en vigor, pues la resistencia de los estados a aceptarla

25 KURCZYN VILLALOBOS, Patricia, op. cit., nota 3, p. 210.

26 BUSTAMANTE, Jorge, op.cit. (10).p.43.

determinó una gran lentitud de las ratificaciones requeridas. La mayoría de los grandes países receptores de migrantes no están entre los 36 países que a la fecha la han ratificado.²⁷

La Convención no crea nuevos derechos sino explícitamente recoge y enumera compromisos ya aceptados en el orden jurídico internacional de los derechos humanos así como lo establecido en las propias convenciones internacionales de la OIT. Pero evidentemente existen fuertes resistencias a aceptar principios de igualdad de trato (remuneración, horarios, seguridad, condiciones laborales), derecho al debido proceso, acceso a seguridad social, educación y otros derechos políticos, económicos, sociales y culturales para trabajadores migrantes. Además, la convención contiene un capítulo específico sobre derechos de trabajadores migrantes en situación irregular. Para algunos países, los derechos garantizados por la convención son iguales o aun mayores que los otorgados por la legislación interna a sus nacionales; obviamente, además, la aplicación efectiva de esos derechos a migrantes tiene un determinado costo económico y social, soslayando la importancia del ámbito de aplicación desde lo supranacional o supra legal de la convención misma²⁸

Existe una abundante normativa internacional que contiene disposiciones dirigidas a garantizar la igualdad y excluir la discriminación en diferentes planos de la vida social. Buena parte de esa normativa ha sido ratificada por los países americanos. Pueden mencionarse, además de las adoptadas por la Organización Internacional del Trabajo, las siguientes: Carta de la Organización de los Estados Americanos (1948, con reformas posteriores); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948); Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (1948); Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969); Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de las Naciones Unidas; Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Protocolo Adicional a la Convención Americana so-

27 Disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/comunicados/pdf/12/07/2016>>.

28 KURSAAL, Berna. Resúmenes de conferencias. Gil, D. et al. Valoración de los objetivos de desarrollo del milenio mediante la revisión de la literatura científica en 2008, en Revista Española de Salud Pública, V. 82, N.25. Madrid, Septiembre-Octubre 2008, p.124.

bre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1988); Convención sobre los Derechos del Niño (1989).²⁹

La OIT señala [...]”el mayor vacío de la actual estructura internacional de la economía global es la ausencia de un marco multilateral eficaz y con resultados que rija el movimiento transfronterizo de personas”.³⁰

En el ámbito laboral y en consecuencia en los aspectos vinculados a la seguridad social y trabajo decente, hoy día es más latente que la falta de un marco multilateral de probada eficacia para la migración, lo que es una muestra evidente del desequilibrio existente en las reglas actuales que predominan. La movilidad poblacional puede explicarse por factores demográficos, geopolíticos, sociales y económicos.

6 DERECHO AL BIENESTAR

Los seres humanos al interactuar con su entorno social, demandan de ciertas necesidades básicas como poder obtener vivienda, alimentación, empleo, salud y educación, que les permita estar en igualdad de oportunidades, el objetivo básico del desarrollo humano consiste en ampliar las oportunidades y opciones de la gente para lograr un desarrollo más democrático y participativo. La formación de la capacidad humana es el soporte a partir del cual las personas pueden tener acceso a esas oportunidades y opciones y ser actores de su propio desarrollo. El desarrollo humano es el resultado de un proceso complejo que incorpora factores sociales, económicos, demográficos, políticos, ambientales y culturales, en el cual participen de manera activa y comprometida los diferentes actores sociales. Es el producto de voluntades y corresponsabilidades sociales.³¹

Por el contrario, la necesaria protección de los derechos humanos de los migrantes, hace posible una vida digna, decorosa en sentido amplio, al tiempo que favorece la cohesión social, el respeto al ejercicio de sus derechos, obligaciones y responsabilidades que ello conlleva. Esto además de

29 Instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Recomendación General XXX sobre la discriminación contra los no ciudadanos. Aprobado en el 65º periodo de sesiones. Ginebra, 2005.

30 Organización Internacional del Trabajo, Comisión mundial sobre la dimensión social, por una globalización justa, primera edición, Suiza, 2004, p.205.

31 Informe sobre el desarrollo humano: Medir el Desarrollo e influir en la política, p. 1-2, Disponible em: <http://www.pnud.org.ve/temas/desarrollo_humano/desarrollo_humano.pdf>. Acceso em: 18 de nov. 2014.

promover la integración social, contribuye a erradicar la discriminación, la exclusión, la xenofobia. La no integración formal por lo menos de los migrantes que incluye a sus propias familias, supone un serio déficit en términos de pluralidad, capacidad de inclusión y cuestiona el carácter democrático del país receptor.³²

En sí mismo el fenómeno migratorio es un proceso complejo, que para su análisis, entendimiento, estudio, así como la elaboración de políticas requiere de la inclusión de los diversos niveles, actores, así como de las dimensiones implicadas. Por el momento, la discusión ha estado centrada en los impactos socio demográficos, así como en la adecuada vinculación con los problemas del desarrollo, en especial el impacto de las remesas en las economías locales y familiares.

7 VULNERABILIDAD SOCIAL

La noción de vulnerabilidad se relaciona con dos dimensiones: una externa y objetiva, que se refiere a los riesgos externos a los que puede estar expuesta una persona, familia o grupo (mayor inestabilidad de los ingresos familiares, aumento de la precariedad en el mercado de trabajo reflejado en porcentajes crecientes de personas empleadas con contratos no permanentes, a tiempo parcial, sin contratos y sin seguridad social); y otra dimensión interna y subjetiva, que se refiere a la falta de recursos para enfrentar esos riesgos sin sufrir ciertas pérdidas. Este enfoque integra tres dimensiones centrales: los activos (físicos, financieros, de capital humano y social) que poseen individuos y comunidades; las estrategias de uso de esos activos, y el conjunto de oportunidades que ofrecen los mercados, el Estado y la sociedad.³³

El concepto de exclusión social, si bien surgió del debate europeo, tiene amplia aplicación, vigencia y hasta una tradición social en la región latinoamericana, en específico frente a las nuevas situaciones de pobreza y exclusión provocadas por las crisis recurrentes.

Los elementos de proceso que están incorporados en el debate sobre la exclusión son interesantes de considerar para el caso de la migración, en la

32 El mapa migratorio de América Latina y el Caribe. Las mujeres y el género. Serie Población y desarrollo. N.44 (LC/L. 1975-P). CEPAL. Publicación de Naciones Unidas. Santiago, 2003, p. 56.

33 BOLTVINIK, J. "La satisfacción de las necesidades esenciales en México, México, 1989, 1970-1987", en Lechuga, J. (ed.), Estancamiento Económico y Crisis social en México, 1983-1988, UAM, México, p. 496- 547.

medida en que se relacionan los diversos mecanismos y tipos de exclusiones: de carácter institucional, social, cultural y territorial. También puede existir exclusión espacial, vinculada al territorio y la ubicación geográfica. La discriminación por motivos de género y etnia parte con la atribución a las personas de ciertas características de personalidad y comportamiento en razón de su sexo o del color de su piel o de otros rasgos físicos.³⁴

La migración o movimiento migratorio es el desplazamiento, con traslado de residencia de los individuos, desde un lugar de origen a un lugar de destino o llegada, que implica atravesar los límites de una división geográfica.

8 DERECHO A LA PROTECCIÓN SOCIAL

Las diversas formas de protección se han manifestado de distintas maneras, como asistencia social, en donde el beneficio recibido no se entiende como un derecho de la persona, como previsión social que implica una serie de beneficios que implican ventajas fiscales que se traducen en derechos laborales y de seguridad social, el o los seguros sociales como un status o identidad ciudadana regulada por el Estado, como seguridad social entendida como el derecho de toda persona por el hecho de ser humano y trabajador, y finalmente como protección social, que el trayecto de aplicación apunta a la universalización de una protección integral.³⁵

Todos los sistemas entrelazados por diversas apreciaciones de previsión, protección y seguridad social encuentran sus antecedentes en la asistencia pública o privada. La asistencia social pública es la ayuda que el Estado proporciona a grupos o sectores en condiciones de vulnerabilidad.³⁶

Par la referencia de la asistencia social privada se otorga y es administrada por particulares organizados en diversas formas, a veces relacionados con obligaciones religiosas o solo por razones filantrópicas que por lo general desarrollan instituciones de gran magnitud con presencia global.³⁷

La Protección social; puede ser entendida como el conjunto de políticas fundamentalmente de naturaleza pública que garantiza a todos los ciudadanos el derecho a un mínimo vital desvinculado por lo general de

34 *Ibidem*, p.550.

35 SÁNCHEZ, Alfredo; MORALES, Maria. El derecho a la seguridad social y protección social. Mexico. DF 2014, Editorial Porrúa-Unam, p.1.

36 *Ibidem*, p.2.

37 LOMELÍ VENEGAS, Leonardo. Memoria del Coloquio Sobre Derechos Sociales. SCJN; México, D.F; 2006, p.79.

relaciones subordinadas o contractuales de índole laboral, impuestos, aportaciones de seguridad social. El acceso de los beneficios sociales depende únicamente de la necesidad de los individuos.³⁸

La aparición de la protección social, tiene un origen multifactorial; la aparición de los trabajadores pobres, el incremento de personas sin trabajo y de la pobreza, así como la presencia de trabajadores migrantes, independientes o dependientes económicamente subordinados sin seguridad social, lo que atañe a un grupo vulnerable como lo son los trabajadores que del mismo modo son migrantes en nuestro país.³⁹

Las recomendaciones de la OIT se enfocan a reconocer la dual obligación que se incumple en la protección de la migración como fenómeno global y el de los migrantes en el tránsito de una mejora personal y colectiva que agrupa incluso a familias, en este sentido la recomendación de OIT es y fue la premisa de establecer pisos o base de protección social como un elemento fundamental y complementario de sus diversos sistemas de seguridad social. Reconociendo con ello de manera implícita que la seguridad social hoy en el mundo no es plena ni mucho menos e encuentra generalizada, lo que se centro en la tarea de gestión pública de establecer y poner en práctica estrategias de cobertura y extensión progresivamente de niveles de aseguramiento para el mayor número de personas posible, tal como lo reiteran las normas internacionales en materia de seguridad social que promueve la OIT.⁴⁰

El Piso de Protección social promueve el acceso a servicios esenciales y transferencias sociales para los pobres y los vulnerables, presentando un enfoque global de la protección social que hace hincapié en los componentes de oferta y demanda de la extensión de la protección social así como la garantía de un acceso efectivo. El denominado “piso” o “suelo” de la Protección Social, consiste en una especie de normas mínimas o elementales a observar por parte de todos los países del planeta; si bien el contenido de la Iniciativa no es coercible, sí es un referente mundial obligado.⁴¹

38 Ídem

39 Memoria USB, Centro de formación Internacional OIT. Criterios del Curso Internacional para juristas y docentes de derecho de América Latina, Cartagena, Colombia, 2014.

40 Ídem

41 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Informe sobre Competitividad Social en México 2012. Consulta 10/09/2014. Disponible em: <http://www.undp.org.mx/IMG/pdf/Informe_sobre_Competitividad_Social_en_Mexico_2012-2.pdf>.

En dicha Iniciativa se resalta la necesidad de garantizar servicios y transferencias durante todo el ciclo vital: niños, personas en edad económicamente activas con ingresos insuficientes, y personas mayores, prestándose especial atención a los grupos vulnerables mediante la consideración de características fundamentales que abarcan a todos los grupos de edad (género, estatus socioeconómico, etnicidad, discapacidad, personas con el VIH/SIDA, población expuesta y/o altamente sensible a efectos adversos externos como lo son desastres naturales, fenómenos climáticos extremos, la migración y los migrantes).⁴²

9 LA EFICACIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Los estados modernos democráticos de derecho se caracterizan por tener un margen superior de defensa de los derechos humanos, pues mientras más amplio sea el espectro de protección, ello es muestra reveladora de un mayor desarrollo social; pero de igual manera existen muestras de encono social, de rebelión acumulada, hasta el extremo de una carencia generalizada de valores, es la época del absurdo y de la confrontación.⁴³

El concepto de derechos fundamentales comprende un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretizan las exigencias de dignidad, libertad e igualdad humanas, que deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.⁴⁴

Los derechos fundamentales del hombre son las enmiendas y restricciones al poder político o a las imposiciones que se le hacen a este, expresadas en declaraciones, dispositivos legales y mecanismos privados y públicos, destinados a hacer respetar y concretizar las condiciones de vida que den posibilidad a todos los seres humanos que mantengan y desarrollen sus cualidades peculiares de inteligencia, dignidad y consciencia y permitir la satisfacción de sus necesidades materiales e espirituales.⁴⁵

42 América Latina y el Caribe: migración internacional, derechos humanos y desarrollo. CEPAL. Publicación de Naciones Unidas. Santiago, 2008, p.123.

43 VEGA RAMÍREZ, Willy Ear. Manual de ética para aspirantes a la licenciatura en derecho. Mexico: Rehtikal, 2013.p.2.

44 Íbidem, p.56.

45 DE ALMEIDA, Fernando Barcellos. Teoría General dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 24.

Aquellas exigencias que brotan de la propia condición natural de la persona humana, y que, por ende, reclaman su reconocimiento, su respeto e incluso su tutela y promoción por parte de todos; pero especialmente de quienes estén constituidos en autoridad. De la forma como lo pensamos, la expresión derechos fundamentales designa situaciones jurídicas amparadas en textos jurídicos de naturaleza constitucional, a favor de la dignidad, igualdad, libertad y solidaridad de las personas humanas. La norma constitucional contiene una finalidad que deberá ser cumplida obligatoriamente por el Poder Público, todavía, sin apuntar los medios que serán adoptados para alcanzarla, es decir, sin indicar las conductas específicas que satisficieran el bien jurídico consagrado en la regla.⁴⁶

La eficacia de los derechos fundamentales puede ser vista bajo el aspecto de eficacia jurídica, que corresponde al potencial de aplicabilidad de la norma jurídica que consubstancia un derecho fundamental, y de eficacia social, que se refiere a la efectiva aplicación de esta norma a los casos concretos. De esta manera, la primera se opera en el plan jurídico y la segunda, en el mundo fáctico.

Sin embargo, la designación *eficacia* puede ser aplicada, bajo otra óptica, en el sentido de ámbito, extensión, así como de su alcance, implicando en la siguiente tipología de la eficacia de los derechos fundamentales: eficacia vertical, que se refiere al alcance de estos derechos en la relación Estado y particular, y eficacia horizontal, que alude a la extensión de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.

Los derechos sociales se regulan constitucionalmente como mandatos de optimización, puesto que postulan la necesidad de alcanzar ciertos fines, pero dejan de alguna manera abierta las vías para lograrlos. Los mandatos de optimización son normas jurídicas, redactadas en formas de principios.⁴⁷

Además están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida adecuada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas, por ello los principios mandatan que algo que sea realizado en la mayor medida posible, dentro de todas las posibilidades jurídicas y reales existentes.⁴⁸

46 PÉREZ TREVIÑO, José Luis. De la dignidad humana y otras cuestiones. México: Fontamara. 2007.p. 90.

47 CARBONELL, Miguel; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Los derechos sociales y su justiciabilidad directa, IJ-Unam. Mexico: Flores, 2014.p.33.

48 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Mexico: Fontamara, 2007.p.86.

Así que el reconocimiento de los derechos sociales como “verdaderos” derechos, en que en la cobertura amplia incluya a la migración y sus migrantes no se alcanzará hasta superar las barreras que impiden su justiciabilidad, entendida como la posibilidad de reclamar ante un órgano jurisdiccional el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del derecho.⁴⁹

La irradiación de los derechos fundamentales en la esfera privada, también conocida como privatización de los derechos fundamentales, eficacia horizontal, eficacia externa, o aplicación horizontal, resbala en la obligatoriedad de observación y cumplimiento de las normas constitucionales, consagradoras de derechos humanos fundamentales. En otras palabras, la eficacia horizontal es la incidencia de los derechos humanos en el ámbito de las relaciones sociales, vale decir, entre los propios particulares más aún en calidad de migrantes.⁵⁰

10 CONCLUSIONES

Primera: La relación entre migración y derechos humanos está presente en todo el ciclo migratorio: muchas veces en las motivaciones para su salida del país de origen, durante su tránsito y al llegar a su destino. Los migrantes no calificados, que son la mayoría, son especialmente vulnerables a la violación de sus derechos: Enfrentan generalmente discriminación, trato desigual e inequidad de oportunidades en el trabajo. Su acceso a servicios de salud, educación y vivienda no siempre son equiparables a los de los nacionales del país donde residen, por lo tanto la protección social es una salida emergente.

Segunda: Si bien la migración es un proceso multidimensional en sus factores, es aceptado que la principal de sus determinantes está asociada con el desarrollo socioeconómico. Desde esta perspectiva, las regiones expulsoras de población reflejan limitaciones o francas crisis en su desarrollo, las receptoras, por otro lado demuestran ciertas capacidades que le permiten integrar los flujos de población y beneficiarse de ello, a pesar de los retos sociales que dicha movilidad implica especialmente en el corto plazo. Desarrollo y migración guardan así una estrecha relación.

49 NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert. *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 39.

50 Notas sobre migración y desarrollo local, una mirada desde las remesas de los migrantes. CEPAL/CELADE. Santiago, 2006, p.78.

Tercera: Con la adecuada protección de los derechos humanos, estas causas aparejadas son la falta de cultura previsora, la desacreditación de las instituciones públicas y los ingresos económicos reducidos de este grupo poblacional. La migración se ha convertido en un mecanismo informal de manejo de riesgos, a través del cual la familia involucrada (trabajador migrante y miembros remanentes en México) logra solventar los gastos de las contingencias presentes, sin embargo no logra prever a futuro

REFERENCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Mexico: Fontamara, 2007.
- AMÉRICA Latina y el Caribe: migración internacional, derechos humanos y desarrollo. CEPAL. Publicación de Naciones Unidas. Santiago, 2008.
- AÑÓN ROIG, José García (Coords.). **Lecciones de derechos sociales**, 2007.
- BOBBIO, Norberto. “¿Existen derechos fundamentales? Conversación con Giuliano Pontara”, en **El tiempo de los derechos**. Madrid: Sistema, 1991.
- BUSTAMANTE, Jorge. **La política de inmigración de México**. México: Colegio de Michoacán, 2008.
- CARBONELL, Miguel; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **Los derechos sociales y su justiciabilidad directa**, IJ-Unam. Mexico: Flores, 2014.
- CERVANTES BRAVO, Irina. **Ponencia:** Justicia Constitucional Multinivel Congreso Iberoamericano de derecho Constitucional, en memoria en extenso USB. Universidad del Externado, Bogotá, Colombia 2105.
- DE ALMEIDA, Fernando Barcellos. **Teoría dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- DECLARACIÓN de Oaxaca, sentencias relevantes en materia de control de convencionalidad, Tribunal electoral del poder judicial de la federación. México, DF2014.
- DIEZ-CANEDO, Juan. **La migración indocumentada un nuevo enfoque, fondo de cultura económica**. México, D.F, 2004.
- EL MAPA migratorio de América Latina y el Caribe. Las mujeres y el género. Serie Población y desarrollo. N. 44 (LC/L. 1975-P). CEPAL. Publicación de Naciones Unidas. Santiago, 2003.
- EZETA, Fernanda. **Aspectos sociales de la trata de persona**. Mexico: Reus, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. Madrid: Trotta, 1997.
- HESSE, Conrado, et.al **Manual de derecho constitucional**. Marcial Pons, Madrid, 1996.

INSTRUMENTOS internacionales de Derechos Humanos. Recomendación General XXX sobre la discriminación contra los no ciudadanos. Aprobado en el 65º período de sesiones. Ginebra, 2005.

KURCZYN VILLALOBOS, Patricia. La reforma constitucional en materia de derechos humanos laborales. **Revista Latinoamericana de derecho social**, México. N.14, Ene./Jun, 2012.

KURSAAL, Berna. Resúmenes de conferencias. Gil, D., et al Valoración de los objetivos de desarrollo del milenio mediante la revisión de la literatura científica en 2008, en **Revista Española de Salud Pública**, V. 82, N.5. Madrid, Sep./Oct. 2008.

LOMELÍ VENEGAS, Leonardo. **Memoria del Coloquio Sobre Derechos Sociales**, SCJN; México, D.F; 2006.

LUIGI, Ferrajoli. **Derechos y garantías**. Madrid: Trotta, 1997.

MEMORIA USB, Centro de formación Internacional de OIT. Criterios del Curso Internacional para juristas y docentes de derecho de América Latina. Cartagena, Colombia, 2014.

NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert. **Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericana**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

NOTAS SOBRE migración y desarrollo local, una mirada desde las remesas de los migrantes. CEPAL/CELADE. Santiago, 2006.

OFICINA Internacional del Trabajo, La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean, Informe I (B), 96ª reunión, Ginebra, 2007.

ORDOÑEZ CIFUENTES, José Emilio. **Derecho Consuetudinario indígena**. Instituto de investigaciones jurídicas de la Unam, 1998.

PECES-BARBA, Martínez et.al. **Derecho positivo de los derechos humanos**. Madrid: Debate, 1984.

PÉREZ TREVIÑO, José Luis. **De la dignidad humana y otras cuestiones**. Mexico: Fontamara, 2007.

SÁNCHEZ CASTAÑEDA, Alfredo; MORALES RAMIREZ, Maria Ascensión. **El derecho a la seguridad social y protección social**. Mexico. D.F 2014.

SANTIBÁÑEZ ROMELLO, Jorge. **Trabajo temporal y migración internacional**. México: Editorial miguel Ángel Porrúa, 2007.

VEGA RAMÍREZ, Willy Earl. **Manual de ética para aspirantes a la licenciatura en derecho**. México: Rehtikal, 2013.

