

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
ESCUELA DE CIENCIA POLÍTICA**

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure, likely a saint or religious figure, seated and holding a book. Above the figure is a cross. The seal is surrounded by a circular border containing the Latin text "UNIVERSITAS SAN CAROLINI ACADÉMIA COACTEMALENSIS INTER CETERA BIS CONSPICUA CAROLINA ACADÉMIA".

**LA IMPORTANCIA DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE
PROTECCION DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES
MIGRANTES Y SUS FAMILIAS, EN LA DEPORTACION DE
GUATEMALTECOS EN SITUACION IRREGULAR EN LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMERICA**

ANALY DEL CID MORALES

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2011

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
ESCUELA DE CIENCIA POLÍTICA**

**LA IMPORTANCIA DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES
MIGRANTES Y SUS FAMILIAS, EN LA DEPORTACION DE
GUATEMALTECOS EN SITUACIÓN IRREGULAR EN LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA**

TESIS

PRESENTADA AL CONSEJO DIRECTIVO DE LA ESCUELA DE CIENCIA
POLÍTICA DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

POR

ANALY DEL CID MORALES

AL CONFERIRSELE EL GRADO ACADÉMICO DE:

LICENCIADA EN RELACIONES INTERNACIONALES

Y EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

INTERNACIONALISTA

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2011

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

RECTOR MAGNIFICO
Lic. Carlos Estuardo Gálvez Barrios

SECRETARIO GENERAL
Dr. Carlos Guillermo Alvarado Cerezo

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ESCUELA DE CIENCIA POLITICA

LICDA. GEIDY MAGALI DE MATA MEDRANO	DIRECTORA
LICDA. CLAUDIA VERONICA AGREDA AJQUI	VOCAL I
LIC. PABLO DANIEL RANGEL ROMERO	VOCAL II
LICDA. ANA MARGARITA CASTILLO CHACON	VOCAL III
BR. MARIA AMALIA MANDUJANO IZAGUIRRE	VOCAL IV
BR. RENE ADRIAN PONCE CANALES	VOCAL V
LIC. MARVIN NORBERTO MORAN CORZO	SECRETARIO

TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN DEL EJERCICIO PROFESIONAL SUPERVISADO

COORDINADOR: Lic. Francisco José Lemus Miranda
EXAMINADORA: Licda. Marconi del Carmen Méndez Muñoz
EXAMINADORA: Licda. Carmen Olivia Alvarez Bobadilla

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN PÚBLICO DE TESIS

DIRECTORA:	Licda. Geidy Magali de Mata Medrano
SECRETARIO:	Lic. Marvin Norberto Morán Corzo
COORDINADOR:	Lic. Francisco José Lemus Miranda
EXAMINADOR:	Lic. Carlos Enrique López Chávez
EXAMINADORA:	Licda. Claudinne Ogaldes Cruz

Universidad de San Carlos de Guatemala
Escuela de Ciencia Política

ESCUELA DE CIENCIA POLITICA DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:

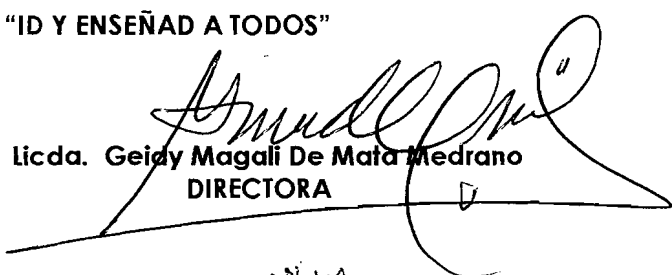
Guatemala, diecisiete de noviembre del dos mil nueve-----

ASUNTO: El (la) estudiante: **ANALY DEL CID MORALES, Carnet No. 200410424**, inicia trámite para la realización de su examen de tesis

1. Se admite para su trámite el memorial correspondiente y se dan por acompañados los documentos mencionados. 2. Se traslada al (a) Coordinador (a) de la Carrera correspondiente **Lic. Francisco Lemus**, para que acepte el tema de Tesis planteado. 3. El resto de lo solicitado téngase presente para su oportunidad.

Atentamente,

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"


Licda. Geidy Magali De Mata Medrano
DIRECTORA



Se envía el expediente completo.

myda

1/

Guatemala, 27 de noviembre del 2009

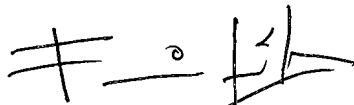
Licenciada
Geidy Magali De Mata, **Directora**
Escuela de Ciencia Política

Estimada Licenciada De Mata:

Por medio de la presente me permito informarle que, verificados los registros de Tesis de la Escuela, el tema: **PROCESOS REALES DE LA RECEPCION DE MIGRANTES GUATEMALTECOS "ADAPTACION DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS GUATEMALTECOS Y DE SUS FAMILIARES" · LOS RETORNADOS DE ESTADOS UNIDOS.** Propuesto por el (la) estudiante **ANALY DEL CID MORALES, Carné No. 200410424** puede autorizarse dado que el mismo no tiene antecedentes previos en nuestra Unidad Académica.

Atentamente,

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"



Lic. Francisco Lemus Miranda
Coordinador Area Relaciones Internacionales



Se regresa expediente completo.

c.c.: Archivo
myda.

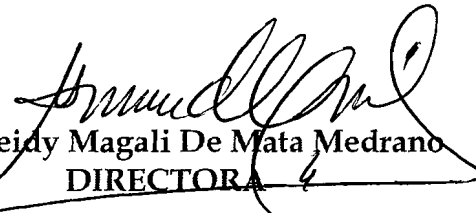
ESCUELA DE CIENCIA POLITICA DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE
GUATEMALA: Guatemala, dieciocho de enero del dos mil diez-----

ASUNTO: el (la) estudiante: **ANALY DEL CID
MORALES, Carnet 200410424** continúa trámite,
para la realización del examen de Tesis

1. Habiéndose aceptado el Tema de Tesis propuesto, por parte del Coordinador (a) de la Carrera, Lic. *Francisco José Lemus Miranda*, pase al Coordinador de Metodología, Lic. Jorge Arriaga Rodríguez, para que se sirva emitir dictamen correspondiente sobre el Diseño de Tesis.

Atentamente,

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"


Licda. Geidy Magali De Mata Medrano
DIRECTORA

Guatemala, 19 de enero del 2011

Licenciada
Geidy Magali De Mata Medrano
Directora, Escuela de Ciencia Política
Universidad de San Carlos de Guatemala

Estimada Licenciada De Mata:

Por medio de la presente me dirijo a usted con el objeto de informarle que, tuve a la vista el trabajo de Tesis del o (la) estudiante **ANALY DEL CID MORALES, Carné 200410424**, titulado **"ELA IMPORTANCIA DE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRANTES Y SUS FAMILIAS EN LA DEPORTACIÓN DE GUATEMALTECOS DESDE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA"**. El (la) estudiante en referencia hizo las modificaciones y por lo tanto, mi dictamen es favorable para que se apruebe dicho diseño y se proceda a realizar la investigación.

Atentamente,

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Lic. Jorge Arriaga Rodríguez
Coordinador Área de Metodología

Archivos
Se regresa Expediente completo
myda/
4/.



Universidad de San Carlos de Guatemala
Escuela de Ciencia Política

ESCUELA DE CIENCIA POLITICA DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:

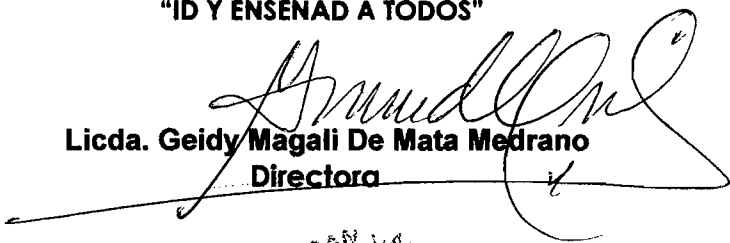
Guatemala a los veinte días del mes de enero del dos mil diez_____

ASUNTO: La estudiante **ANALY DEL CID MORALES,**
Carnet No. 200410424, Continúa Trámite Para la realización
de su Examen de tesis.

1. Habiéndose emitido el dictamen correspondiente por parte del Coordinador de Metodología, pase al (la) Asesor (a) de Tesis, Lic. Florencio Montufar para que brinde la asesoría correspondiente y emita su informe.

Atentamente,

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"


Licda. Geidy Magali De Mata Medrano
Directora

Se regresa expediente completo
c.c. archivos
myda/
5.



Guatemala, 08 de mayo de 2010

Licda. Geidy Magali De Mata Medrano
Directora de la Escuela de Ciencia Política
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho



Estimada licenciada:

Por este medio me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que he sido nombrado asesor de tesis de la Bachiller **ANALY DEL CID MORALES**, quien trabajó como tema de tesis la investigación titulada: **"LA IMPORTANCIA DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES Y SUS FAMILIAS, EN LA DEPORTACIÓN DE GUATEMALTECOS EN SITUACIÓN IRREGULAR EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA"**, con la cual está optando al grado académico de Licenciada en Relaciones Internacionales y el título de Internacionalista.

A partir de la designación oficial, procedí a revisar la propuesta de informe final de tesis de la Bachiller en mención, posterior a lo cual realicé varias sesiones de trabajo con la sustentante para intercambiar opiniones y puntos de vista sobre su trabajo de investigación.

Luego de realizar las jornadas de reflexión y análisis, por medio de las cuales me permití sugerirle aspectos puntuales que permitieran una mejor comprensión de su aporte reflexivo, me permito emitir **DICTAMEN FAVORABLE** al trabajo de tesis de la sustentante debido a que el mismo es un importante aporte a las relaciones internacionales como ciencia, por lo considero pertinente que la Bachiller Del Cid Morales continúe con sus trámites respectivos, para graduarse de Internacionalista.

Sin otro particular, atentamente:



Lic. Edgar Florencio Montúfar Noriega
Asesor de tesis

ESCUELA DE CIENCIA POLITICA DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE
GUATEMALA: Guatemala, veintisiete de septiembre del dos mil once.-----

ASUNTO: el (la) estudiante **ANALY DEL CID MORALES**, carnet
200410424, continúa trámite para la realización de su examen de
Tesis.

Habiéndose emitido el dictamen correspondiente por parte del (la) Lic. Edgar Florencio Montufar Noriega, en su calidad de Asesora de Tesis, pase al (la) Lic. Francisco José Lemus Miranda, para que proceda en su calidad de Coordinador (a) de la Carrera de Relaciones Internacionales a conformar el Tribunal que escuchará y evaluará la defensa de tesis, según el artículo 70 del Normativo de Evaluación y Promoción de estudiantes de la Escuela de Ciencia Política.

Atentamente,

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"


Licda. Geidy Magali De Mata Medrano
DIRECTORA

Se regresa expediente completo
c.c. Archivos
myda
6/





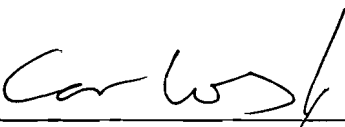
Escuela de Ciencia Política
Edificio M-5, Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, Centroamérica

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
ESCUELA DE CIENCIA POLITICA
COORDINACION AREA RELACIONES INTERNACIONALES.

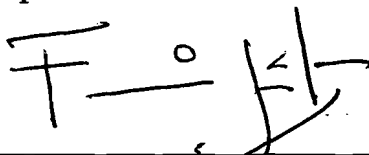
ACTA DE EVALUACION DE TESIS
(Licenciatura en Relaciones Internacionales)

En la ciudad de Guatemala, el día veintiséis de mayo del dos mil diez, se realizó la Lectura y Defensa de tesis de ANALY DEL CID MORALES, Carné No. 200410424, titulada: "LA IMPORTANCIA DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE PROTECCION DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES Y SUS FAMILIAS, EN LA DEPORTACION DE GUATEMALTECOS EN SITUACION IRREGULAR EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA". Para la Licenciatura en Relaciones Internacionales ante el Tribunal conformado por: Lic. Carlos Enrique López Chávez, Licda. Claudinne Ogaldes Cruz y Lic. Francisco José Lemus Miranda como Coordinador del Area de Relaciones Internacionales, habiendo evaluado y escuchado el informe de investigación del (la) sustentante, consideran que el mismo contiene las cualidades necesarias para un trabajo de tesis, por lo tanto, el dictamen es de APROBADO (A).

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"


Lic. Carlos Enrique López Chávez


Licda. Claudinne Ogaldes Cruz.


Lic. Francisco José Lemus Miranda
Coordinador



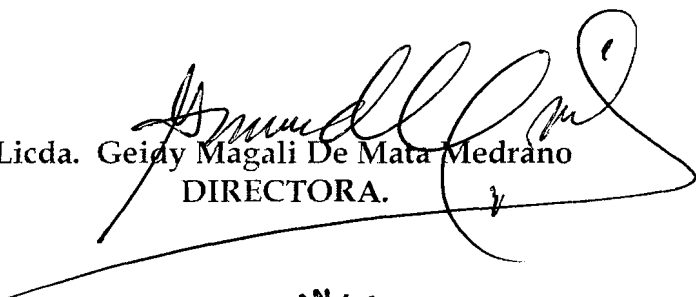
TELEFAX extensión 1474,
Planta USAC 24188000 ext. 85384, 85383, 1476 y 1473
E-mail: usaccpol@usac.edu.gt

ESCUELA DE CIENCIA POLITICA DE LA UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE GUATEMALA: Guatemala, seis de octubre del dos mil once.-----

Con vista en los dictámenes que anteceden, autorizo la impresión del trabajo de Tesis del (la) estudiante: **ANALY DEL CID MORALES** Carné No. **200410424** titulado: "LA IMPORTANCIA DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE PROTECCION DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES Y SUS FAMILIAS, EN LA DEPORTACION DE GUATEMALTECOS EN SITUACION IRREGULAR EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA".

Atentamente,

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"


Licda. Geidy Magali De Mata Medrano
DIRECTORA.



DEDICADO A:

Dios: por ser el centro de mi vida, mi aparo, mi fortaleza cuando más lo he necesitado; por hacer palpable su amor a través de cada uno de los que me rodean.

Virgencita: por ser esa fuente inagotable de amor. Quien con amor guía mis pasos hacia una vida cada vez mas extraordinaria.

Padres: Leonel del Cid y Beatriz Morales de del Cid, primero que nada este logro va dedicado a ustedes, ya que sin su apoyo nada de esto fuera posible; por inspirar mi camino al éxito, por sacrificarse uno y todos los días con tal de ver realizado cada uno de mis sueños. Gracias por ser ese ejemplo a seguir, por siempre ser mi guía, mi horizonte, mi límite ante los excesos, mis mejores consejeros. Su fuerza y amor me han dirigido por la vida y me han dado las alas que necesitaba para volar.

Hermanos: Luis Fernando y Rafael Eduardo, gracias por todo su apoyo y por ese amor incondicional, por siempre estar ahí en todo momento. Los sueños nunca desaparecen siempre que las personas no los abandonen; que esto les sirva de inspiración para lograr ustedes también todo lo que se proponen.

Abuelitos: Papaguayo(+), Mamaia, abuelito Guayo(+), abuelita Lina, por ser un ejemplo de vida, sabiduría y experiencia. Por ese inmenso amor que solo un abuelito puede dar.

Tíos: Rosario, Erwin, Luis, Horacio, Hilda y a todos mis tíos, por ese apoyo y amor incondicional y ser como mis segundos padres.

Primos: gracias por su apoyo y su inmenso amor, en especial a Fabiola, Rodrigo, Joze Eduardo, Javier

Sobrinos: José, Emiliano y Camila, por ser mis tres tesoros y ese inmenso amor que llena mi vida de mucha felicidad.

Amigos: por ser parte de mi vida, por compartir buenos y malos momentos, por estar ahí cuando más los he necesitado; por su lealtad y sinceridad. Por compartir conmigo este triunfo, por el cariño que hemos cosechado; en especial a Paula, Martha, Ana María, Andre.

A la Universidad San Carlos de Guatemala: mi casa de estudio, a la cual siempre estaré agradecida por haberme abierto los brazos como estudiante, especialmente a la Escuela de Ciencia Política.

ÍNDICE

	Página
Introducción	i
Capítulo I: Aspectos teóricos y metodológicos	1
1.1. Aspectos teóricos	1
1.2. Aspectos metodológicos	4
Capítulo II: La migración	
2.1. <i>Naturaleza de las migraciones internacionales</i>	10
2.2. La migración por trabajo	12
2.3. Migración irregular	16
2.4. Mujeres migrantes	22
2.5. Niñez migrante	23
2.5. Situación de los hijos de los deportados	24
Capítulo III: Migraciones y derecho internacional	27
3.1. Antecedentes de la protección de los migrantes	27
3.2. Convenciones y tratados sobre derechos humanos y migrantes	30
3.3. Las convenciones de la Organización Internacional del Trabajo –OIT- que favorecen a los migrantes laborales	45
3.4. La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares	60
Capítulo IV: La importancia de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares, en la deportación de guatemaltecos en situación irregular en los Estados Unidos de América	67
4.1. La detención y deportación de guatemaltecos desde Estados Unidos	74
4.2. Fundamentos jurídicos para la protección del migrante en situación irregular en Estados Unidos de América	78
4.3. La importancia de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares, en la deportación de guatemaltecos en situación irregular en los Estados Unidos de América	85
Conclusiones	89
Recomendaciones	91
Bibliografía	93

INTRODUCCIÓN

La importancia económica y social que representan los migrantes para países como Guatemala ha sido reconocida hasta hace menos de una década. De igual manera, su status migratorio, los procesos que les llevó hasta el país de destino y su problemática como personas extranjeras, la mayoría en calidad de ilegales o en situación especial, también es reciente.

En la actualidad, la migración y los migrantes es uno de los principales temas de la agenda internacional e interna de los países de origen, los de tránsito y los de destino, porque para los primeros resultan ser una fuente de divisas producto de las remesas familiares, para los segundos además de un ingreso económico, un problema de efectos secundarios como la existencia de grupos de traficantes de personas, quienes cooptan a las fuerzas de seguridad y a los encargados de los flujos migratorios; mientras que para los últimos, son una contribución a su desarrollo, a la generación de riqueza, pero también motivo de preocupaciones por su seguridad nacional, debido a que se presenta más oferta que la demanda existente en el país, ocasionando con ello resentimientos políticos y actos xenofóbicos entre sus residentes más chauvinistas.

El presente informe final de tesis se orienta a explicar los procesos de migración, la importancia que ha adquirido la migración laboral, los derechos humanos que deben acompañar al migrante desde su partida del país de origen hasta la llegada al de destino, así como las dificultades y violaciones a esos derechos que se encuentran en su tránsito hasta el Estado receptor de su viaje.

Para obtener la información necesaria para la elaboración del informe final, se recurrió a la recopilación de la información bibliográfica y documental que se relacionara con la migración, los migrantes, los tratados de derechos humanos generales y específicos que los protegen, así como el proceso de arribo y deportación que afectan a los guatemaltecos migrantes ilegales en Estados Unidos de América.

Esta tesis consta de cuatro capítulos. El primero se refiere a los aspectos teóricos y metodológicos de la investigación, en donde se hace una relación entre el derecho internacional de los derechos humanos que orienta la aprobación y vigencia de la protección jurídica de los migrantes y la realidad que enfrenta este en su travesía; en el segundo se explican las características de la migración, sus causas, consecuencias y la dinámica internacional que la misma genera; el tercero está elaborado a partir de la evolución de la normativa internacional orientada a la protección de las personas extranjeras en situación irregular, sea porque son migrantes indocumentados o bien porque su situación laboral los vuelve vulnerables; mientras que el cuarto se orienta a explicar la importancia de la Convención Internacional sobre Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias en el proceso de deportación de los guatemaltecos migrantes en situación irregular deportados de los Estados Unidos de América, en donde se hace énfasis que aún cuando dicha Convención no ha sido ratificada por Estados Unidos, la mayoría de los derechos que la misma contiene se encuentran vigentes en ese país porque están regulados en distintos tratados que el Estado estadounidense ha ratificado.

CAPÍTULO I

ASPECTOS TEÓRICOS Y METODOLÓGICOS

1.1. Aspectos teóricos

partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas –ONU–, el 10 de diciembre de 1948, la legislación internacional en este campo es significativa, aunque a misma no menciona a los migrantes sí hace referencia a que la misma se aplica sin distinción de raza u origen nacional y que se aplica a todas las personas por igual; por lo que puede decirse que desde el punto de vista de la defensa y protección de los derechos de los migrantes existe suficiente legislación, en especial para quienes tienen un estatus migratorio regular y donde el inmigrante documentado no debe ser discriminado de sus derechos básicos fundamentales como son el trabajo, la educación y la salud.

En todo caso, más que promover y aprobar nuevas normativas internacionales, de lo que se trata es que los países de origen, de tránsito y de destino, impulsen acciones que tomen en cuenta el carácter estructural de este fenómeno migratorio, a partir de las tendencias internacionales en el campo laboral, así como el carácter multinacional del fenómeno para poder avanzar en una solución.

Debe tomar en cuenta que las y los migrantes empiezan a ser vulnerables desde antes de optar por salir de su país para llegar al país de destino, porque la estructura social y económica en que se desarrolla un ser humano, le impone una serie de condiciones de subsistencia, pobreza, desempleo, salarios bajos, violencia política, inseguridad ciudadana, desastres naturales y deseos de superación que su país no le ofrece, por lo que se ve forzado a emigrar en búsqueda de mejorar su condición de vida y calidad humana.

de esa manera, una persona o grupo de personas que se desplacen de un lugar a otro, en procura de satisfacer sus necesidades, se encuentra en condiciones de vulnerabilidad, situación que se incrementa cuando llega al país de destino, porque el status de migrante ilegal determina que el Estado de origen no puede protegerla, mientras que el de destino se desatiende de ella, por lo que se ve obligada a aceptar condiciones sociales y económicas por debajo de las que se encuentran reguladas legalmente en la comunidad receptora, porque de lo contrario no encuentra oportunidad laboral para sobrevivir.

A pesar de que algunos migrantes logren una adecuada inserción social en el país de destino, existirán distinciones entre el nacional y el inmigrante, que los hará ver como un extranjero desde el punto legal, ello a pesar del compromiso del país para respetar los derechos humanos de los migrantes. Es por esa razón, que el inmigrante enfrenta problemas vinculados a su condición de no originario del país receptor, lo que le genera reacciones de hostilidad por parte de cierto sector de la población, fundamentadas actitudes de xenofobia; discriminación laboral relacionada con horarios extensos, labores intensas, bajos salarios, sin garantías sociales y maltratos; se le estereotipa como una persona que viene a realizar trabajo de segunda categoría que ya los nacionales no desean realizar, lo que en conjunto determina que su status lo condicione a que como tendencia se encuentre viviendo en condiciones precarias, con una inserción laboral sin las garantías sociales requeridas, por lo que resultan siendo seres humanos que difícilmente logran realizarse a plenitud y por lo tanto su ciclo de pobreza no se rompe.

El inmigrante está expuesto o sometido a todo tipo de impedimentos, trabas, en especial los irregulares, que buscan su invisibilidad, por lo que se le dificulta más su acceso a los servicios sociales; como muchas veces viaja solo, la distancia de sus familiares y la lejanía de su tierra natal, además de sus temores a la deportación, les condicionan a vivir en soledad, con temores, a escondidas y por lo tanto, vedados de ejercer el reclamo de sus derechos cuando le son violados, generando esa misma

ación que, en muchas ocasiones, se inhiba de celebrar sus tradiciones, por lo que se expone a perder, con el tiempo, su identidad cultural.

De conformidad con la normativa internacional es importante que cada país formule una política migratoria integral que contemple tanto la emigración como la inmigración y la migración de tránsito y los desplazamientos internos, puntualizando las características particulares de su propia sociedad y de las corrientes migratorias que ingresan a sus países, estableciendo un perfil migratorio que cuantifique y cualifique su aporte al desarrollo socioeconómico del país receptor, según su edad, nivel educativo, inserción laboral, sexo y condición económica; a su vez, esta política migratoria debe ser integradora, en el sentido de que debe estar sustentada en la realidad del país, con una visión prospectiva de los derechos humanos, de tal manera que se establezcan relaciones de igualdad entre nacionales y extranjeros de conformidad con las particularidades de las regiones existentes en cada país.

En los países receptores de población migrante, una política migratoria debe impulsar actividades de educación, sensibilización humana, tolerancia y respeto de la dignidad por intermedio de talleres, seminarios y conferencias con diversos grupos poblacionales que ejercen una influencia directa en la población para que asuman una posición de aceptación y tolerancia.

Así mismo, como se verá en el desarrollo del trabajo, los inmigrantes, y en especial los fronterizos, se ven en muchas ocasiones en medio del narcotráfico y la violencia política entre países, donde las fuerzas de seguridad no siempre logran hacer la distinción entre las migraciones y la recepción del delito.

Una política migratoria sustentada en los derechos humanos reconocidos internacionalmente, debe derivar en programas, proyectos y acciones según la dinámica migratoria en cada país y las tendencias y políticas internacionales.

Frente a la realidad migratoria en países de destino, como es el caso de Estados Unidos de América, donde no se visualiza un comportamiento migratorio diferente, en especial de la inmigración de latinoamericanos, este país debe facilitar la integración de los migrantes por medio de programas concretos de información previa, de facilitación al transporte de bienes, de reconocimiento de prestaciones y títulos, de ayuda de emergencia y de inserción laboral, por eso resulta importante que los Estados de tránsito y de destino sean severos en la persecución de las redes y mafias vinculadas con el tráfico ilegal de migrantes que opera mediante el sistema de redes y coyotaje, así como en la trata de personas, dado que esto significa lucrar con seres humanos, frente a una necesidad de sobrevivencia que tienen los migrantes y en razón de las políticas migratorias restrictivas y controlistas que existen en los países receptores y no receptores de población.

Los fundamentos sobre la protección jurídica de los migrantes se encuentran determinados por el derecho natural, en donde los mismos por el hecho de ser humanos, gozan de derechos inherentes a toda persona, lo cual los tratados y convenciones de protección a los migrantes y a las personas vulnerables ante el flujo migratorio pretende normar. Estos principios también permitieron promover y aprobar la Convención que protege al migrante y su familia, que en esencia reitera los derechos de las personas con vulnerabilidad estructural.

2. Aspectos metodológicos

A partir de la deportación de miles de guatemaltecos, lo cual se ha incrementado desde el año 2006, así como las denuncias presentadas en los medios de comunicación social de Guatemala, se considero necesario establecer los factores que determinan el incumplimiento de los tratados y principios sobre la protección de los migrantes que Estados Unidos de América ha ratificado, además resultaba necesario establecer la pertinencia de la Convención Internacional Sobre Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias, en el proceso

de detención, captura y deportación de los guatemaltecos en situación irregular en ese país.

Para llevar a cabo la investigación se definió como objetivo general determinar la importancia de la *Convención Internacional sobre Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias* en la deportación de guatemaltecos en situación irregular desde Estados Unidos de América; asimismo, se plantearon de manera específica objetivos vinculados a la explicación teórica de la migración, el análisis de los distintos instrumentos internacionales sobre derechos humanos en general y de protección a los migrantes, legales o no y en particular en el derecho internacional público; de este modo, el objeto de estudio fue perfilado a partir de establecer la situación del migrante guatemalteco en situación especial en Estados Unidos, siendo la unidad de análisis el respeto de sus derechos humanos en el proceso de deportación. El período histórico analizado comprende del año 2006 al 2009, debido a los informes sobre deportaciones, aun cuando las mismas han existido desde hace varias décadas, se incrementaron a partir de estos años.

El proceso investigativo se apoyó en los procedimientos lógicos del análisis para explicar la manera en que se define, caracteriza y debe entenderse la migración y al migrante, luego se aplicó el método sintético con el fin de comprender la dinámica en la cual se produce la relación entre las personas con status de extranjero residente o en situación especial con los derechos humanos que les reconocen los tratados y convenciones vigentes a nivel internacional. Asimismo, el método deductivo se utilizó para interpretar la doctrina existente sobre las características de la migración, el migrante y el proceso migratorio que incluye el país de origen, de tránsito y de destino lo que permitió comprender los elementos teóricos necesarios para abordar el estudio del tema de la protección de los derechos de los guatemaltecos migrantes deportados de Estados Unidos. Las técnicas utilizadas fueron la investigación bibliográfica y la investigación documental, por medio de libros y documentos vinculados al tema de la migración, los migrantes y los derechos humanos de estos.

CAPÍTULO II

LA MIGRACIÓN

La movilidad humana ha existido en todos los tiempos, ligada a diversos procesos históricos. En el siglo XXI, a partir de que los movimientos migratorios se han intensificado, las explicaciones sobre la migración han tendido a concentrarse en las causas de las mudanzas a países nuevos, enfocándolas en condiciones estructurales tales como la recomposición del capital o la globalización de los mercados, las políticas nacionales, la diferencias salariales entre los países, los desastres naturales, la persecución política, los conflictos armados, la pobreza, etc., por ello, la migración internacional forma parte de los rasgos más destacados de la globalización y se ha constituido en uno de los procesos sociales que articula nuevas relaciones transnacionales, puesto que como nunca antes en la historia de la humanidad, cada vez son más las personas que se trasladan de un lugar a otro; la migración también es un asunto de relevancia en los países receptores, en la mayoría de los cuales han surgido conflictos importantes entre inmigrantes y nativos en una conflictividad que se ha convertido en centro de la contienda política.

Las migraciones ocurren como una contradicción del nuevo contexto internacional, porque, mientras que los países desarrollados, en mayor o menor medida, impulsan el libre comercio orientado hacia la circulación de capitales y mercancías, sucede lo contrario con la migración de trabajadores temporales o permanentes, porque ante ellos, aun cuando se trasladen con la venia del gobierno receptor, su recepción está severamente controlada en la legislación nacional y a través de las instancias estatales que se encargan de controlarlos y evitar su ingreso ilegal.

Esta inconsistencia del discurso liberal se debe fundamentalmente a la necesidad de evitar los conflictos que surgen de la competencia entre los trabajadores nacionales de los países y los inmigrantes, así como de otros procesos como el resurgimiento de nacionalismos acompañados de expresiones de xenofobia y de rechazo al

erente, que han vuelto a tomar peso en las últimas décadas en varios países del hemisferio norte. En los países receptores, las distinciones entre los ciudadanos y los que no lo son, así como también entre los migrantes admitidos como tales y los que se encuentran en condición de ilegalidad, crean situaciones marcadamente diferentes en cuanto a los derechos de las personas. Las discusiones sobre la integración de los migrantes y los derechos de las minorías étnicas o nacionales, se han convertido en temas fundamentales de la agenda de los países que reciben inmigrantes"¹.

Por el lado de los países expulsores, se benefician de la migración de sus nacionales en dos líneas, por lo menos. En primer lugar, la emigración puede liberar las tensiones derivadas del desempleo y segundo, los migrantes laborales, al enviar remesas se convierten en una fuente importante de ingresos de divisas para su país de origen, lo cual ha llegado a ser la primera fuente de recursos, superando incluso a las exportaciones. Además, el dinero que recibe el núcleo familiar producto del trabajo del migrante, se convierte en muchos casos, en la única fuente de ingresos, implicando que los mismos se conviertan en recursos estratégicos para su sobrevivencia.

Los modernos sistemas de transporte y telecomunicaciones, incitan a más personas a moverse. Los pobres y no privilegiados ahora pueden ver con sus propios ojos la gran disparidad entre su nivel de vida y el de las personas más adineradas y con más privilegios, aspiran a esa riqueza.

Los comportamientos migratorios son cada vez más complejos y diversos. En comparación con la época en que la migración tendía a ser unidireccional y permanente, son mucho más numerosos los migrantes que ahora optan por movimientos circulares y de corta duración entre dos países, o por el desplazamiento a varios países. También es más frecuente la migración de retorno al país de origen,

¹Stalker, P. *Trabajadores sin Fronteras. El Impacto de la Globalización Sobre la Migración Internacional*. Ed. OIT. Ginebra, 2000. Página 22.

de ahí que en la actualidad, cada vez son más las personas que consideran la decisión de migrar como una opción de vida viable. El adelanto de la tecnología del transporte y las comunicaciones hace que los migrantes dispongan de posibilidades casi ilimitadas de creación de redes, intercambio de información y determinación de oportunidades. El resultado más inmediato de este fenómeno es la creciente aceptación de la doble ciudadanía, el tener múltiples propiedades y el derecho a voto. Ahora los países reconocen que la membresía no se basa en el territorio. Por lo tanto surge un nuevo tipo de relación persona-Estado, que se está arraigando rápidamente en la política internacional, y que probablemente influirá en el curso futuro de la movilidad humana”².

A pesar de la importancia y actualidad de la migración, muchos gobiernos carecen de una labor eficaz de gestión de la migración, lo cual no impide el movimiento de personas pero sí limita considerablemente la capacidad de las sociedades y de la comunidad mundial de alcanzar los beneficios potenciales de la migración, generando efectos negativos como las redes de trata de personas y la estigmatización del migrante, la explotación de los trabajadores migrantes y el éxodo y desperdicio del talento profesional. Asimismo, conlleva a la pérdida de oportunidades para mejorar el nivel de vida de las personas y el crecimiento económico, más allá del que ahora se produce.

En una planificación adecuada, los países de origen no pueden aprovechar plenamente las posibilidades de trabajo de sus nacionales que viven en el extranjero ni las valiosas contribuciones que pueden aportar los migrantes que retoman. Además, la cohesión social en los países de destino puede verse erosionada por la falta de medidas para encauzar la relación entre los migrantes y la sociedad de acogida y para promover la coexistencia armoniosa y una adaptación y ajuste mutuos.

“Durante los últimos tres decenios del siglo XX, la atención de los encargados de la formulación de las políticas migratorias en muchas regiones se centró principalmente en las cuestiones relacionadas con el asilo y la migración irregular, en respuesta a una prolongada sucesión de situaciones de crisis en todo el mundo, que dieron lugar a desplazamientos de personas. Sin embargo, el predominio de esas cuestiones dejó poco margen para el examen de enfoques más amplios y exhaustivos de gestión de la migración. El inicio del siglo XXI ha sido testigo de un cambio en la perspectiva política hacia un mayor reconocimiento de la compleja naturaleza y prevalencia de la migración. Ese cambio puede atribuirse, por lo menos en parte, a la disminución de las solicitudes de asilo y al reconocimiento, cada vez mayor, de que abordar por separado las cuestiones de migración no es una medida particularmente eficaz. Sin embargo, tal vez el factor de más importancia en ese cambio sea el creciente reconocimiento del efecto económico beneficioso de la migración laboral ordenada para los países de origen y de destino, y de las posibilidades que ofrece para el desarrollo humano de los migrantes y sus familias”³.

Esta falta de manejo de los flujos migratorios, se evidencia porque las estructuras institucionales en los planos nacional, bilateral, regional y mundial aún no han evolucionado al ritmo necesario para la gestión eficaz de la migración temporal, permanente, legal o ilegal, que permita responder ante las necesidades de movilidad relacionadas con el empleo de la economía mundial en expansión, lo cual genera una contradicción entre la visión tradicional de los países sobre los requisitos nacionales legítimos de mantenimiento de la seguridad, los servicios sociales y la cohesión social, frente a la necesidad de asegurar la protección de los derechos humanos y el bienestar de los migrantes.

Las políticas eficientes que permiten la gestión de la migración de manera adecuada a nivel nacional, regional y mundial, están determinadas por la capacidad de los encargados de formular las políticas, quienes deben de disponer de datos fiables y

³ Organización Internacional del Trabajo –OIT-. **Trabajadores Migrantes. Informe III (Parte 1B)**. Ed. OIT. Ginebra, 1999. Página 3.

actualizados sobre la migración laboral actual y futura y sobre las tendencias del mercado laboral, su relación con la economía mundial y los beneficios que la movilidad humana genera a todos los involucrados.

Mientras que en la elaboración de las políticas de gestión de la migración no se tome en cuenta que los migrantes son necesarios para disponer de toda una gama de niveles de especialización, será muy difícil que los gobiernos dejen de plantear estrategias de contención y persecución por encima de acciones de recepción y de respaldo a los migrantes.

Además, es un hecho que las políticas migratorias afecten a las políticas de otras esferas gubernamentales, a la vez que son influenciadas por las mismas haciendo que la gestión exhaustiva de la migración implique una coherencia política con los sectores conexos, limitante que presentan la mayoría de gobiernos.

Para lograr una efectiva gestión de la migración, se debe crear o mejorar a las instancias públicas vinculadas directamente con esta tarea. Por ejemplo, al realizar un diagnóstico de la Dirección General de Migración de Guatemala, se puede encontrar que carecen de infraestructura administrativa, sistemas operacionales, posibilidades de acopio y análisis de datos, marcos jurídicos o de reglamentación, y recursos humanos, que contrae fuertes limitantes para llevar a cabo sus funciones. Es de tomar en cuenta que aunque la falta de la capacidad suele ser un problema específico de los Estados menos desarrollados, no se circunscribe a ellos únicamente, especialmente dada la necesidad de revisar frecuentemente las políticas para abordar la constante evolución de la migración.

.1. Naturaleza de las migraciones internacionales

La evolución de los procesos migratorios, tanto a nivel regional como mundial, ha producido cambios significativos en la naturaleza de las migraciones internacionales, mientras que en la época en que se adoptaron los instrumentos de 1949 la distinción

tradicional entre la migración con fines de poblamiento y la migración temporal era clara.

La crisis del petróleo, que afectó a los principales países europeos de destino a principios de la década de los años setenta, hizo que la frontera entre estos dos fenómenos se tornara difusa.

Después de haber reforzado el control de las fronteras y congelado la inmigración como resultado de la crisis, muchos emigrantes que habían sido contratados para empleos temporales, se establecieron en el país de acogida y aprovecharon la oportunidad para establecer a sus familias. Esta transformación de la residencia temporal en permanente trajo consigo una serie de problemas sociales con los que los países de destino se vieron enfrentados, en particular con el nacimiento en su territorio de la segunda e incluso tercera generación de migrantes que ya tienen el carácter de nacionales.

Dado que la congelación de la inmigración con fines de poblamiento aún perdura en los principales países de destino, salvo unas pocas excepciones, la migración temporal, en sus diversas formas, se ha convertido para muchos en la única vía para poder migrar.

“Unos pocos países, tales como Australia, Canadá y Nueva Zelanda, los cuales continúan aceptando la migración con fines de establecimiento permanente, también han modificado sus políticas migratorias, favoreciendo cada vez más las migraciones temporales. A título de ejemplo, en Canadá, la cantidad de visas para trabajadores temporales se ha cuadruplicado entre 1981 y 1990 y el flujo anual promedio de inmigrantes temporales sobrepasó en dos veces y media la cantidad de inmigrantes permanentes que habían migrado en el marco de una relación de empleo, durante ese mismo período. Gran parte de nuevos países de destino de la cuenca del Pacífico y de Europa central y oriental parece estar adoptando políticas que privilegian la migración por un período determinado o vinculada a un proyecto

determinado y, en consecuencia, la mayoría de ellos ha adoptado sistemas de migración temporal"⁴.

Las características de los migrantes temporales también han variado. Mientras que en el pasado los principales flujos de migración temporal estaban constituidos por trabajadores semicalificados, quienes emigraban para ocupar empleos en sectores en que los nacionales se negaban a hacerlo, las políticas migratorias contemporáneas privilegian a los migrantes altamente calificados. Aunque el caso de los trabajadores estacionales, en particular los contratados para trabajos agrícolas, siguen siendo la excepción a esta regla. Estos trabajadores migrantes se encuentran entre los más vulnerables, trabajan frecuentemente en condiciones muy inferiores a las de los trabajadores nacionales y a menudo reciben bajos salarios.

Otro aspecto que debe considerarse es la flexibilidad que caracteriza actualmente al mercado de trabajo. Los trabajadores migrantes temporales que ocupan empleos precarios, pasan frecuentemente de un trabajo a otro y de una categoría a otra, de acuerdo a los intereses del contratista. Esto dificulta más aún toda tentativa de clasificar a estos trabajadores en categorías caracterizadas exclusivamente por la naturaleza del trabajo desempeñado.

2.2. La migración por trabajo

Los trabajadores que migran entre países, denominados migrantes internacionales, son una realidad a nivel mundial, porque son muy pocos los países que no son parte de este fenómeno, como expulsores o receptores de personas. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos de organismos como la Organización Internacional de Migraciones –OIM–, resulta difícil establecer con exactitud la cantidad de trabajadores migrantes a nivel mundial, principalmente debido a que en los países en desarrollo, no existen estadísticas al respecto o bien las mismas son incompletas pues muchos

⁴ Rodríguez Pizarro, Gabriela. Comisión de Derechos Humanos. **Grupos Específicos e Individuos: Trabajadores Migrantes**. Ed. OIM. Ginebra, 2000. Página. 23.

de sus ciudadanos salen subrepticamente del país, lo cual impide lograr una visión general y al mismo tiempo precisa de los diferentes tipos de migración.

“Aun en aquellos casos en que tales datos existen no hay definiciones homogéneas sobre los conceptos de base utilizados, tales como migrantes económicos, migrantes permanentes y migrantes irregulares. Asimismo, el sistema utilizado para la recolección de informaciones difiere considerablemente de un país a otro, lo cual reduce la pertinencia de eventuales comparaciones estadísticas entre los países. Por último, las informaciones relativas a las migraciones irregulares y al empleo ilegal son escasas, incluso en los países en que existen sistemas sofisticados de recolección de información. Sin embargo, resulta evidente que las migraciones internacionales de trabajadores han aumentado considerablemente, según estimaciones recientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cerca de 100 millones de personas (trabajadores migrantes y sus familias) residen actualmente, legalmente o no, en un país distinto del suyo”⁵.

A pesar que los derechos proporcionados en la legislación internacional, pueden ser la única base para las personas que se movilizan como parte de una estrategia de subsistencia, varios factores sugieren que la migración de trabajo será un aspecto cada vez más importante en la globalización, representando nuevos retos y oportunidades para las personas responsables de formular políticas en términos de gestión de flujos migratorios.

Ante la realidad cotidiana que enfrentan las personas, la decisión de migrar por razones económicas implica tomar en cuenta que la misma puede tener consecuencias tanto positivas, como negativas. Los migrantes pueden asegurar un mejor ingreso, tener acceso a mejores servicios sociales y poder proporcionar una mejor educación a sus hijos o beneficiarse del enriquecimiento de convertirse en un miembro de una comunidad transnacional en diferentes culturas. Sin embargo, la

⁵ Reynieri, Eberth. **Migrantes en Empleos Irregulares en los Países Mediterráneos de la Unión Europea**. Ed.Revista de Migración Internacional Número 41. Ginebra, 2001. Página 73.

migración también puede causar separación de la familia cuando los demás miembros tienen que quedarse, implica afrontar los riesgos de la travesía y, si logra llegar, convertirse en un extraño en un país nuevo. Por eso es que el éxito de la experiencia migratoria dependerá parcialmente de la capacidad del migrante de enfrentar los desafíos de su nueva situación, aunque esto es posible a partir de los enfoques tomados en la gestión de la migración de trabajo por los países tanto de origen, como de destino.

"Las políticas de migración de trabajo difieren de otras políticas de migración dirigidas a flujos migratorios que también pueden tener un impacto en los mercados de trabajo, por ejemplo refugiado y reunificación familiar, en el sentido que no tienen objetivos humanitarios sino que aplican criterios económicos con la idea de responder a las necesidades del mercado de trabajo. En todos los puntos del espectro de la migración, los gobiernos reconocen cada vez más el potencial de los mecanismos de regulación para maximizar el impacto positivo de la migración de trabajo. Muchos países de origen y de destino están desarrollando sus capacidades de regulación para manejar la movilidad de trabajo considerando los intereses de los respectivos gobiernos, sociedades y el migrante"⁶.

Los países han desarrollado varios tipos de políticas de admisión para satisfacer sus necesidades y prioridades de mercado de trabajo. Generalmente se distinguen entre varias categorías de trabajadores de acuerdo con la duración de su estancia, sus habilidades y su condición legal.

Mientras que la demanda de trabajo en los países de destino determina principalmente los patrones generales de la migración, los Estados de origen han adoptado varios enfoques del empleo en el extranjero que van desde el liberalismo hasta la participación amplia en el proceso. La razón fundamental de la intervención de los Estados y la adopción de una política de empleo en el extranjero normalmente

⁶ Ibid.

es manejar actividades de reclutamiento, asegurar que los derechos y los intereses de los trabajadores migrantes sean respetados y maximizar los beneficios para la economía de la migración de trabajo. De esta manera, los acuerdos entre Estados como el traslado de trabajadores agrícolas temporales, permite una migración controlada y con beneficio para todos, siempre y cuando la misma se encuentre debidamente canalizada por las instancias estatales, pues de lo contrario estos migrantes pueden ser atrapados entre las redes de mafias que actúan paralelamente o con el contubernio de las instancias públicas.

“La migración de trabajo es un proceso transnacional y ni los países de origen ni de destino están en posición de resolver solos todos los problemas. La cooperación entre los Estados en la gestión de la migración de trabajo es esencial e implica tres niveles: bilateral, regional y multilateral. En todos los puntos del espectro de la migración, los gobiernos reconocen cada vez más el potencial de los mecanismos de regulación para maximizar el impacto positivo de la migración de trabajo. Muchos países de origen y de destino están desarrollando sus capacidades de regulación para manejar la movilidad de trabajo considerando los intereses de los respectivos gobiernos, sociedades y el migrante”⁷.

Los efectos de la migración de trabajo varían de un país a otro, por lo cual pueden tener resultados diferentes resultantes del volumen, composición y características de los flujos migratorios, así como el contexto en el cual los mismos ocurran. Las consecuencias también variarán dependiendo del nivel de habilidad, fuente geográfica, situación de empleo, edad, y género de los migrantes. Otras variables son la duración de la estancia, la naturaleza organizada o espontánea de los desplazamientos, su carácter legal o irregular, así como las etapas de desarrollo y las condiciones demográficas y del mercado de trabajo en los países tanto de origen, como de destino.

⁷ Ibid.

En los últimos 30 años, ha aumentado la cantidad de personas implicadas en el creciente proceso de migración, así como el número de países de origen y de destino. "En 1970 había 64 países principales de origen o de empleo de migrantes, en 1990 los países de importancia relevante habían sobrepasado los 100, la ex Unión Soviética y Yugoslavia. Italia, Japón, Malasia y Venezuela están entre los principales países importadores de mano de obra, y Bangladesh, Egipto e Indonesia entre los principales países exportadores"⁸.

"La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y las Naciones Unidas estiman que el total de la población que reside temporal o permanentemente fuera de sus países de origen asciende a 180 millones de personas. No obstante el alcance de estas proyecciones, las cifras de la migración internacional se duplicaron entre 1975 y 2000, pasando de 75 millones a 150 millones de personas que viven fuera de sus lugares de origen (incluyendo los migrantes laborales, sus dependientes, refugiados e inmigrantes permanentes)"⁹.

La mundialización ha tenido un fuerte impacto en las migraciones internacionales de mano de obra. La creciente interdependencia de los países, facilitada por los progresos tecnológicos, ha redundado en un notable incremento de las transacciones internacionales de bienes, capitales y servicios y ha permitido que esta actividad se desarrolle de manera menos aleatoria que anteriormente.

La naturaleza de las prácticas de reclutamiento se ha transformado dramáticamente, debido al declive de los sistemas de reclutamiento colectivo organizados bajo control gubernamental, así como el declive general de la función directora del Estado en el mundo del trabajo, lo que ha dejado un vacío que ha sido rápida y eficazmente ocupado por las agencias privadas especializadas en el reclutamiento de trabajadores para empleos en el extranjero.

⁸ *Ibidem*. Página 75.

⁹ Rodríguez Pizarro. *Ob. Cit.* Página 25.

2.3. Migración irregular

Debido a las políticas migratorias de los países receptores, que priorizan a los trabajadores altamente calificados o a los temporales para fines agrícolas, las demás personas que se encuentran entre estas dos categorías ingresan a la categoría de migrantes irregulares, lo cual es el lado más negativo de la migración.

Esta forma no lícita de migrar, se ha convertido en uno de los problemas más acuciantes para los organismos internacionales y las organizaciones no gubernamentales que velan por los derechos humanos, porque la misma ha generado prácticas punibles vinculadas al tráfico de migrantes, lo que actualmente se equipara al narcotráfico como una de las fuentes más importantes de ingresos para el crimen organizado.

Las personas que migran o residen en violación de la legislación sobre inmigración y empleo se encuentran en una posición de vulnerabilidad frente al abuso y la explotación. La vida de los trabajadores migrantes en situación irregular se caracteriza frecuentemente por condiciones de trabajo y de vida por debajo del promedio e incluso similares a la esclavitud, por la confiscación de los documentos de identidad y pasaportes, la falta de pago del salario y beneficios sociales por parte del empleador, así como por los eventuales tratamientos inhumanos por parte de las autoridades, si es detenido.

La mayor parte de los trabajadores migrantes intentan desempeñar una actividad remunerada y participar en la fuerza de trabajo, pero deben hacer frente a fenómenos de discriminación y xenofobia en los países receptores.

La demanda de mano de obra migrante no declina. Las tendencias demográficas y el envejecimiento de la fuerza de trabajo en muchos países industrializados indican que la inmigración constituirá una importante opción para incrementar la relación entre población activa y población en envejecimiento, tomando en cuenta asimismo que la

fuerza de trabajo de más edad tiende a ser más menos innovadora, menos flexible, y menos adaptable a los cambios tecnológicos. "Algunos gobiernos han comenzado a considerar como una opción de política la migración de reemplazo"¹⁰.

La globalización y la liberalización del comercio han tenido un impacto contradictorio en las condiciones de empleo en los países de destino, porque de un lado han promovido la migración ilegal y por el otro fomentado las medidas antimigratorias. Asimismo, existe una demanda de mano de obra barata y con bajas calificaciones en los países industrializados, así como en un número considerable de países en desarrollo en la agricultura, la alimentación, la construcción o los trabajos semicalificados o no calificados en la manufactura, especialmente en la industria textil y sectores con bajos salarios como el servicio doméstico, la atención de salud a domicilio y el sector del sexo.

Las pequeñas y medianas empresas y los sectores económicos que hacen un uso intensivo de mano de obra no tienen la alternativa de trasladar sus operaciones al extranjero. Así pues, la respuesta de estos sectores reposa en la reducción de sus procesos manufactureros, la desregulación y la flexibilización del empleo, con un creciente énfasis en medidas de reducción de costos y de subcontratación.

"En un número considerable de países, estas medidas han ampliado el número de puestos de trabajo en la base de la escala ocupacional. Las necesidades de empleo son satisfechas en escasa medida, o ninguna, por trabajadores nativos, aun los desempleados, debido a los bajos salarios, a las condiciones peligrosas, y/o al bajo nivel social de estos puestos de trabajo o sectores, así como por las alternativas que algunos países ofrecen a los desempleados de gozar de la asistencia social y de los seguros de desempleo. La demanda resultante de trabajadores migrantes le otorga una significativa intensidad a los flujos de mano de obra y facilita la incorporación de los migrantes indocumentados al mercado de trabajo. Pese a que un cierto número

¹⁰ División de Población de las Naciones Unidas. *Migraciones de reemplazo: ¿Una solución ante la disminución y el envejecimiento de las poblaciones?* Ed. de la ONU. Nueva York, 2000. Página 7.

de países desarrollados registran una tasa de desempleo relativamente alta, los trabajadores extranjeros – incluidos los no autorizados – encuentran puestos de trabajo con facilidad. Por ejemplo, un trabajador migrante indocumentado mexicano encontrará un empleo, en promedio, dos semanas después de su llegada. De la misma forma, es raro que en Europa los migrantes indocumentados se encuentren desempleados”¹¹.

La mano de obra migrante a menudo ocupa los llamados puestos sucios, peligrosos y difíciles. Se trata de una simple cuestión de sustitución. Por otra parte, puede concluirse que los migrantes tienen una inserción competitiva sólo con los sectores marginales de la fuerza de trabajo nativa, cuando éstos no se encuentran amparados sustancialmente por un sistema de bienestar, en sectores específicos, y/o en las zonas menos desarrolladas de estos países.

“La persistencia de los mercados de trabajo duales y la globalización parecen acentuar el número de empleos precarios y que los trabajadores locales son renuentes a ocupar, por lo que la demanda de mano de obra extranjera pasa a ser parte de una tendencia a largo plazo hacia la informalización de los empleos no calificados y poco remunerados, aun prefiriendo a los migrantes irregulares, dispuestos a trabajar por salarios inferiores, por cortos períodos en los picos de producción, o para desempeñar trabajos físicamente arduos o sucios”¹².

Los países industrializados y muchos países en desarrollo son un polo de atracción para los trabajadores migrantes. A menudo se trata de personas educadas que están dispuestas a aceptar puestos de trabajo que sin embargo hubieran rechazado en su país de origen, lo que constituye un proceso de pérdida de recursos humanos. No obstante, su interés se explica en las diferencias de salarios entre los países de

¹¹ Lean Lim, Lin. **Crecimiento Económico, Interdependencia y sus Implicaciones en la Migración Internacional**. Ed. Revista de Migración Internacional, Número 38. Ginebra, 1998. Página 277.

¹² **Ibid.**

origen y destino, en especial cuando existen condiciones de pobreza en el país de origen.

La posibilidad de explotación de la mano de obra migrante la convierte en un instrumento atractivo para algunos empleadores para mantener la competitividad, a expensas de la protección que otorgan las normas internacionales del trabajo para garantizar un trabajo decente. Los migrantes no autorizados al ingreso o al empleo se encuentran al margen de toda protección en cuanto a seguridad y salud en el lugar de trabajo, o salario mínimo. A menudo son empleados en sectores en los que estas normas no se respetan o no se hacen respetar.

La inserción de los migrantes irregulares en las ocupaciones menos calificadas responde a una necesidad estructural de las sociedades desarrolladas. Los empleadores demandan, para los puestos de trabajo menos calificados, a trabajadores que no presionen sobre la estructura de salarios. Dado que, por otra parte, los inmigrantes no ponderan la relación entre salario y prestigio social vinculado a una determinada ocupación, mediante su contratación se evitan los inconvenientes económicos que podrían provocar los nativos que exigieran aumentos salariales.

La práctica de muchos Estados receptores de tolerar la presencia de trabajadores migrantes en situación irregular, para atender a las necesidades de mano de obra de ciertos segmentos del mercado de trabajo, constituye una política de empleo de facto en la que parte de la fuerza de trabajo pasa a ser una variable que puede ser disminuida o aun suprimida en períodos de ralentización económica, mediante el ejercicio del derecho de los Estados de expulsión de extranjeros de su territorio.

De la misma manera que la política de migraciones puede utilizarse para satisfacer las necesidades del mercado de trabajo de mano de obra extranjera, la deportación o expulsión puede utilizarse para regular y forzar el retorno a sus países de origen de esa mano de obra temporaria, es por eso que en un número considerable de Estados

se alienta y combate la migración al mismo tiempo. No obstante su retórica política acerca de la migración irregular, muchos gobiernos la toleran, en tanto que oficialmente refuerzan los controles contra los trabajadores migrantes ilegales.

Los efectos de esa tolerancia de hecho son que, por una parte, existe una oferta continua de mano de obra barata, en tanto que por la otra, los migrantes en situación irregular no pueden organizarse en el lugar de trabajo para defender unas condiciones de trabajo decente, y se encuentran estigmatizados y aislados de quienes pueden prestarles ayuda.

"La dualidad en la gestión de la migración irregular puede ilustrarse con el ejemplo, en los primeros meses de 2000, del Servicio de Inmigración y Naturalización (INS) de los Estados Unidos que suspendió la aplicación de deportaciones relacionadas con la inmigración, excepto en las zonas de frontera. Este evento se produjo poco después de que las autoridades económicas advirtieran que la amenaza más importante contra la economía norteamericana la constituía la inflación que producirían unos aumentos salariales"¹³.

Esta dualidad ha determinado que los controles fronterizos más estrictos no detengan los flujos migratorios ni obtengan los resultados previstos de reducción del número de trabajadores que atraviesan las fronteras. Al existir pocas opciones posibles de migración regular para hacer frente a las presiones de atracción y de expulsión, los canales de migración irregular se convierten en prácticamente la única alternativa, que representa un negocio lucrativo para quienes organizan viajes, obtienen documentos, ayudan a atravesar fronteras o a encontrar puestos de trabajo en los países de destino.

Así pues, la presión migratoria de los migrantes no calificados hacia las regiones más desarrolladas se canaliza a través de medios clandestinos debido a la inexistencia en

¹³ Zegers de Beijl, R. **Documenting discrimination against migrant workers in the labour market**, Ed. OIT, Ginebra, 2000. Pág. 32.

muchos países de categorías migratorias que prevean su admisión y, por tanto, una vez que se encuentran en el territorio del país receptor estos trabajadores están confinados a empleos del sector no estructurado, en el trabajo negro o bajo condiciones de explotación.

“La escala de los negocios del tráfico y la trata de migrantes, que se estiman en entre 10.000-15.000 millones de dólares, y es superada sólo en magnitud por el tráfico de armas y de estupefacientes, da una prueba de la ineficiencia de las políticas inmigratorias restrictivas. El reciente aumento de la trata de trabajadores puede atribuirse fundamentalmente a los desequilibrios entre la oferta laboral y la disponibilidad de empleo legal en un lugar en el que [la persona que busca] empleo tiene derecho legal a residir”¹⁴.

La trata de personas migrantes tendría menos razones de existir si quienes buscan empleo tuvieran una mayor libertad de movimiento geográfico y de acceso a las fuentes de ingreso económico. El flujo irregular se produce debido a que las fronteras se han convertido en barreras entre la oferta y la demanda de ciertos empleos; asimismo, se produce no sólo cuando las fronteras actúan como barreras de este tipo sino cuando existe un desconocimiento de los canales de migración adecuados, cuando el empleo es ilegal y/o subterráneo, y cuando se toleran o ignoran unas condiciones de trabajo inferiores a los mínimos legales.

2.4. Mujeres migrantes

La creciente feminización de la migración hace que sea cada vez mayor el número de mujeres que abandona su hogar y su lugar de origen en busca de seguridad y mejores oportunidades para ellas y para sus familiares.

¹⁴ Linard, Arnold. *Migración y Globalización. Los Nuevos Esclavos*. Ed. Gimtrab. México, 2004. Pág. 26.

La Comisión Mundial sobre Migraciones Internacionales señala que: "las cifras más recientes de la ONU indican que las mujeres representan ya casi la mitad de la población migrante y refugiada del mundo"¹⁵.

Muchas mujeres migran solas, lo que aumenta su vulnerabilidad durante el viaje migratorio, y dejan familias que dependen del dinero que envían. Las mujeres son particularmente vulnerables a los abusos sexuales y a la violencia y la discriminación basadas en el género durante el proceso de migración, sobre todo cuando se ven obligadas a migrar en situación irregular.

La naturaleza del trabajo que realizan muchas trabajadoras migrantes también las hace vulnerables a la explotación y los abusos; la mayoría están confinadas en sectores laborales no regulados y segregados en función del género. El trabajo doméstico es uno de estos sectores en los que, en muchos países, la inmensa mayoría son trabajadoras migrantes, que suelen ser objeto de abusos y explotación por parte de los empleadores e incluso de las autoridades del Estado.

2.5. Niñez migrante

La compleja temática de la migración internacional de niños, es un asunto que preocupa cada día más a gobernantes, legisladores, activistas de derechos humanos y a la sociedad civil en general.

"Si bien no existen estadísticas actualizadas para evaluar exactamente la dimensión del problema, si pueden encontrarse algunos datos a nivel nacional e internacional y estudios específicos de instituciones especializadas que indican que la migración internacional de personas, particularmente de menores, tiene una dimensión extendida, podríamos decir, de carácter global, porque afecta a todas las naciones,

pobres y ricos, de oriente y de occidente constituyendo, además, una de las actividades criminales más lucrativas, después del tráfico de drogas y armas"¹⁶.

Este fenómeno viene aumentando diariamente, más aún con las facilidades del transporte, el tránsito internacional de millones de personas y las migraciones masivas. Son cientos de miles las mujeres y menores que son traficados cada año a través de las fronteras nacionales para utilizarlos en la prostitución y en otras actividades degradantes. "La pobreza, la violencia, la indiferencia de las autoridades y la falta de medidas legales y de protección adecuadas, son todos factores que influyen en la expansión de estos delitos"¹⁷.

Específicamente, el tráfico internacional de menores, es de particular gravedad, porque los delincuentes aprovechan la vulnerabilidad de niñas y niños utilizándolos como mercancías, separándolos ilegalmente de su familia y del país de origen o residencia, y abusando de los mismos para conseguir ganancias y dividendos ilícitos, sea que estos tengan como objeto, por ejemplo, una adopción ilegal, o los casos más graves de prostitución; pornografía cibernética; explotación a través del trabajo infantil; incursión de los menores en actividades ilegales como el transporte y venta de drogas; y el transplante de órganos; entre otros delitos. La mayoría de los menores no acompañados son atraídos por estas ofertas, sin poseer la conciencia exacta del riesgo y de la vulnerabilidad que afrontan.

5. Situación de los hijos de los deportados

Debido a que muchos estados en Estados Unidos de América, están aprobando leyes para tomar medidas enérgicas contra los empleadores que contraten a inmigrantes ilegales, y a que el gobierno federal está considerando una iniciativa

¹⁶ Bassiouni, Cherif M. *A Global Perspective on Trafficking, in: In Modern Bondage: Sex Trafficking in the Americas*. Ed. International Human Rights Institute, DePaul University College of Law, England, 2002. Página 92.

¹⁷ *Ibid.*

para hacer cumplir la ley, aprobada por la Cámara de Representantes, miles de niños en todo el país podrían enfrentar un destino similar.

Una legislación sólo de medidas para hacer cumplir la ley sin la posibilidad de que los trabajadores ilegales obtengan la residencia legal causará que se desintegren más familias y que los niños se queden sin sus padres¹⁸.

Sin embargo, los críticos de la inmigración ilegal dicen que los padres tomaron la decisión de venir a Estados Unidos ilegalmente y poner en peligro a sus propios hijos, y que no se debería criticar al gobierno federal por hacer cumplir la ley.

John Keeley, un vocero del Centro de Estudios Migratorios, un comité asesor en Washington que defiende controles más fuertes a la inmigración, dijo que en Estados Unidos 'tenemos la expectativa de que los padres actúen en el mejor interés de los hijos menores. Los extranjeros ilegales que traen a sus hijos a Estados Unidos o los tienen aquí hacen exactamente lo opuesto porque por ley cada día están sujetos a una posible deportación, y eso claramente no está en el mejor interés de los hijos, opinó¹⁹.

En una de las redadas de, alrededor de 100 niños se quedaron al menos sin uno de los padres, y deportaron a los progenitores de 30. La mayoría de los padres inmigrantes ilegales dijo a los agentes federales que no tenía hijos por temor a que detuvieran, encarcelaran o alejaran de sus familias en forma permanente a los menores.

Estos niños plantean un dilema jurídico particular si se retiene a sus padres para ser deportados. En algunos casos, los padres deportados dejan a sus hijos en Estados Unidos con abuelos, otros familiares o amistades para que puedan tener una buena instrucción y otras oportunidades. En otros casos, los niños regresan a los países de

origen de los padres. No obstante, los que son ciudadanos estadounidenses tienen la opción de volver a Estados Unidos, lo que hacen algunos cuando son adultos, con menos instrucción y menos comprensión de la cultura y el idioma de las que tendrían de haber crecido en este país.

"Las deportaciones generalizadas 'requerirían separar a los padres de los tres millones de hijos nacidos en Estados Unidos, dijo este mes en el Instituto Cato'. Algunos dicen que los niños podrían decidir si se van con sus padres o se quedan, lo cual es preocupante porque los lleva a un dilema moral"²⁰.

²⁰ **Ibid.**

CAPÍTULO III

MIGRACIONES Y DERECHO INTERNACIONAL

El camino que ha tenido que recorrer el extranjero para llegar a obtener derechos en Estados diferentes al propio, ha estado lleno de dificultades ante la actitud permanente de considerarlo como un ser inferior o tenerle desconfianza por sus actividades.

El establecimiento de un régimen jurídico internacional de esta naturaleza ha sido producto de una lucha constante de la humanidad, sobre todo tomando en cuenta que en esta materia ha existido un sentimiento generalizado de rechazo a los extranjeros.

No es sino a través de un esfuerzo de siglos que el ser humano ha logrado ir creando un sistema de protección jurídica internacional aceptable, que no obstante, necesita desarrollarse aún mucho más.

Por otra parte, ante las cada vez más frecuentes contracciones económicas y lo que parece ser un nuevo ciclo irrefrenable de recesión mundial, los controles migratorios se endurecen en todas partes, para enfrentar una creciente ola de migración irregular hacia el norte desarrollado, en donde los países de destino, hacia donde la población desempleada pretende llegar para encontrar mejores oportunidades, tratan de proteger sus propios espacios laborales internos, restringiendo aún más el ingreso de migrantes y aumentando aún más los controles.

3.1. Antecedentes de la protección a los migrantes

“Entre los pueblos más antiguos, el extranjero era el bárbaro, el mísero o el enemigo que por provenir de otro pueblo o ciudad, se encontraba expresamente excluido de la protección y de los derechos que las leyes determinaban para sus ciudadanos. Este

sentimiento de aversión tuvo su origen en un nacionalismo extremo, muy arraigado en la ciudad antigua y en el carácter religioso del Derecho. En el primer caso, el factor racial marcaba una actitud negativa hacia el extranjero; en el segundo, se creía que la ciudad había recibido de sus dioses los mandatos o preceptos para regir las relaciones entre los ciudadanos; estos preceptos obligaban y protegían exclusivamente a los ciudadanos por ser los únicos que profesaban el culto a los dioses de la ciudad. En efecto, las antiguas costumbres prescribían que el extranjero no podía participar en el culto religioso y en consecuencia estaba excluido de la ley y de todo trato jurídico. La severidad de este precepto inspiró, aun en los pueblos más desarrollados como los de Grecia y Roma, una serie de prohibiciones arbitrarias e inhumanas para el extranjero, como por ejemplo el impedimento de comparecer ante la justicia aún como testigo o bien en el caso de ser acusado por delitos, ser castigado sin proceso alguno”²¹.

Tuvieron que pasar varios siglos para que comenzara a evolucionar la protección jurídica de personas extranjeras, aunque debe reconocerse que en algunos Estados, se les permitía determinados derechos como el de casarse y el de contratar y a veces hasta de adquirir propiedades para heredar y recibir donaciones entre vivos, sin embargo, los mismos eran para los extranjeros ricos o que tenían vínculos políticos o económicos con los gobernantes, pero a los migrantes de las clases bajas no les permitían ningún beneficio legal.

“La Revolución Francesa proclamó los principios jurídicos de libertad, respeto a la dignidad de todos los seres humanos e igualdad civil; en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano no se pretendía tan sólo la igualdad de los franceses sino que también se pretendía la igualdad de todas las personas, incluyendo a los extranjeros. La mayor prueba de que tal igualdad se otorgaba también a los extranjeros la encontramos en el Decreto de la Asamblea Constituyente del 6 de agosto de 1790 al declarar la igualdad de nacionales y

²¹ Organización Internacional para las Migraciones –OIM–, *Evolución de la Protección Jurídica de los Trabajadores Migratorios en el Derecho Internacional*. Ed. OIM. New York. 2001. Página 6.

extranjeros dentro del Derecho Privado, aboliéndose expresamente el derecho de aubana (*derecho del rey o del feudal a la sucesión y herencia de los bienes de un extranjero fallecido en sus dominios territoriales*)²².

De esta forma, inició el proceso para formalizar desde principios del siglo XIX el reconocimiento de la personalidad jurídica del extranjero y su efectiva protección por parte del derecho. Tanto la igualdad civil, como el derecho de heredar que fueron impuestos expresamente por la Asamblea Constituyente de Francia en favor de los extranjeros, son los primeros derechos en ser otorgados en las nuevas legislaciones dictadas al amparo del constitucionalismo del siglo XIX.

Asimismo, la legislación francesa terminó también adhiriéndose a la doctrina de integrar el cuerpo de principios del Derecho relativo a los extranjeros, con la concesión de aquéllos derechos civiles considerados necesarios para asegurar la existencia humana y digna del extranjero. En Italia, por ejemplo, el artículo tercero del Código Civil del 25 de junio de 1865 estipuló que el extranjero puede disfrutar de todos los derechos civiles atribuidos al ciudadano. En Inglaterra, el Estatuto Victoria de 1844 mejoró la condición jurídica de los extranjeros; esto desde luego no en condiciones óptimas, puesto que el Parlamento se oponía a que el territorio británico lo poseyesen los extranjeros. Sólo hasta 1870 acepta Inglaterra modificar este aspecto".²³

Luego de la consolidación de los Estados burgueses en Europa, se produjeron varias guerras civiles que tuvieron como resultado la deportación de miles de trabajadores hacia América; asimismo, los elevados niveles de pobreza hicieron que muchas personas del viejo continente buscaran nuevos horizontes, lo que aunado a la intolerancia religiosa llevó a varios europeos a buscar refugio en los países americanos, especialmente Estados Unidos de América.

²² *Ibid.* Página 8.

²³ *Ibid.*

Lo anterior determinó que durante la mayor parte del siglo XIX y principios del XX, se produjera un importante flujo migratorio de Europa a América, principalmente a los Estados Unidos y en Argentina, porque en este último país, para atraerlos les concedían casi más derechos que a los nacionales.

A principios del siglo XX se encuentran convenios entre Estados que incluyen aspectos vinculados con la situación del extranjero. Por ejemplo, en el artículo 56 del Tratado de Paz con Bulgaria: "firmado en 1919 y de acuerdo con una resolución de las principales potencias aliadas, Grecia y Bulgaria firmaron el 27 de noviembre de 1919 un convenio en virtud del cual los súbditos de cada una de las partes que fuesen miembros de una minoría étnica, religiosa o lingüística podían emigrar libremente al territorio de la otra parte; sin embargo, en este caso se trataba de acuerdos bilaterales que únicamente obligaban a los países concernidos"²⁴.

Fue durante el transcurso del siglo XX que las Naciones Unidas, principalmente, fomentara la promoción de los derechos de los migrantes, para lo cual se establecieron una serie de conferencias de las cuales emanaron declaraciones dirigidas a garantizar un trato humano a la población extranjera en el país de recepción.

3.2. Convenciones y tratados sobre derechos humanos y migrantes

Después de la Primera Guerra Mundial, se creó un clima favorable a las migraciones, lo que permitió que la condición jurídica del extranjero llegara a asimilarse a la del nacional, con respecto a algunos derechos consagrados por el derecho internacional y que se refieren a la libertad individual y la propiedad privada.

"Es en estas normas que encontramos los primeros intentos de desarrollar una protección internacional del régimen de trabajo y de los trabajadores. Si bien al

²⁴ **Ibidem.** Página 10.

respecto había ya, antes de la primera guerra mundial, múltiples convenios en vigor (comprendían materias tales como el reclutamiento de mano de obra por carta de trabajo, la emigración de los trabajadores, especialmente los de nivel de vida inferior al de la población del país de emigración, indemnización por accidentes y enfermedades de tipo industrial y la equiparación y unificación de las leyes y condiciones de trabajo), el Tratado de Versalles y la creación de la Organización Internacional del Trabajo constituyen un esfuerzo y compromiso muy importante de varios Estados, para lograr la cooperación internacional en asuntos de trabajo²⁵.

La tendencia unilateral de los diversos Estados de mejorar la condición jurídica de los extranjeros, producto de esa tendencia a promover la llegada de migrantes, se vio fortalecida con la internacionalización de los derechos humanos, los cuales están encauzados hacia el mismo objetivo de dignificar a hombres, mujeres, niños y niñas a pesar de su extranjería. Sin embargo, no todos los Estados tenían esa actitud de protección, aunque si buscaban el ingreso de extranjeros, especialmente como mano de obra para realizar las tareas que sus nacionales no deseaban hacer.

Por eso, se encuentran contrastes entre la política de puertas abiertas planteada por Estados Unidos de América, Argentina e incluso Guatemala hacia los europeos desde finales del siglo XIX hasta la década de los años 30 del Siglo XIX, a quienes se les brindaban ventajas y prebendas para que radicaran en esos países, con la que llevaban con los nacionales de los países de Asia u otras localidades, con quienes no adoptaban la misma postura, lo cual también sucedía con otros países receptores.

Antes de 1945, el derecho internacional no garantizaba aún a los individuos el derecho a emigrar, aunque se aseguraba con frecuencia que la posibilidad de emigrar del propio país era un derecho natural de la persona.

²⁵ **Ibid.**

La Declaración Universal de los Derechos Humanos da un paso adelante en lo que respecta a la condición jurídica de los extranjeros al reconocer que toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado y que tiene derecho a salir de cualquier país, incluso salir y regresar a su país. De igual manera, la Declaración Universal reconoció que en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, en cualquier país.

El derecho al asilo y posteriormente el derecho al refugio reconocido en la Convención de 1951, representaron un avance significativo en lo que respecta a la condición jurídica de los extranjeros, ya que aquellos que se ven forzados a dejar su país por razones de persecución, tienen el derecho de buscar la protección de otro Estado.

Se establece entonces un régimen de protección especial para una categoría de migrantes, aquellos que salen de su país de origen por razones de persecución. De esta forma, en 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos abrió las puertas de la protección internacional en materia de asilo y la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados desarrolló los derechos de estas personas.

En el sistema universal de protección de los derechos humanos existen varias resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del Consejo Económico y Social y del Comité de Derechos Humanos que han adoptado expresamente la garantía de asistencia consular para las personas extranjeras privadas de libertad. Uno de ellos lo constituye la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 y su relación con los derechos humanos de los migrantes.

Esta Convención constituye un instrumento jurídico muy importante para la protección de los derechos humanos de los migrantes, que ha cobrado suma importancia sobre todo en la última década. Las funciones de los cónsules estuvieron

en el siglo XIX muy ligadas a proteger los derechos e intereses comerciales de su patria y a apoyar a sus compatriotas comerciantes en las dificultades que les podían ocurrir. En los tiempos modernos los cónsules se consideran funcionarios que un Estado acredita en el extranjero para velar por sus intereses comerciales, prestar asistencia y protección a sus nacionales, desempeñar funciones administrativas e informar sobre el movimiento comercial e industrial; en una palabra, representan en el exterior los intereses de su país en todos los dominios, exceptuando los políticos, reservados a los agentes diplomáticos.

En los tiempos modernos se ha ido realzando la institución consular, volviendo a adquirir la importancia que demandan sus actividades. En lo que corresponde a los derechos humanos de los migrantes, los cónsules juegan un papel protagónico, al tener la responsabilidad de prestar asistencia y protección a sus nacionales. Sus funciones en este campo están reguladas en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963. Constituye este artículo una fuente de derecho a favor del nacional del Estado que envía y además protege las garantías procesales de los extranjeros. También es importante citar el artículo 5 de dicha Convención, en el cual se establece la obligación de los cónsules de prestar asistencia inmediata a sus nacionales y de realizar los esfuerzos necesarios para asegurar la protección de los intereses de las personas migrantes provenientes de sus países.

En el contexto actual, el derecho a la protección consular se considera como una parte importante del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A este respecto, es muy importante la Opinión Consultiva 16/99 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, que se cita posteriormente en el capítulo VII de este estudio, relativo al sistema interamericano de derechos humanos y la protección de los derechos humanos de los migrantes.

La relación entre la Convención de Viena y los derechos humanos permite ampliar la protección jurídica a aquellos que se encuentran en situación de desventaja: extranjeros que viven en situación irregular, sujetos a discriminación y racismo; extranjeros indocumentados; extranjeros detenidos, etc.

De igual manera, para fortalecer la protección de los trabajadores en general y de los migrantes en particular, la Comisión de Derechos Humanos trabajó en la elaboración de dos pactos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado y abierto a firma, ratificación y adhesión el 16 de diciembre de 1966 y que entró en vigor el 23 de marzo de 1976 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado y abierto a firma, ratificación y adhesión el 16 de diciembre de 1966 y que entró en vigor el 3 de enero de 1976.

Siendo el primero un pacto relativo a los derechos humanos de la primera generación y el segundo relativo a los derechos humanos de la segunda generación, es interesante notar que en lo que respecta a su aplicabilidad a los extranjeros, ambos son congruentes con el principio de igualdad.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo segundo punto 1 que: "Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y están sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Lo anterior permite interpretar que los derechos regulados en dicho Pacto, deben aplicarse igualmente a nacionales y extranjeros; más aún, el Pacto no hace ninguna diferenciación entre extranjeros documentados o indocumentados o entre extranjeros en situación regular o irregular. Tomado de esta manera, se puede observar que el régimen relativo a la condición jurídica del extranjero experimenta un avance

significativo, ya que indirectamente se reconocen derechos a los extranjeros en situación irregular.

Sin embargo, si se realiza una interpretación estricta, se puede ver que en el Pacto, se limita la libertad de movimiento y la posibilidad de que sean expulsados los extranjeros en situación irregular e incluso de manera regular, porque en el artículo 12 punto 1 se establece lo siguiente: "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." Mientras que el artículo 13 establece que "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".

Lo anterior implica que las personas que no se encuentran en forma regular o documentados no gozarán de derechos si el Estado decide su expulsión por motivos de seguridad puede ser obligado a dejar el país; ambos aspectos afectan el principio de igualdad que reconoce la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Con respecto al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la norma general sigue el mismo principio en el sentido de que los derechos regulados en dicho Pacto deben aplicarse igualmente a nacionales y extranjeros; sin embargo, establece una excepción para los países en vías de desarrollo así: "Los países en vías de desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizar los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos". Esta redacción discrecional genera incertidumbre y abre la puerta a estos países para no cumplir con otorgar dicha garantía.

Otros instrumento internacional importante en materia de protección internacional de los trabajadores migratorios y sus familiares, son la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Declaración del Cuarto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y tratamiento del Delincuente, el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley y las Convenciones sobre la Esclavitud y la Prohibición del Trabajo Forzoso y aspectos relativos a la Tolerancia.

“Es importante mencionar que la Comisión de Desarrollo Social de las Naciones Unidas y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) han hecho múltiples esfuerzos para tratar de resolver las necesidades de los hijos de los trabajadores migratorios en materia de educación. El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) está estudiando cómo fomentar y proteger los derechos de los hijos de los trabajadores migratorios, que deben beneficiarse de todas las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño”²⁶.

De la misma manera que las normas internacionales sobre refugiados se convirtieron en directrices universales para la política y la práctica nacionales, la complementariedad existente entre los diferentes instrumentos internacionales sobre migración sirve como una guía global para la elaboración de políticas de migración tanto a nivel nacional como internacional, por eso es que existe el antecedente de varias conferencias internacionales que elaboraron un marco exhaustivo de política mediante la incorporación de todos estos elementos necesarios.

²⁶ Idem. Página 16.

Los derechos humanos de los migrantes han logrado un mayor reconocimiento pero a su vez, una mayor negación a través de una actitud xenofóbica y anti-migratoria, por esta razón, la agenda de la comunidad internacional ha incluido el fenómeno migratorio entre los prioritarios, lo cual se comprueba con una lectura de algunas de las conferencias Internacionales desde la década de 1990 y que demuestran el interés de la comunidad internacional por lograr el tránsito del reconocimiento, al efectivo cumplimiento de los derechos humanos de los migrantes.

Del 14 al 25 de junio de 1993 se llevó a cabo en la ciudad de Viena, Austria, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Representantes de 171 Estados aprobaron por consenso la Declaración y Programa de Acción de Viena, clausurando con éxito este encuentro mundial, al presentar a la comunidad internacional un plan común para el fortalecimiento de la labor relativa a los derechos humanos en todo el mundo.

La Declaración y Programa de Acción de Viena estableció que: "debe darse gran importancia a la promoción y protección de los derechos humanos de las personas pertenecientes a grupos que han pasado a ser vulnerables, en particular los trabajadores migratorios, a la eliminación de todas las formas de discriminación contra ellos y al fortalecimiento y la aplicación más eficaz de los instrumentos de derechos humanos".

Asimismo declaró que: "Los Estados tienen la obligación de adoptar y mantener medidas adecuadas en el plano nacional, en particular en materia de educación, salud y apoyo social, para promover y proteger los derechos de los sectores vulnerables de su población y asegurar la participación de las personas pertenecientes a esos sectores en la búsqueda de una solución a los problemas".

Esta declaración también desarrolló un apartado relacionado con la igualdad, dignidad y tolerancia, en la cual analizó el racismo, la discriminación racial, xenofobia y otras formas de intolerancia. En este sentido, la Conferencia consideró que la

eliminación del racismo y la discriminación racial, en particular en sus formas institucionalizadas como el *apartheid* o las resultantes de doctrinas de superioridad o exclusividad racial o las formas y manifestaciones contemporáneas de racismo, era un objetivo primordial de la comunidad internacional.

La conferencia mundial, en su declaración, dedicó un espacio especial a los trabajadores migratorios, e: "insta a todos los Estados a que garanticen la protección de los derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares".

Por otro lado, dicha conferencia asignó particular importancia a la creación de condiciones que promuevan una mayor armonía y tolerancia entre los trabajadores migratorios y el resto de la sociedad del estado en que residen.

El Capítulo X del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo realizada en El Cairo en 1994 constituye un acuerdo de 170 gobiernos sobre un enfoque exhaustivo de la migración internacional, tanto en cuanto a la elaboración de política a nivel nacional como de cooperación intergubernamental.

En cuanto a la protección de los derechos humanos de los migrantes el programa de acción de esta conferencia internacional sobre población y desarrollo definió como migrantes documentados a aquellos que cumplen todos los requisitos jurídicos para entrar, permanecer y, si procede, obtener empleo en el país de destino.

De igual manera, las bases para la acción acordadas en esta conferencia establecen que: "En algunos países, muchos de esos migrantes adquieren con el tiempo el derecho de residencia a largo plazo. En esos casos, su integración en la sociedad que los recibe es aconsejable y es importante con ese objeto concederles los mismos derechos sociales, económicos y legales que a los ciudadanos, de acuerdo con la legislación nacional".

Asimismo, declara que, en el caso de los migrantes documentados, es importante:

- a) La reunificación de las familias de dichos migrantes;
- b) Proteger a los migrantes documentados y sus familiares del racismo, el etnocentrismo y la xenofobia; y
- c) Respetar su integridad física, su dignidad, sus creencias religiosas y sus valores culturales.

El enfoque de la protección internacional en caso de migrantes indocumentados es diferente y menos generoso, ya que parte del principio de soberanía de los Estados. En tal sentido, subraya que: "los Estados tienen el derecho soberano de decidir quién puede entrar y permanecer en su territorio y en qué condiciones". Sin embargo, ese derecho debe ejercerse cuidando "evitar actuaciones y políticas racistas o xenofóbicas". Por otro lado, define a los migrantes indocumentados como aquellas personas que no cumplen los requisitos fijados por el país de destino para la entrada, la estancia o el ejercicio de una actividad económica.

Considera que son objetivos de la acción: "hacer frente a las causas básicas de la migración indocumentada y reducir sustancialmente el número de migrantes indocumentados, asegurando al mismo tiempo que los que necesitan protección internacional la reciban; además se debe prevenir la explotación de los migrantes indocumentados y velar por que se protejan sus derechos humanos fundamentales; considera importante prevenir el tráfico internacional de migrantes, especialmente con fines de prostitución".

Algo novedoso que merece la pena resaltar es el vínculo que establece con la migración y el medio ambiente. De esta forma, en su declaración, la conferencia exhorta a los gobiernos a considerar las solicitudes de migración de los países cuya existencia, según datos científicos disponibles, se ve inminentemente amenazada por el calentamiento mundial y el cambio climático.

En lo que respecta a la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada del 4 al 15 de septiembre de 1995 en Beijing, China, al aprobar la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, el fenómeno de las migraciones internas e internacionales mereció una atención especial. Según la Plataforma de Acción: "se estima que 125 millones de personas son migrantes, refugiados y desplazados y que la mitad de ellas vive en países en desarrollo. Estos movimientos en gran escala han tenido profundas repercusiones en las estructuras y el bienestar de la familia, así como consecuencias desiguales para la mujer y el hombre, incluida en muchos casos la explotación sexual de la primera".

Dentro de las esferas de especial preocupación que se analizan en la Plataforma de Acción de Beijing, está lo relativo a la mujer y la pobreza. Dicha plataforma establece que: "Las disparidades basadas en el género en el reparto del poder económico constituyen asimismo un importante factor coadyuvante a la pobreza de la mujer. La migración y los consiguientes cambios en las estructuras familiares han representado cargas adicionales para la mujer, especialmente para las que tienen a varias personas a su cargo".

Los gobiernos se comprometieron a adoptar diferentes medidas en relación a la lucha contra la pobreza vinculadas al fenómeno de las migraciones, entre las cuales se encuentran las siguientes:

- "k) Velar por la plena realización de los derechos humanos de todas las mujeres migrantes, incluidas las trabajadoras migrantes, y su protección contra la violencia y la explotación. Instituir medidas para mejorar la situación de las migrantes documentadas, incluidas las trabajadoras migrantes, y facilitar su empleo productivo mediante un mayor reconocimiento de sus aptitudes, su educación en el extranjero y sus credenciales y facilitar también su plena integración en la fuerza de trabajo;
- L) Introducir medidas para integrar o reintegrar a las mujeres que viven en la pobreza y a las mujeres socialmente marginadas en el empleo productivo y en

el entorno económico predominante y asegurar el acceso pleno de las mujeres internamente desplazadas a las oportunidades económicas, así como el reconocimiento de las calificaciones y aptitudes de las mujeres inmigrantes y refugiadas”.

Otra esfera de especial preocupación desarrollada en la Plataforma de Acción lo constituye la mujer y la economía. En esta esfera se reconoce que las trabajadoras migratorias, entre ellas las trabajadoras domésticas, contribuyen con sus remesas a la economía del país de donde provienen y también contribuyen a la economía del país donde trabajan mediante su participación en la fuerza de trabajo. Sin embargo, las mujeres que migran padecen en el país a donde van un alto nivel de desempleo en comparación con los trabajadores migratorios y los hombres que migran.

“Son muchos los aspectos que merecieron la atención de la Conferencia de Beijing, que quedaron plasmados en la Plataforma de Acción y que tienen relación con las migraciones internas o internacionales o con las trabajadoras migratorias. Un análisis completo de todos estos aspectos merecería hacer un estudio específico y detallado, que no pretende ni puede cumplir el presente análisis general. Para concluir debemos enfatizar que la Conferencia de Beijing confirmó el grado de preocupación de los Estados y el interés y compromiso de luchar para que los derechos humanos de las trabajadoras migratorias no sólo sean reconocidos, sino también efectivamente respetados”²⁷.

La Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo y la Xenofobia celebrada en Durban, Sudáfrica, en el 2001, se refirió al tratamiento de los trabajadores migrantes, refugiados y otros no nacionales.

²⁷ Naciones Unidas. *Activities of Intergovernmental and Non-governmental Organizations in the Area of International Migration; Report of the Secretary General*. Nueva York, 1997. Documento E/CN.9/1997/5. Página 172.

En su conjunto, las disposiciones de esa declaración constituyen un programa de acción exhaustivo y viable para combatir la xenofobia y la discriminación contra los migrantes. El texto reafirma el carácter fundamental de los Convenios Número. 97 y 143 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT- y de la Convención de 1990 de las Naciones Unidas, la cual en ese momento no había entrado en vigencia. Asimismo, insta a los Estados a adoptar medidas concretas para eliminar el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y la intolerancia en el lugar de trabajo contra todos los trabajadores, incluidos los migrantes, y asegurar la completa igualdad ante la ley, incluido el derecho laboral.

Si bien los convenios internacionales constituyen la fuente principal de Derecho Internacional, existen otra clase de normas y fuentes del derecho que orientan a los Estados en la protección y asistencia a migrantes y que están constituidas por la costumbre internacional y los principios generales del derecho.

Con respecto a la costumbre, se puede afirmar incluso que las normas de derecho internacional general, es decir, las normas que vinculan a todos los Estados, tienen naturaleza consuetudinaria.

Se considera costumbre internacional el comportamiento constante y uniforme de los Estados, es decir, la repetición de un determinado comportamiento, acompañada por la convicción de la obligatoriedad de ese mismo comportamiento.

Con respecto a los principios generales del derecho, el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia cuenta entre sus fuentes: "los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas".

Aún más, está generalmente aceptado que en casos a los que no se refieren los derechos humanos ni los instrumentos de índole humanitaria, todas las personas y los grupos están bajo la protección de los principios del derecho internacional

dimanantes de una costumbre arraigada, de los principios de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública.

Después del reconocimiento del derecho a emigrar contenido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la doctrina del derecho internacional público está asistida de la autoridad incuestionable para dictar normas y principios que están fundados en el respeto a la libertad de movimiento.

“Al respecto el tratadista Martens en su Tratado de Derecho Internacional ha expresado que en todos los convenios relativos a la emigración, se deberían dar las siguientes reglas:

- a) Los Estados están obligados a respetar las exigencias fundamentales de la Comunidad Internacional, no oponiendo a los emigrantes obstáculos insuperables;
- b) Los obstáculos que se opongan a la emigración, deben fundarse en legítimos intereses del Estado; aquellos fundados en disposiciones de carácter fiscal o en injustificados prejuicios, deben desaparecer por completo;
- c) Mientras los emigrantes no obtengan la naturalización en el Estado donde se establecen, deben ser considerados como súbditos del país de origen;
- d) El Estado al que pertenecen los emigrantes debe protegerlos y socorrerlos mientras conserven legalmente su condición de súbditos;
- e) Cada Estado está obligado a proteger a sus súbditos cuando emigren; esta protección debe durar hasta que aquéllos adquieran una nueva ciudadanía y no puede negárseles la cualidad de ciudadanos si regresan a su patria;
- f) Todos los Estados cuyo territorio atraviesan los emigrantes se obligan a prestarles protección y auxilio en caso de necesidad, sin perjuicio de que el Gobierno de quien los emigrantes son súbditos, satisfaga después los gastos ocasionados”²⁸.

²⁸ Organización Internacional para las Migraciones –OIM-. Ob. Cit. Página 27.

Tanto la doctrina moderna como la jurisprudencia internacional, coinciden en afirmar que para asegurar el desarrollo armónico de las relaciones entre los miembros de la comunidad internacional, un Estado no puede prohibir en forma arbitraria y absoluta la entrada de extranjeros en su territorio, sin incurrir en una política de aislamiento hostil substancialmente opuesta a las normas de convivencia internacional.

Cuando la negativa de un Estado para la admisión del extranjero provenga de motivos arbitrarios aplicados indiscriminadamente, en especial desde el punto de vista político, racial o religioso y también en el supuesto de que la prohibición carezca de fundamento razonable y se trate de un país poco poblado con evidente demanda de nuevos habitantes útiles, puede esta negativa conformar un caso de abuso de derecho.

En lo que respecta a la situación jurídica del extranjero en el Estado de residencia, los Estados tienen la obligación de observar en su trato al extranjero ciertas normas esenciales surgidas del derecho consuetudinario o convencional y de los principios generales del derecho, con el objeto de proteger la persona y los bienes del extranjero.

Estos principios consisten en un conjunto de condiciones mínimas exigidas por la justicia civilizada o de un mínimo jurídico internacional, que tiene el carácter de deber internacional para todos los Estados en su tratamiento al extranjero, para no incurrir en responsabilidad internacional.

Si bien es cierto que el extranjero que ha sido admitido por un país como residente queda sujeto al ordenamiento jurídico interno, también lo es que su nueva situación está contemplada por la práctica internacional, por el derecho internacional público y por el derecho consular, el cual obliga al Estado de origen a proteger a sus súbditos en el exterior.

En principio, las reglas de la práctica internacional tienen validez general y, por lo tanto, son de cumplimiento obligatorio para todos los Estados. En lo que respecta a estas reglas, no exigen la equiparación o igualdad de derechos en sí, de los extranjeros con los nacionales, sino que establecen la obligación internacional de los Estados de conceder a los extranjeros un mínimo de derechos conforme a las prácticas vigentes en la comunidad internacional.

“Este mínimo de derechos consiste en el respeto de los atributos inherentes a la persona humana y de las normas básicas para asegurar la convivencia entre los Estados que integran la comunidad internacional; tiene por objeto posibilitarle el desenvolvimiento normal de su existencia como corresponde a todo ser humano que vive en sociedad, indistintamente de sus nacionales o de su condición de extranjero documentado o indocumentado. La transgresión a las prácticas internacionales subsiste aún cuando el Estado alegue en defensa que su ordenamiento jurídico, que establece la equiparación entre nacionales y extranjeros, observa un tratamiento distinto para sus propios súbditos”²⁹.

Cabe agregar que la mayoría de este conjunto de principios, normas o reglas ha sido expresamente reconocido por el Tribunal Internacional de Justicia de La Haya, cuya jurisprudencia los cita bajo la denominación de un derecho internacional común de los extranjeros o de extranjería.

3.3. Las convenciones de la Organización Internacional del Trabajo –OIT- que favorecen a los migrantes laborales³⁰

La Conferencia Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo –OIT- desde la segunda década del siglo XX, ha producido una serie de convenciones relativas a la protección de los trabajadores migratorios. Igualmente,

²⁹ **Ibid.**

³⁰ Las normas de la Organización Internacional del Trabajo –OIT- sobre migraciones laborales están disponibles en la página web de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) <http://www.oit.org>

ha propugnado por la aprobación de normas internacionales mínimas relativas a los trabajadores migrantes, haciendo ver la necesidad de brindar protección internacional a estas personas que siguen estando expuestas a la hostilidad y explotación.

La puesta en práctica de una política de igualdad de trato entre los trabajadores nacionales y los trabajadores migrantes y de una política que tienda a aumentar la igualdad de oportunidades, representa una medida de protección pues tiene por objeto garantizar el respeto de la dignidad de esta categoría de trabajadores que está especialmente expuesta a abusos de toda clase. Es asimismo un arma disuasiva, en la medida en que permite aumentar o mantener el costo de la mano de obra migrante en un nivel igual al de la mano de obra nacional, esta lucha contra la discriminación en el empleo se basa en criterios morales y sociales pero también en criterios económicos.

Cabe mencionar entre otros aportes de la Conferencia los siguientes:

- El Convenio sobre la Inspección de los Emigrantes
- La Recomendación sobre la Protección de los Emigrantes a Bordo de Buques
- El Convenio sobre la Repatriación de la Gente de Mar
- El Convenio sobre la Conservación de los Derechos de Pensión de los Migrantes
- El Convenio sobre los Trabajadores Migrantes.

El espíritu de estos instrumentos se orienta por la necesidad de movilizar el conjunto de medios de acción normativa, de cooperación técnica y de investigación con el objeto de prestar especial atención a los problemas de las personas con necesidades sociales especiales, entre otros, los trabajadores migrantes.

De acuerdo a los principios y derechos enunciados en la Carta Constitutiva de la OIT y en la Declaración de Filadelfia, el Consejo de Administración adoptó la Declaración

Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo en 1998. En este instrumento, adoptado por las delegaciones tripartitas de los 176 Estados Miembros de la OIT, se declaró que todos los Estados Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios fundamentales de la OIT, por su mera pertenencia a la Organización tienen el compromiso de respetar, promover y hacer realidad los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Estos son:

- la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
- la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- la abolición efectiva del trabajo infantil; y
- la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Estos principios se plasman en los convenios fundamentales de la OIT, que si bien no tratan específicamente de los trabajadores migrantes, contienen disposiciones relativas o pertinentes a los mismos; además, estos convenios, así como las recomendaciones que los acompañan, son de aplicación general, es decir, se aplican a todos los trabajadores sin distinción de nacionalidad, y en muchos casos, con independencia de su situación migratoria.

“Ejemplo de ello es la decisión del Comité de Libertad Sindical de la OIT en la que observa que el *Convenio No.87 sobre libertad sindical* reconoce el derecho de los trabajadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, a afiliarse a las organizaciones que estimen convenientes y que, por tanto, todos los trabajadores están amparados por este instrumento. El Comité invitó al Consejo de Administración de la OIT a que recomendara al gobierno concernido que tuviera en cuenta el alcance del artículo 2 del *Convenio No. 87*, en virtud del cual los trabajadores, sin ninguna distinción, tienen el derecho de afiliarse a las organizaciones que estimen convenientes”³¹.

³¹ Taran, Patrick y Eduardo Geronimi. *Marco Jurídico para las Migraciones*. Revista Futuros. México, 2004. *Página 20*.

La OIT ha adoptado asimismo normas internacionales del trabajo específicas para los trabajadores migrantes.

El Convenio Número 97 sobre los trabajadores migrantes de 1949, sienta las bases para la igualdad de tratamiento entre trabajadores nacionales y extranjeros en situación regular en cuestiones como los procedimientos de contratación, las condiciones de vida y de trabajo, el acceso a la justicia, y la reglamentación sobre impuestos y seguridad social.

El Convenio Número 97 da un concepto de trabajador migrante diciendo: “A los efectos de este convenio, la expresión trabajador migrante significa toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante”.

El párrafo 1 del artículo 6 del Convenio Número 97 dispone que:

“1. Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con las materias siguientes:

- a) siempre que estos puntos estén reglamentados por la legislación o dependan de las autoridades administrativas:
- i) la remuneración, comprendidos los subsidios familiares cuando éstos formen parte de la remuneración, las horas de trabajo, las horas extraordinarias, las vacaciones pagadas, las limitaciones al trabajo a domicilio, la edad de admisión al empleo, el aprendizaje y la formación profesional, el trabajo de las mujeres y de los menores;

- ii) la afiliación a las organizaciones sindicales y el disfrute de las ventajas que ofrecen los contratos colectivos;
 - iii) la vivienda;
- b) la seguridad social (es decir, las disposiciones legales relativas a los accidentes del trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, enfermedad, vejez y muerte, al desempleo y a las obligaciones familiares, así como a cualquier otro riesgo que, de acuerdo con la legislación nacional, esté comprendido en un régimen de seguridad social), a reserva:
- i) de acuerdos apropiados para la conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en curso de adquisición;
 - ii) de disposiciones especiales establecidas por la legislación nacional del país de inmigración sobre las prestaciones o fracciones de prestación pagaderas exclusivamente con los fondos públicos, y sobre las asignaciones pagadas a las personas que no reúnen las condiciones de cotización exigidas para la atribución de una pensión normal;
- c) los impuestos, derechos y contribuciones del trabajo que deba pagar, por concepto del trabajo, la persona empleada;
- d) las acciones judiciales relativas a las cuestiones mencionadas en el presente Convenio".

Como se puede apreciar, la intención de esta normativa es prohibir las desigualdades de trato que podrían resultar de la legislación y de la práctica de las autoridades administrativas en ciertas esferas. En cambio, no obliga a los Estados a tomar medidas legislativas o de otro tipo a fin de corregir las desigualdades de hecho.

No obstante, los Estados tienen la obligación general, cuando las cuestiones mencionadas en el apartado a), en particular, están reglamentadas en la legislación nacional, de asegurarse, en particular gracias a los servicios de inspección del trabajo o de otras autoridades de control, de su aplicación efectiva. La fórmula según la cual el Estado debe conceder un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales *autoriza la aplicación de un trato que, si bien no necesita ser absolutamente idéntico, debe ser equivalente en sus efectos del que disfrutaban los nacionales.*

Asimismo, el convenio establece disposiciones sobre las condiciones de contratación, la participación de migrantes en la formación y promoción profesionales, la reunificación familiar, el despido injustificado o la expulsión, así como otras medidas destinadas a regular el proceso migratorio en su conjunto. Este instrumento ha sido ratificado por 42 Estados.

El Convenio Número 97 establece que todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo –OIT- que haya ratificado el convenio tiene las siguientes obligaciones: Disponer de un servicio gratuito de ayuda a los trabajadores migrantes; arbitrar medidas de protección; controlar la salud y condiciones de higiene; dictar normas que faciliten el viaje; permitir la transferencia de fondos, herramientas, equipos de trabajo y efectos personales sin pago de impuestos aduaneros; dispensar el mismo trato a los trabajadores migrantes, que a sus nacionales sin discriminar por razones de nacionalidad, raza, religión o sexo sobre las siguientes materias: remuneración, horas extras, vacaciones, aprendizaje y formación profesional, trabajo de mujeres y menores, subsidios familiares, derecho a la afiliación a las organizaciones sindicales, vivienda, la seguridad social (accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, vejez, muerte, desempleo), formular acuerdos apropiados para conservar los derechos adquiridos o en curso, pago de impuestos y contribuciones con motivo del trabajo, a ejercer acciones judiciales entre otras.

El Convenio Número 143 sobre Trabajadores Migrantes de 1975, que fue adoptado en un momento en que la comunidad internacional empezó a tomar en cuenta el aumento de la migración irregular. Sus dos principales objetivos son: 1) regular los flujos migratorios, eliminar la migración clandestina, luchar contra las actividades de tráfico y de trata de personas; y 2) facilitar la integración de los migrantes en las sociedades de acogida.

Este instrumento contiene algunas normas mínimas de protección aplicables a los trabajadores migrantes en situación irregular o que hayan sido empleados ilegalmente, aun en los casos en que su situación no pueda ser regularizada. Este principio se plasma en su artículo 1 donde se establece la obligación de los Estados ratificantes de: "respetar los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes".

La disposición incluye a todos los trabajadores migrantes, con independencia de su situación migratoria o condición legal en el Estado receptor. No obstante, los derechos de los trabajadores migrantes en situación regular que se mencionan con más detalle en la Parte II del Convenio no resultan aplicables a los trabajadores migrantes en situación irregular.

Para que los trabajadores migrantes puedan ejercer efectivamente su derecho a la igualdad de trato es importante que tengan acceso a los tribunales en las mismas condiciones que los nacionales. Según el artículo 6, 1, d), del Convenio Número 97, la igualdad de trato debe aplicarse a las acciones judiciales relacionadas con las cuestiones mencionadas en ese Convenio.

La cláusula de dicho Convenio está redactada de manera suficientemente general como para abarcar no sólo las acciones ante los tribunales ordinarios, sino también los procedimientos ante instancias especiales competentes en materia de trabajo. Además, se refiere igualmente a las normas de procedimiento general, tales como la

asistencia judicial y el depósito de una caución para garantizar el pago de los costos, siempre que los litigios recaigan sobre cuestiones relacionadas con el mismo.

El Convenio Número 143 excluye en lo referente a igualdad de oportunidades y de trato a:

- a) Las personas que ingresen al país con fines especiales de formación o educación.
- b) Las personas empleadas en organizaciones o empresas que operan dentro del territorio de un país por un período determinado, y que fuera solicitado por sus empleadores para cumplir trabajos o funciones concretas por un período limitado de tiempo y que deben regresar a su país de origen una vez finalizado el mismo.

El Convenio Número 143 establece para los Estados ratificantes las siguientes obligaciones: respetar los derechos humanos fundamentales de los trabajadores migrantes; identificar los movimientos migratorios clandestinos e ilegales existentes en sus territorios; eliminar las migraciones clandestinas con fines de empleo en condiciones abusivas y sancionar a los responsables; suprimir el empleo ilegal y reprimir a los empleadores de los migrantes ilegales.

Para asegurar la igualdad de oportunidades y de trato en la práctica es esencial que las disposiciones legislativas o las prácticas administrativas no permitan ninguna diferencia de trato entre trabajadores nacionales y trabajadores migrantes en situación legal. No obstante, esto no basta, dado que los migrantes, más que cualquier otro grupo, son víctimas de prejuicios y de otras actitudes discriminatorias en el ámbito del trabajo y de las condiciones de vida, en particular en épocas de recesión económica y de desempleo importante.

Por este motivo, la parte II del Convenio Número 143 y la Recomendación Número 151 contienen disposiciones que no solamente requieren la eliminación de las

medidas discriminatorias, legales o administrativas, sino que además exigen una acción positiva de los poderes públicos para promover la igualdad de oportunidades en la práctica.

En conformidad con el artículo 10 del Convenio Número 143, los Estados tienen la obligación de formular y de aplicar una política nacional destinada a promover y a garantizar, por los métodos adaptados a las circunstancias y usos nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de ocupación, seguridad social, derechos sindicales y culturales, y libertades individuales y colectivas para las personas que, en su condición de trabajadores migrantes o como miembros de su familia, se encuentren legalmente en su territorio.

Si bien el Convenio indica claramente el alcance y el contenido de la política a seguir, deja a cada Estado la libertad de elegir los métodos para formular y aplicar esa política. Esos métodos sólo deben ser adaptados a las circunstancias y usos nacionales. Según los casos, la política de igualdad de oportunidades y de trato podrá resultar de las normas constitucionales o legislativas, de un conjunto de medidas de orden legislativo o de otros medios.

El hecho de que no exista un texto general que formule expresamente una política de igualdad de trato no es, pues, un obstáculo para la aceptación de las obligaciones que se derivan de la parte II del Convenio Número 143.

Con referencia al tema el acceso al empleo, el Convenio Número 143 permite a los Estados miembros el ejercicio de ciertas limitaciones, por ejemplo que la libre elección del empleo esté subordinada al hecho de que el trabajador tuviere un mínimo de residencia o que el trabajador hubiere cumplido su primer contrato de trabajo. También puede suceder que los estados limiten el acceso al empleo a ciertas categorías de empleos o funciones.

En lo que respecta a los derechos sindicales se garantiza la igualdad de trato con referencia a la posibilidad de gozar de los derechos establecidos en los convenios colectivos, a la libre sindicalización, a ocupar cargos en los sindicatos y en los organismos de relaciones profesionales.

"El Convenio no define los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes. Sin embargo, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) ha interpretado que esta norma se refiere a los derechos humanos fundamentales contenidos en los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas, como los integrantes de la Carta Internacional de Derechos Humanos y la Convención de las Naciones Unidas sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 1990, así como a los derechos fundamentales en el trabajo mencionados en la Declaración de la OIT sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 1998"³².

En los Convenios Número 97 y 143, se garantiza la igualdad de derechos que los nacionales en materia de seguridad social, acceso a la cultura, educación y vivienda.

Ninguno de estos instrumentos opera sobre la base de la reciprocidad. Así pues, el trabajador migrante nacional de un Estado que no hubiera ratificado los convenios puede invocar su aplicación en un Estado ratificante. Por otra parte, cabe señalar que, si bien los convenios son de aplicación obligatoria para los Estados que los ratifiquen, las recomendaciones no son jurídicamente vinculantes y, por ende, no están sujetas a ratificación.

El artículo 9, párrafo 1 del Convenio Número 143 dispone que el trabajador migrante en situación irregular deberá: "disfrutar, tanto él como su familia, de igualdad de trato en lo concerniente a los derechos derivados de empleos anteriores en materia de remuneración, de seguridad en el empleo y otros beneficios".

³² **Ibid.**

El objetivo de esta norma es garantizar que los trabajadores migrantes en situación irregular puedan beneficiarse de los derechos que le confiere el trabajo que hayan efectivamente realizado.

El Convenio establece que el trabajador migrante empleado en forma ilegal disfrute de igualdad de trato con los migrantes admitidos en forma regular y empleados legalmente y no con los nacionales del país de empleo.

A pesar de que los trabajadores migrantes en situación irregular no posean un permiso de trabajo, esto no sería óbice para que puedan reclamar el pago de las remuneraciones por los servicios efectivamente prestados. Sin embargo, no parece que el Convenio tenga por objeto tratar cuestiones que no podrían aplicarse fácilmente en una situación irregular, como, por ejemplo, el derecho al preaviso.

Esta norma debería examinarse conjuntamente con lo dispuesto en la Recomendación Número 151 de la OIT en el sentido de que: "todo trabajador migrante que se marche del país de empleo debería tener derecho, independientemente de que su estancia en el país haya sido legal o no a toda remuneración pendiente por trabajos realizados, incluidas las indemnizaciones por terminación de contrato normalmente pagaderas; a las prestaciones que se le debieren por concepto de accidente del trabajo o enfermedad profesional; y, según la práctica nacional, a una indemnización en concepto de vacaciones anuales devengadas pero no utilizadas, y al reembolso de las cotizaciones de seguridad social que, de acuerdo con la legislación nacional o los acuerdos internacionales, no den ni hayan dado lugar a derechos en su favor".

Sin embargo, dado que las recomendaciones de la OIT no son obligatorias para los Estados, estos derechos del trabajador migrante en situación irregular deben determinarse de acuerdo a la legislación nacional y al principio de igualdad de trato.

El Convenio Número 143 se refiere sólo a los derechos derivados de empleos anteriores y por tanto no abarca las prestaciones concedidas con independencia de la duración del empleo. Sin embargo, debe entenderse que la disposición abarca tanto los períodos de empleo ilegal como legal en el país anteriores al empleo ilegal considerado.

Por aparte, el artículo 9, 2) de dicho convenio prevé que: "el trabajador deberá tener la posibilidad de defender sus derechos ante un organismo competente, ya sea personalmente o por intermedio de sus representantes".

Como se puede apreciar, el objeto de esta norma es garantizar a los trabajadores migrantes el ejercicio de su derecho de reclamar ante la autoridad administrativa o judicial por el incumplimiento de alguno de los derechos derivados de empleos anteriores en materia de remuneración o seguridad social, tanto por la vía de conciliación como por la vía contenciosa.

El Convenio Número 118 de 1962, relativo a la igualdad de trato y a la seguridad social, establece entre sus cláusulas más importantes que los Estados miembros que lo hubieran ratificado deben conceder en su territorio, a los nacionales de los otros Estados miembros que también lo hubieran ratificado, la igualdad de trato respecto a sus nacionales en todas las ramas de la seguridad social respecto de las cuales haya aceptado las obligaciones del Convenio.

Dicho Convenio hace referencia a las siguientes ramas de la seguridad social: a) asistencia médica, b) prestaciones de enfermedad, c) prestaciones de maternidad, d) prestaciones de invalidez, e) prestaciones de vejez, f) prestaciones de sobrevivencia, g) prestaciones en caso de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, h) prestaciones de desempleo e i) prestaciones familiares.

Los Estados miembros pueden obligarse con una o varias de estas ramas siempre que cuente en su país con la respectiva legislación para aplicar a sus propios nacionales.

El Estado miembro que hubiera ratificado el Convenio Número 118 debe dispensar a los nacionales de cualquier otro Estado obligado, igualdad de trato en lo referente a los requisitos de admisión como al derecho a las prestaciones de todas las ramas de la seguridad social por las que se hubiere obligado. Asimismo los Estados deben garantizar el pago de las prestaciones por invalidez, vejez, sobrevivencia, subsidio por muerte, pensión por accidente de trabajo y enfermedades profesionales, tanto a los propios nacionales como a los nacionales de otro Estado obligado en el supuesto de residir en el extranjero.

Esta es una de las cláusulas más importantes del Convenio porque contempla una situación de gran interés para los trabajadores que se trasladan de un país a otro en busca de mejores condiciones de vida y trabajo tengan garantizado un sistema de seguridad social que lo proteja de las contingencias apuntadas.

A pesar de este soporte jurídico, es un hecho que si el migrante se encuentra en el territorio del país receptor, podrá encontrar dificultades a la hora de exigir el cumplimiento de sus derechos, en particular el acceso a la justicia, porque además de las dificultades inherentes a su condición de extranjero, como pueden ser el dominio del idioma, de los procedimientos y de los códigos legales, su propia situación de irregularidad será el obstáculo más importante para que recurra a la instancia judicial, por temor a que se dé a conocer su situación y ser expulsado. De hecho, las dificultades que encuentran los trabajadores migrantes en situación irregular para interponer recursos hacen que la protección de sus derechos humanos fundamentales resulte ilusoria.

La posibilidad de hacerse representar debería garantizar a los migrantes que han sido objeto de una medida de expulsión, poder ejercer sus derechos aun si ya no se

encuentran en el territorio del Estado receptor, para lo cual la OIT ha señalado que es frecuente que cuando el trabajador migrante en situación irregular se encuentra en manos de la autoridad pública, sea reconducido inmediatamente a la frontera sin haber tenido la posibilidad de solicitar el pago de su salario y plantear recurso ante las instancias judiciales del país de empleo.

Estos tres instrumentos, Convenios Número 97, 118 y 143, en su conjunto proveen una definición y una base ético-jurídica para la política y práctica nacionales respecto de los trabajadores migrantes extranjeros y los miembros de sus familias, así como herramientas para alentar a los Estados a adoptar y mejorar una legislación nacional conforme a las normas internacionales.

“No se trata sólo de instrumentos de derechos humanos sino que numerosas disposiciones sientan principios para la elaboración de una política nacional y para la consulta y cooperación interestatales con miras a la formulación de una política sobre migraciones laborales, al intercambio de información, al suministro de información a los migrantes, a la gestión de retornos ordenados o a la reintegración”³³.

El objetivo que persigue la Conferencia Internacional del Trabajo al adoptar instrumentos sobre los trabajadores migrantes es doble. Por una parte, se trata de reglamentar las condiciones de migración y, por otra, de proteger específicamente una categoría muy vulnerable de trabajadores. Para ello, la acción normativa de la OIT destinada específicamente a los trabajadores migrantes se concentra en dos direcciones principales:

“En primer lugar, la Conferencia Internacional del Trabajo –CIT- ha consagrado el derecho a la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en el campo de la seguridad social. A esos efectos, se han adoptado cuatro convenios y dos recomendaciones: el Convenio número 19 y la Recomendación número 25 sobre la

³³ Ibid.

igualdad de trabajo (accidentes del trabajo), en 1925; el Convenio sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes, (núm. 48), en 1935; el Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social) (núm. 118), en 1962; y el Convenio (núm. 157) y la Recomendación (núm. 167) sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, respectivamente, en 1982 y 1983³⁴.

“En segundo lugar, la CIT ha tratado de buscar soluciones globales a los problemas con que se enfrentan los trabajadores migrantes adoptando instrumentos a ese efecto (comprendidos ciertos instrumentos que no incluyen más que algunas disposiciones sobre los trabajadores migrantes). En 1939 adoptó el Convenio núm. 66 y la Recomendación núm. 61 sobre los trabajadores migrantes así como la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (colaboración entre Estados) (núm. 62); en 1947, el Convenio sobre política social (territorios no metropolitanos) (núm. 82). Sin embargo, el Convenio núm. 66 no ha entrado nunca en vigor por falta de ratificaciones. Por eso se procedió a su revisión en 1949, fecha en la que se adoptaron el Convenio núm. 97 y la Recomendación núm. 86 sobre los trabajadores migrantes. En 1955, la Conferencia adoptó la Recomendación sobre la protección de los trabajadores migrantes (países insuficientemente desarrollados) (núm. 100); en 1958, el Convenio núm. 110 y la Recomendación núm. 110 sobre las plantaciones; en 1962, el Convenio sobre política social (normas y objetivos básicos) (núm. 117)”³⁵.

El objetivo de la Conferencia al adoptar estas normas es el de limitar progresivamente el alcance de ciertas disposiciones restrictivas fundadas en el modo de financiamiento de la seguridad social, y atenuar los efectos de la reciprocidad en favor de los países en vías de desarrollo, al mismo tiempo tratar de instituir un sistema internacional de conservación de los derechos adquiridos y en curso de adquisición para los trabajadores que trasladan su residencia de un país a otro.

³⁴ Organización Internacional del Trabajo –OIT– Ob. Cit. Página 41.

³⁵ Ibid.

3.4. La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares

Uno de los pasos más importantes en la formulación de los derechos humanos de los migrantes a nivel internacional lo constituye la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990. No obstante la existencia de un conjunto de principios y normas ya consagrados, se consideró preciso intensificar los esfuerzos para mejorar la situación y garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todos los trabajadores migratorios y de sus familias.

Esta Convención es el único tratado de derechos humanos adoptado por las Naciones Unidas con el objetivo de proteger a un conjunto de individuos que a menudo se encuentran en situaciones de vulnerabilidad por hallarse fuera de su Estado de origen.

Cabe mencionar que el proceso de reconocimiento de estos derechos ha sido muy largo, ya que fue la Primera Conferencia Mundial para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial, celebrada en Ginebra en 1978, la que recomendó que se elaborase una convención internacional sobre los derechos de los trabajadores migratorios. El mismo año, mediante la resolución 33/163 la Asamblea General formuló una recomendación relacionada con las "medidas para mejorar la situación y garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todos los trabajadores migratorios".

Desde diciembre de 1979, se decidió establecer un grupo de trabajo abierto a la participación de todos los Estados miembros de la ONU, para que elaborara dicha convención, grupo que quedó constituido en 1980 y concluyó su trabajo en 1990.

“Este modelo de Convención internacional, que consolida los derechos de un grupo específico de personas, ha sido aplicado para otros dos grupos de personas: las mujeres y los niños. La Convención es claramente un tratado de derechos humanos, y no de gestión migratoria ni de lucha contra la criminalidad. Cabe destacar la existencia de otros tratados pertinentes elaborados por la Organización Internacional del Trabajo. Éstos, con un enfoque laboral, son más restrictivos en su marco y sólo se aplican a trabajadores documentados”³⁶.

La Convención reitera algunos derechos fundamentales aplicables a los trabajadores migratorios y a los miembros de sus familias, incluidos en los principales tratados internacionales de derechos humanos sobre derechos civiles y políticos, derechos económicos, sociales y culturales, y la lucha contra el racismo y la tortura.

Entre estos derechos fundamentales cabe destacar los derechos no derogables, como el derecho a la vida, regulado en el artículo 9, la protección frente a la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes establecido en el artículo 10, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, artículo 12, el derecho a la libertad y seguridad personales y a la protección contra la detención arbitraria, de acuerdo al artículo 16, la protección contra la esclavitud, servidumbre, o trabajo forzoso u obligatorio en el artículo 11 y el derecho a un proceso con todas las garantías de acuerdo al artículo 18.

Además de recopilar los derechos que la comunidad internacional ha reconocido como aquellos que todos, sin discriminación, deben gozar, la Convención hace hincapié en derechos sociales como el derecho a condiciones de trabajo justas y favorables; a la salud, lo cual incluye el derecho a servicios de emergencia para los indocumentados y a la educación para los hijos. Éstos derechos constituyen el

³⁶ Grange, Mariette. **Importancia e Impacto de la Convención Internacional para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares**. Ed. Comisión Católica Internacional de Migración. Veracruz, 2005. Página 2.

núcleo duro de derechos aplicables a los seres humanos y, por consiguiente, a los trabajadores migratorios, tanto documentados como indocumentados.

La Convención abarca también derechos específicos referidos a la situación de los migrantes, como medidas para facilitar el envío de las remesas a sus familiares de acuerdo a los artículos 32 y 47; protección contra la destrucción o confiscación de documentos de identidad por parte de los representantes de las autoridades o por los patrones, establecido en el artículo 21; protección contra la expulsión colectiva, regulado en los artículos 22 y 56; acceso a asistencia de su consulado en caso de detención, artículo 16; obligación para los empleadores de cumplir con obligaciones jurídica y contractuales, y de ofrecer igualdad de trato y de otras condiciones laborales a trabajadores indocumentados, establecido en el artículo 25; así como pago de los salarios y otras prestaciones incluso en caso de expulsión, según el artículo 22, entre otros.

La Convención abarca una sección sobre la promoción de condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas, en relación con la migración internacional de los trabajadores y sus familiares, que fomenta la cooperación internacional. Incluye, por ejemplo, el suministro de información a empleadores y trabajadores acerca de las políticas, leyes y reglamentos relativos a la migración, la regulación de las operaciones para la contratación de trabajadores migratorios, establecidas en los artículos 65 y 66 y el tráfico de personas.

Uno de los principales aportes de la Convención es que la misma debe aplicarse a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. El objetivo principal de la convención es que todos los trabajadores migratorios puedan gozar de sus derechos humanos independientemente de su situación jurídica.

Un aspecto muy importante es que la Convención se debe aplicar durante todo el proceso migratorio de los trabajadores migratorios y sus familiares, que comprende la preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el período de estancia y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, así como el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual.

Según la Convención, se debe entender por trabajador migratorio toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional.

En la tercera parte, la Convención reconoce los derechos de los trabajadores migratorios, tanto para aquellos que se encuentran en una situación regular como para los trabajadores migratorios en situación irregular, lo cual reafirma el principio de que a cualquier persona extranjera, en tanto está bajo la jurisdicción de cualquier Estado, éste debe garantizarle la protección de sus derechos humanos, reconocidos en los instrumentos internacionales que hayan sido ratificados. Este principio tiene el mérito de mejorar la condición jurídica del extranjero y desarrollar la protección de los trabajadores migratorios; reafirma normas que ya se encontraban en la Declaración Universal y en los Convenios de la Conferencia Internacional del Trabajo.

La Convención tiene como meta proteger a los trabajadores migratorios; su existencia establece un estándar moral y sirve como guía y estímulo para la promoción de los derechos de los migrantes en cada país.

El principal objetivo de la Convención es fomentar el respeto de los derechos humanos de los migrantes, quienes no son solamente trabajadores, son también seres humanos.

La Convención no crea nuevos derechos para los migrantes sino que busca garantizar el trato igualitario y las mismas condiciones laborales para migrantes y nacionales, lo que implica notablemente:

- Prevenir condiciones de vida y de trabajo inhumanas, abuso físico y sexual y el trato degradante
- Garantizar los derechos de los migrantes a la libertad de pensamiento, de expresión y de religión
- Garantizar a los migrantes el acceso a la información sobre sus derechos
- Asegurar su derecho a la igualdad ante la ley, lo cual implica que los trabajadores migratorios estén sujetos a los debidos procedimientos, que tengan acceso a intérpretes, y que no sean sentenciados a penas desproporcionadas como la expulsión
- Garantizar a los migrantes la igualdad de acceso a los servicios educativos y sociales
- Asegurar que los migrantes tengan derecho a participar en sindicatos

La Convención también menciona que los migrantes deben tener el derecho a mantener la conexión con su país de origen, lo que implica:

- Asegurar que los migrantes puedan regresar a su país de origen si así lo desean, permitirles efectuar visitas ocasionales e incitarlos a mantener lazos culturales
- Garantizar la participación política de los migrantes en el país de origen
- Asegurar el derecho de los migrantes a transferir sus ingresos a su país de origen

La Convención es innovadora porque se basa en la noción fundamental de que todos los migrantes deben tener acceso a un grado mínimo de protección; asimismo reconoce que los migrantes legales se benefician de la legitimidad para reclamar más derechos que los migrantes indocumentados, pero enfatiza que a estos últimos, tal y como a cualquier ser humano, se les debe respetar sus derechos humanos fundamentales.

De igual manera, la Convención propone que se realicen acciones para erradicar movimientos clandestinos, fundamentalmente a través de la lucha contra la información engañosa que pueda incitar a la gente a migrar irregularmente, y a través de sanciones a traficantes y empleadores de migrantes indocumentados.

En otras palabras, el mérito de este instrumento internacional consiste no sólo en formular los derechos de los migrantes, sean civiles, políticos, sociales, culturales o relativos al trabajo, sino hacerlo indistintamente de su condición migratoria.

Posteriormente, reconoce otros derechos a los trabajadores migratorios y sus familiares que están documentados o se encuentren en situación regular y norma disposiciones aplicables a categorías particulares de trabajadores migratorios y sus familiares. La Convención también pretende favorecer la migración regular, exhortar a los Estados parte a adoptar medidas contra el ingreso irregular e imponer sanciones efectivas a las personas, grupos o entidades que organicen o dirijan esos movimientos o presten asistencia a tal efecto.

La Convención incluye a las familias de los migrantes, favoreciendo reunificaciones familiares en un momento en el que las políticas de los Estados receptores tienden, al contrario, a disminuir el número de migrantes que viven en sus territorios, y prefieren enfocarse en los migrantes productivos, por ejemplo trabajadores, en lugar de sus dependientes. Asimismo, incluye a los migrantes indocumentados y, a pesar de que no anima su presencia, asegura que tengan acceso a los derechos humanos fundamentales. Sin embargo, las políticas actuales de los Estados receptores, en lugar de concederles derechos a los migrantes indocumentados, tienden a promover su expulsión.

En un contexto internacional marcado por un número creciente de mecanismos regionales e internacionales de consulta sobre el manejo de las migraciones, la Convención proporciona también un marco de referencia en su Parte VI. Alienta a los Estados parte interesados a que consulten y colaboren entre sí, según sea

apropiado, con miras a promover condiciones satisfactorias, equitativas y dignas en relación con la migración internacional de trabajadores y sus familiares. Asimismo, en el marco de esos esfuerzos, se deberán tener en cuenta las necesidades sociales, económicas, culturales y de otro tipo, así como las consecuencias que tal migración tiene para las comunidades de que se trate.

La Convención cuenta con 31 Estados parte; esto es poco, sin embargo ese grupo representa el 15 por ciento de los Estados miembros de las Naciones Unidas; asimismo, representa un grupo de cinco Estados más que la Unión Europea: es decir, no se puede hacer caso omiso de la voluntad común de estos Estados, de varios continentes, por asumir un compromiso con la protección de los derechos humanos de una categoría de la población.

Se hace evidente el bajo nivel de ratificaciones en perspectiva. Si bien la Convención tardó 13 años en lograr las 20 ratificaciones necesarias para su entrada en vigor a mediados de 2003, desde entonces se han logrado 10 ratificaciones adicionales. Si bien los dos pilares del sistema de normas de derechos humanos –los Pactos internacionales respectivos a los derechos civiles y políticos, y económicos, sociales y culturales– tardaron también 10 años en entrar en vigor, la Convención Americana sobre Derechos Humanos tardó 9 años.

Señales positivas hacia la vigencia de la Convención, se manifiestan con hechos como que durante el año 2002, el Parlamento Europeo alentó a los Estados miembros de la Unión Europea (UE) a ratificar la Convención. En enero de 2003, el Presidente de Brasil, Lula da Silva, reafirmó el compromiso de su país con los instrumentos de derechos humanos, incluida la Convención sobre los Trabajadores Migratorios. Italia ha incorporado muchas provisiones de la Convención en su Ley de Inmigración de 1998. Finalmente, once países de la Unión Europea han ratificado por lo menos una de las dos Convenciones de la OIT, asegurando así de cierta manera la protección de los trabajadores migratorios en su territorio e indicando una preocupación creciente por los derechos humanos de dichos trabajadores.

CAPÍTULO IV

LA IMPORTANCIA DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES Y SUS FAMILIAS, EN LA DEPORTACIÓN DE GUATEMALTECOS EN SITUACIÓN IRREGULAR EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

En su proceso de tránsito, los migrantes generalmente se reúnen en un pueblo mexicano cercano al área fronteriza con Estados Unidos, en donde los contrabandistas, llamados coyotes, los llevan a la frontera en furgonetas pequeñas. Una vez allí, los contrabandistas supuestamente los guiarán a través del desierto hasta algún punto lejano del norte, a lo largo de las calles o autopistas, donde serán recogidos por otros contrabandistas, que los trasladaran a lugares seguros, lejos de la zona fronteriza y de los agentes de la patrulla fronteriza estadounidense.

“Debido a lo peligroso que se ha vuelto cruzar la frontera, ya dejó de ser una actividad individual o familiar, como solía serlo. Ahora es menester confiar en que los coyotes conozcan el desierto y sus infinitos caminos. Hace quince años, un coyote pedía \$250 dólares por persona para llevar a los inmigrantes indocumentados desde la frontera hasta Phoenix. Ahora el precio es de \$3.000 dólares. En consecuencia, estas rutas de contrabando se están convirtiendo en un negocio próspero que está organizado y controlado cada vez más por redes criminales de gente sin escrúpulos, sometiendo aún más a los inmigrantes al riesgo de ser robados, explotados o simplemente abandonados en medio del desierto. Después de la construcción de una triple cerca en San Diego, California, el número de migrantes indocumentados arrestados en esta área bajó en un 300% entre 1994 y 2002, pero el número de arrestos hechos en el sector de Tucson, Arizona, aumentó en un 342% durante el mismo período”³⁷.

³⁷ Alliney, María Cristina y Sandra Silvia Senn. *Situación Laboral de los Trabajadores Migratorios*. Ed. ASET. Argentina, 2001. Página 11.

La política estadounidense de control en las fronteras han aumentado deliberadamente los riesgos para atravesarlas, ocasionando la muerte de miles de hombres, mujeres y niños indocumentados. El número de muertes de indocumentados que atraviesan la frontera se ha doblado desde 1995 en los Estados Unidos.

De hecho, en los últimos 12 años, la militarización de la frontera de los Estados Unidos ha tenido como consecuencia más de 4.000 personas encontradas muertas, esto en relación con el paso de la frontera. Estos muertos son la consecuencia de la política de disuasión que representa una violación grave del derecho a la vida.

Esta política antimigrantes ha llevado a que las autoridades estadounidenses encargadas del tema migratorio sobrepasen sus funciones, en muchos casos incumpliendo o quebrantando su propia legalidad. Ejemplo de ello es que: "a pesar de la prohibición para los agentes de la patrulla fronteriza de conducir cualquier operación de aplicación legal interna o de patrulla urbana dentro o cerca de áreas residenciales o lugares de trabajo, se han estado realizando allanamientos y barridas en iglesias, escuelas e instituciones de los servicios sociales tales como albergues. La patrulla fronteriza fue forzada a reiterar la prohibición de realizar estas actividades, y a mediados de los 90, las cortes de El Paso establecieron una prescripción que declaraba que a la misma le quedaba prohibido ingresar a escuelas del área con el fin de realizar allanamientos a indocumentados. No obstante, desde 2003 los grupos de derechos y el consulado mexicano en San Diego han recibido docenas de quejas por los allanamientos realizados por oficiales de inmigración en sus hogares y trabajos bajo la operación fin del juego"³⁸.

El etiquetamiento racial y los allanamientos, junto con los camiones de velocidad que tiene la patrulla fronteriza por las ciudades, las luces de estadio que se encienden toda la noche en la frontera, la presencia de guardias nacionales, entre otras, han

³⁸ Golash. Ob. Cit. Página 9.

creado una atmósfera palpable de inseguridad, en la que se vive como en una zona de guerra y en donde los residentes estadounidenses de origen hispánico se sienten como si no tuvieran ninguna voz y ningún derecho de oponerse a lo que les está siendo impuesto.

La entrada ilegal en los Estados Unidos está clasificada como un delito que puede ser sancionado por hasta 180 días de encarcelación y una multa de 5.000 dólares. Las personas que cometen este ilícito, sean hombres o mujeres, son encadenados y vestidos con ropa de cárcel. Tras el juicio penal sumarísimo, los migrantes indocumentados serán entregados a agentes de migración para su deportación.

“Últimamente, el número de mujeres enjuiciadas por entrada ilegal ha aumentado. Esto se explica por el hecho que muchas veces, las mujeres son arrestadas en posesión de documentos que no son suyos ya que prefieren intentar entrar en Estados Unidos por esta vía, en lugar de enfrentarse con el cruce peligroso y agotador del desierto”³⁹.

Otros migrantes son enjuiciados no solamente en la base de delito de entrada ilegal sino también de delito grave de nuevo intento de entrada tras haber sido deportado. Esto puede exponer los migrantes indocumentados a una pena de entre dos y veinte años de cárcel.

A los migrantes ilegales detenidos, principalmente para los ciudadanos mexicanos, los Estados Unidos les plantean las opciones de un regreso voluntario y la deportación sumaria, dos formas principales, por medio de las cuales el Departamento de la Seguridad Interior resuelve las situaciones de migrantes indocumentados que son arrestados al cruzar la frontera o cerca de ella, sin tener que preocuparse por el debido proceso y las garantías que los tratados internacionales ratificados por Estados Unidos les otorga a estas personas.

³⁹ Alarcón, Rafael. **El Retorno de los Migrantes**. Ed. El Colegio de la Frontera Norte. Tijuana, Baja California. 2008. Página 16.

Desde el punto de vista de la ley estadounidense en materia de migración, el regreso voluntario no es una deportación. Los migrantes no son llevados a juicio y no hay sanciones, tales como prohibiciones de reingreso. Es una alternativa a la deportación muy importante porque una persona que vuelve voluntariamente a su país de origen puede, más tarde, solicitar una visa.

Los migrantes que no son mexicanos y son atrapados cruzando la frontera sin documentación, los inspectores de inmigración pueden ponerlo en el siguiente vuelo disponible a su país de origen bajo lo que se denomina deportación sumaria, un procedimiento de deportación establecido por el Congreso en 1996 con la Ley de Responsabilidad del Inmigrante y la Reforma de Inmigración Ilegal (IIRIRA).

Bajo este procedimiento de expulsión, un individuo que no es ciudadano que intenta ingresar a los Estados Unidos sin la documentación adecuada, es deportado del país sin una audiencia frente a un juez de inmigración. Un oficial de inmigración tomará una declaración jurada del no ciudadano, y si el empleado estatal considera que la persona ha ingresado en forma fraudulenta o sin los documentos apropiados, puede ordenar que la persona detenida sea expulsada del país sin permitir que vea un juez o un abogado a pesar que los Estados Unidos han ratificado tratados internacionales que protegen los derechos humanos de los migrantes, en particular el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, el Protocolo a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, en los cuales se garantiza el derecho a un debido proceso y al respeto de los derechos de los extranjeros.

Una orden de deportación sumaria tiene el mismo impacto que una orden emitida por un juez de inmigración. La diferencia es que la orden ha sido emitida sin que el individuo haya tenido acceso a apoyo familiar o asistencia legal y no hay una revisión judicial de la decisión. Una orden de deportación sumaria prohíbe al individuo su

reingreso a los Estados Unidos por cinco años y por veinte años si es su segunda vez.

Las personas generalmente firman el documento de deportación sumaria, el cual está redactado de manera muy técnica, por lo que los firmantes muchas veces lo hacen sin comprender que el procedimiento es una deportación y las consecuencias que acarrea. Son forzados a renunciar a todas las posibilidades que podrían tener para permanecer en el país o a su derecho a solicitar una visa, si su caso hubiese sido escuchado por un juez de inmigración con la ayuda de un abogado.

La deportación sumaria también ha puesto a aquellos que buscan asilo en riesgo de ser enviados de regreso a su país donde pueden enfrentar persecución. Lo cual también quebranta los convenios que sobre derechos humanos ha ratificado Estados Unidos.

De acuerdo a las regulaciones migratorias estadounidenses, es obligación de un inspector de inmigración referir a un inmigrante indocumentado a una entrevista a la cual le denominan de miedo creíble, si la persona indica una intención de pedir asilo, miedo a la tortura, o miedo a regresar a su país de origen.

El oficial de inmigración debe preguntar sistemáticamente si la persona que está entrevistando tiene temor de regresar a su país de origen. Si el oficial de asilo al cual ha sido referido por el inspector de inmigración reafirma el miedo creíble, el individuo será puesto en procedimiento de deportación ante un juez y tendrá la oportunidad de solicitar relevo o cancelación de deportación en la forma de asilo, si no le creen lo deportan como cualquier inmigrante indocumentado.

En un procedimiento mucho menos utilizado, la deportación normal, los inmigrantes arrestados generalmente tienen derecho a una audiencia ante un juez y pueden tener un abogado. Pero por ser un procedimiento administrativo, la ley no le da derecho a un abogado designado por el Gobierno a los migrantes objetos de esta

deportación. El acceso a abogados de las organizaciones de servicio social se hace crucial, ya que a menudo es la única forma que los inmigrantes indigentes tienen de acceder a una asistencia legal respecto a sus derechos.

El gobierno estadounidense mantiene una discreción significativa en la decisión de no mantener a los inmigrantes en detención mientras sus procedimientos de inmigración están pendientes, a pesar que desde los años 80, la detención se ha convertido en una estrategia central de aplicación para desincentivar la inmigración ilegal. Este enfoque carcelario ha sido reforzado gradualmente a través de los años. En 1996, los cambios drásticos de la ley de inmigración ampliaron la detención y la deportación obligatoria de los inmigrantes.

En 2006, el Departamento de Seguridad Nacional le prometió al Congreso terminar con la criticada política de apresar y liberar, la cual se refiere a la práctica de la patrulla fronteriza de dejar en libertad a detenidos no ciudadanos, generalmente no mexicanos, deportables en la espera de la resolución de sus casos de inmigración.

Debido a que muchos inmigrantes simplemente no aparecían en sus audiencias de inmigración. El Servicio de Inmigración y Control de Aduanas puso fin a esta política y ahora aplica una política de detención casi sistemática de inmigrantes que esperan su audiencia, esto ha creado un crecimiento explosivo en los centros de detención de esta dependencia estatal.

Los inmigrantes no siempre tienen la posibilidad de desafiar la legalidad de su detención o de cuestionar la determinación de su estatus, esto viola el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civil y Políticos el cual sostiene que: "cualquier individuo que es privado de su libertad por arresto o detención debe tener derecho a llevar su procedimiento ante una corte, de manera que la corte decida sin demora respecto a la legalidad de su detención y ordene su libertad si la detención es ilegal".

Estos procedimientos sumarios ocurren a pesar de la jurisprudencia establecida de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América sostiene que cualquier individuo cuya presencia en el territorio sea ilegal tiene derecho a la protección constitucional bajo las enmiendas 5ª y 14ª. Esto significa que los no ciudadanos que no han sido hallados culpables de ningún crimen o que no son detenidos por razones criminales deberían ser protegidos de condiciones de detención punitivas sin el debido proceso de la ley. Sin embargo, el derecho a un debido proceso de los inmigrantes se minimiza y algunas veces es inexistente. Aquellos que sólo han cometido una ofensa civil no son diferenciados sistemáticamente de la población criminal, especialmente cuando son detenidos en cárceles locales.

Las redadas sorpresa son otro instrumento utilizado para atrapar a indocumentados. Así se han dado casos como el ocurrido en 2006 en donde se practicó una inspección en la empacadora de carne Swift and Company, la segunda empresa de este tipo más grande del mundo, y que dejó como saldo 1,300 detenidos a lo largo de 6 Estados. Del total de detenidos 536 eran guatemaltecos.

Otra situación similar se dio en la empacadora de carne Agriprocessors en Postville, Iowa, donde 200 agentes federales apresaron a 389 trabajadores inmigrantes, entre ellos personas con 15 años de laborar para esa empresa.

“Luego se dio a conocer que Agriprocessors fue multada por violar las regulaciones de salud, seguridad y laborales, además de contribuir a la contaminación ambiental y por trato inhumano hacia los animales. Al respecto, Frank Sharry, director ejecutivo de America’s Voice una organización estadounidense que promueve una reforma migratoria, dijo que la idea de atemorizar a los trabajadores migrantes y sus familias para que huyan del país es repugnante”⁴⁰.

⁴⁰ Orozco, Andrea. Xenofobia: Mal que Afecta a Migrantes Guatemaltecos. En: Diario La Hora del 3 de febrero de 2010. Página 5.

4.1. La detención y deportación de guatemaltecos desde Estados Unidos

A partir del endurecimiento de las políticas estadounidenses contra la migración ilegal, los agentes migratorios de los Estados Unidos de América están deportando más personas cada día. Algunas de esas personas son capturadas en la frontera. Pero, muchos de ellos son personas que han vivido años en ese país, tienen familias allí y que tiene muy pocos lazos con sus países de origen.

El primer incremento importante de deportados guatemaltecos desde los Estados Unidos ocurrió después del año 1996. El segundo ocurrió en el año 2003. Esos dos años marcaron cambios importantes en los Estados Unidos. En 1996, el Presidente Bill Clinton firmó dos leyes que provocaron un aumento de la cantidad de personas deportadas de los Estados Unidos. En el 2003, se formó el Departamento de Seguridad Nacional con el objetivo de reforzar el cumplimiento de las leyes migratorias.

De cada mil personas deportadas diariamente de los Estados Unidos, aproximadamente 77 son de origen guatemalteco. Después de México y Honduras, Guatemala es el país a donde llega el número más grande de deportados de suelo estadounidense. En el año 2008, fueron deportados 27,594 guatemaltecos.

Hasta 1952, La base de la política de migración estadounidense era la Ley de Inmigración y Nacionalidad, pero la legislación se amplió en 1996, al ser promulgadas la Ley Contra el Terrorismo y de Pena de Muerte Efectiva, así como la Ley de Inmigración Ilegal y Responsabilidad del Inmigrante, concebidas como medidas disuasorias para los terroristas.

Una de las disposiciones más controvertidas de la Ley contra el Terrorismo y de Pena de Muerte Efectiva es la que consiste en ampliar las categorías de actividad delictiva en virtud de las cuales se puede expulsar a los migrantes, documentados o indocumentados.

Según esta ley, delitos menores como el hurto pueden justificar la deportación de un individuo, después de cumplir sentencia, aunque se trate de un residente casado con una o un ciudadano estadounidense y que tenga hijos e hijas de nacionalidad estadounidense, con lo cual se contraviene la Convención sobre los Derechos del Niño y el Artículo 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que defiende el derecho a la vida familiar y los derechos de la niñez.

La denominada Ley Patriota de 2001 ha levantado serios problemas de orden constitucional y de derechos humanos, porque la misma concede nuevas competencias al Fiscal General del Estado que puede así certificar y detener por tiempo indefinido a extranjeros considerados como terroristas, competencia que se amplía al Organismo Ejecutivo, no siendo relevante que exista una decisión judicial contraria. Las normas y excepciones que se aplican a la deportación han adquirido carácter retroactivo, en casos de terrorismo.

Esta nueva legislación quebranta incluso la Constitución estadounidense, especialmente lo relativo a cuarta enmienda relativa a las órdenes sobre allanamientos y decomisos, la quinta que garantiza el debido proceso y la sexta relativa a los derechos del acusado

La deportación es una consecuencia automática de una sentencia mayor a un año. En los casos de deportación por motivos criminales, los jueces no pueden ver los años que una persona ha vivido en los Estados Unidos, tampoco si la persona tiene lazos o no en su país de origen.

En 1996 al aprobarse la Ley de Responsabilidad del Inmigrante y la Reforma de Inmigración Ilegal, se incrementó la deportación de personas en 1997 a 114,432, dos veces más que los que fueron deportados en el año 1995. En 1998, esta cifra llegó a 174,813. Ahí se mantuvo hasta 2003, con la creación del Departamento de Seguridad Nacional y la inserción de grandes sumas de dinero en el cumplimiento de las leyes migratorias.

“Guatemala ha visto los resultados de los incrementos de deportados en años recientes, que van desde 7,029 en 2004; 28,051 en 2008 y de 27.222 en el 2009, según la Dirección General de Migración. Algunos de los deportados son personas encontradas en la zona fronteriza, mientras otras son personas que han vivido muchos años en los Estados Unidos. En el 2006, el 24 por ciento de los deportados habían vivido más de un año en los EEUU, y un 12 por ciento habían vivido más de cinco años en los Estados Unidos”⁴¹.

En Estados Unidos, las condiciones de intercepción varían dependiendo de la modalidad en la que las mismas se llevan a cabo por parte de las autoridades de este país, así como de los lugares que se realizan.

De acuerdo a las entrevistas realizadas a migrantes guatemaltecos deportados desde ese país por parte de la Mesa Nacional del Migrante, éstos informan que: “cuando las intercepciones se dan en el paso fronterizo, sobre todo habiendo recorrido el desierto de Arizona, las autoridades estadounidenses por lo general no incurren en malos tratos hacia ellos”⁴².

Esta situación es diferente, cuando la detención de los migrantes irregulares se lleva a cabo a través de redadas en los lugares de trabajo o intercepciones en calles o barrios cercanos a su vivienda, en donde la detención la están realizando las agentes del servicio de inmigración y aduanas, la cual responde a la política de persecución a la población migrante indocumentada en Estados Unidos. Esta fuerza estatal, actúa en colaboración con los policías federales en diferentes Estados del país contra la población migrante de manera indiscriminada, violando los derechos de libre movilidad, integridad física y debido proceso.

⁴¹ Golash, Tanya *La Edad del Exilio: Guatemaltecos Deportados desde los Estados Unidos*. Ed. MENAMIG. Guatemala, 2009. Página 6.

⁴² Bezares, Cobar, Patricia. *Diagnóstico Actualizado sobre Procedimientos de Intercepción, Detención, Deportación y Recepción de Migrantes en Guatemala*. Página 77.

Durante el proceso de detención, que puede durar de uno a cuatro meses, cambian a los migrantes en diferentes momentos de lugares de detención, en los que se procede inicialmente a mantenerlos, tanto a hombres como mujeres, en cuartos fríos o calabozos en donde el tiempo de estancia en esas condiciones varía de varias horas hasta varios días y luego son trasladados a celdas grandes pero colectivas, en donde cuentan con literas y no en todos los casos les proporcionan cobijas para taparse. Además, en esos centros, la mayoría de agentes estadounidenses les da un trato abusivo, agresivo y racista, sobre todo cuando son hispanos los detenidos.

La comida que le proporcionan en estos centros de detención, se limita a un emparedado y a tambos de agua pura por tiempo de comida y en casos extremos, como en el centro de detención de Willey, Texas, les dan comida a medio cocer o pasado de tiempo ya en mal estado.

“En este sentido, se quejan de que la actuación consular por parte de los consulados de Guatemala en los diferentes Estados es deficiente o casi nula, sobre todo en el caso de Texas, donde señalan que el Cónsul no los visita y cuando preguntan a las autoridades del centro de detención por esta autoridad, les indican que el Cónsul anda de viaje, por lo que solamente puede llegar al centro dos veces al mes sin saberse la fecha en que se dará la visita lo cual en varios casos retarda su proceso de deportación y prolonga el período de detención, a diferencia de la actuación consular de El Salvador y Honduras, que visitan regularmente a sus connacionales, por lo que tienen programados los días de visita”⁴³.

La gran mayoría de las personas guatemaltecas deportadas, lo son por falta de estatus legal en los Estados Unidos o bien siendo residentes legales permanentes cometen algún crimen y, por consecuencia, se les quitan los papeles.

⁴³ Ibid. Página 78.

En algunos casos, las personas guatemaltecas deportadas de los Estados Unidos son obligadas a dejar a niños en dicho país. Siendo algunos hijos con el estatus de ciudadanos estadounidenses, mientras que otros son indocumentados o residentes. En algunos casos, los niños son dejados sin sus padres y son sometidos a la carga del estado. En otros, se quedan con tíos y tías u otros familiares y en algunos los niños son enviados a Guatemala para reunirse con sus padres deportados.

"Muchos deportados se regresan luego a los Estados Unidos. No se sabe cuántos deciden quedarse en Guatemala, ni cuáles son las características de dichas personas. Puede ser que las personas que fueron devueltas en la frontera, como las personas que vivieron muchos años se sientan obligadas a regresar. Es posible que las personas deportadas intenten hacer su vida aquí y, al ver que no pueden, se regresan. También puede que haya personas que regresan por la violencia que se da en los centros urbanos. Asimismo no se sabe quién se queda ni quién se va. Por eso, es sumamente difícil hacer un perfil de los deportados en Guatemala".⁴⁴

4.2. Fundamentos Jurídicos para la Protección del Migrante en Situación Irregular en Estados Unidos de América

Es importante establecer que jurídicamente, el migrante que llegue a tierra estadounidense debiera ser tratado con respeto como cualquier ciudadano, no importando su situación migratoria, porque de acuerdo a los principios constitucionales de ese país y a la Declaración Universal de los Derechos Humanos que ha ratificado, por el hecho de ser humano, el Estado tiene que garantizarle el máximo respeto a su calidad de persona.

Si bien es cierto que en el caso estadounidense, no ha ratificado la mayoría de los convenios sobre derechos humanos, en relación a los migrantes indocumentados, el gobierno estadounidense debiera respetar los derechos de los migrantes, tanto de

⁴⁴ Ibid. Página 8.

los que ingresaron de acuerdo a la normativa de ese país, como de los que se encuentran en situación irregular, porque de acuerdo al derecho convencional internacional, que surge de los acuerdos que firman los Estados miembros de los organismos internacionales del cual Estados Unidos de América es parte, a las personas en general se le reconocen derechos humanos inalienables, comenzando con los que promulga la Declaración Universal de Derechos Humanos, asimismo, porque Estados Unidos forma parte de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, la cual contiene esos principios básicos.

De igual manera, las autoridades migratorias estadounidenses no deben plantearle al migrante irregular la deportación voluntaria, porque el derecho internacional de los derechos humanos consagra normas mínimas de debido proceso aplicables a toda situación en que se determinen los derechos de una persona.

En este sentido se tiene que el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y sus equivalentes en otros instrumentos internacionales, establecen la obligación de respeto y garantía de los derechos que todo Estado signatario tiene. El artículo 2 de este mismo instrumento, por otra parte, impone a los Estados la obligación de adecuar su ordenamiento normativo a los derechos que allí se enumeran.

En conjunto, estas dos normas significan que aun cuando Estados Unidos en su organización judicial o su legislación procesal no contemple mecanismos de protección de los derechos, debe crearlos y hacerlos accesibles a toda persona sujeta a su jurisdicción. Además, si tales mecanismos existen pero no son eficaces por variadas circunstancias, Estados Unidos está obligado a reformarlos de modo que se constituyan en vehículos eficaces para la satisfacción de esos derechos para los migrantes, especialmente los que se encuentran en situación irregular.

Los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tradicionalmente se han asociado con una doctrina en desarrollo sobre garantías

judiciales y protección judicial de los derechos humanos. Esos artículos se aplican a toda situación en que se deba determinar el contenido y alcance de los derechos de una persona sometida a la jurisdicción del Estado parte, que en este caso obliga a Estados Unidos, ya sea que se trate de materias penales, administrativas, fiscales, laborales, de familia, contractuales o de cualquier otra índole. Por lo tanto, esas normas constituyen un piso mínimo de debido proceso al que tienen derecho todos los inmigrantes en ese país, cualquiera que sea su situación.

"En la esfera penal también se aplica el derecho a un recurso rápido que prevé el artículo 25 de la *Convención Americana*. Ese detallado catálogo de garantías es ley vigente en todos los países americanos, ya sea a través de la incorporación del tratado al derecho interno, o bien por la vigencia de normas constitucionales o legales de contenido similar. Si en algunos países algunas de esas normas se aplican deficientemente, ello afectará tanto a los inmigrantes como a los nacionales".⁴⁵

A partir de estos fundamentos jurídicos, es que se exige el establecimiento de medidas que aseguren el derecho de los migrantes en Estados Unidos, cualquiera sea su estatus, a un juicio justo, atendiendo a la particular vulnerabilidad de quienes enfrentan un procedimiento penal en ese país, muchas veces donde el migrante se encuentra ante un sistema judicial extraño.

A partir de la normativa internacional sobre derechos humanos, es preciso asegurar que el acusado entienda los cargos que se le formulan y el contenido exacto de los derechos procesales que tiene a su disposición. Para ello es importante asegurar la traducción y explicación de conceptos jurídicos en un idioma que el acusado entienda, a costa del Estado, lo cual no se realiza cuando se les plantea el juicio sumario o la deportación voluntaria, puesto que en muchos casos el documento que firman se encuentra redactado en inglés y con tecnicismos jurídicos propios del

⁴⁵ Alliney. *Ob. Cit.* Página 19.

sistema anglosajón, por lo que resultan firmándolo desconociendo completamente su significado.

Otro aspecto en materia penal, es la existencia de mecanismos de derecho interno para asegurar un acceso consular oportuno y facilitar la asistencia que los funcionarios consulares de su país estén en condiciones de brindar. Este principio está claramente explicitado, como obligación internacional de los Estados, en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que ha sido ratificada por Estados Unidos de América, por lo que debe cumplir con su compromiso adquirido.

“De cualquier modo, existe un amplio acuerdo sobre el carácter de derecho internacional consuetudinario de esta norma sobre relaciones consulares. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ratificado en la Opinión Consultiva OC-16, que esta regla comporta un derecho subjetivo del que es titular todo extranjero sometido a proceso, y que la falta de cumplimiento vicia de nulidad el procedimiento penal respectivo, por violación de los principios del debido proceso de ley”⁴⁶.

De igual forma, es importante destacar las condiciones de detención de los trabajadores migratorios y sus familias. A los Estados les cabe la responsabilidad de garantizar que los extranjeros detenidos, sobre todo aquellos retenidos por razones administrativas, no sean expuestos a condiciones que atenten contra sus derechos fundamentales y puedan poner en riesgo su integridad física o su vida. Esta previsión también aparece en el conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, aprobado por Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1988 y ratificada por Estados Unidos.

Asimismo, para aquellos trámites o procesos de índole no penal a que pueda verse sometido un trabajador migratorio, debe regir también una valoración de debido

⁴⁶ **Ibid.**

proceso. Ciertamente, ello no significa que las mismas garantías que son indispensables en un proceso penal deban aplicarse, por ejemplo, a la determinación de sanciones por infracciones de tránsito. Sin embargo, en todos los casos en que está en juego el goce efectivo de un derecho o un interés legítimo, las decisiones de la autoridad pública deben adoptarse sólo después de que el interesado sea debidamente escuchado por las autoridades.

Esa valoración de debido proceso depende del resultado que se puede esperar del proceso mismo. En el derecho penal el acusado puede perder su libertad (y en algunos países y casos su vida) y por eso ahí las garantías son las máximas que el derecho contemporáneo ha creado para evitar injusticias.

A medida que se desciende en el orden de importancia de los valores en juego, los contenidos del debido proceso legal pueden ser menores, en medidas compatibles con el principio general y también con la celeridad y eficacia de las decisiones de la autoridad.

Este principio de debido proceso, con este grado de flexibilidad, debe aplicarse no sólo en las decisiones jurisdiccionales sino también en las que adoptan las autoridades administrativas en la esfera de su competencia. Estos enunciados son apenas el principio de que un mínimo de debido proceso es necesario aún en el ámbito del derecho administrativo, como lo estableció la Comisión Europea de Derechos Humanos en el Caso Hortolomei v. Austria en abril de 1998.

En el análisis de las determinaciones del estatus de los inmigrantes y de las medidas de exclusión, deportación o expulsión que aplican las autoridades de Estados Unidos, en ejecución de su política migratoria, es donde el debido proceso aplicable adquiere una gran relevancia, porque el derecho internacional de los derechos humanos no limita las atribuciones soberanas de los Estados a determinar su política migratoria ni a controlar sus fronteras, incluyendo el control de flujos de personas.

Entonces, la política migratoria estadounidense jurídicamente está condicionada sólo al respeto general de los derechos humanos y, dentro de éstos, a las garantías del debido proceso. Sobre la cantidad de garantías y su relación con el valor o derecho en juego en cada caso, lo que los trabajadores migratorios y sus familias arriesgan en procesos de exclusión o deportación es mucho.

La determinación de estatus del trabajador migratorio en suelo estadounidense tiene consecuencias en términos de sus posibilidades de sobrevivir, de trabajar en condiciones dignas, y de alimentar y educar a su familia. Se afecta también su derecho a la vida familiar y a la protección especial de sus hijos menores.

En la práctica migratoria estadounidense, el procedimiento para determinar la *situación jurídica del migrante detenido* tiene efectos directos sobre su libertad personal, porque mientras dura el trámite de deportación se encuentra detenido. Por ello, el valor en juego en estos trámites es similar al de la libertad, o por lo menos más cercano a ella que lo que puede verse afectado por el resultado de otros procedimientos administrativos o judiciales. En consecuencia, el proceso que es debido debe satisfacer un piso mínimo bastante completo de garantías. Las prácticas llevadas a cabo en Estados Unidos evidencia la ausencia de normas mínimas del debido proceso aplicables a la determinación de la situación, exclusiones y deportaciones.

Las decisiones en materia migratoria no pueden ser delegadas a funcionarios policiales o administrativos no especializados. El funcionario que toma esas determinaciones debe ser responsable ante la ley, ante sus superiores jerárquicos, y ante organismos de control horizontal, por la legalidad de las mismas.

Su nombramiento y ubicación en la estructura administrativa del Estado deben estar rodeados de garantías de imparcialidad y protegidos contra posibles presiones e influencias. Aunque lo más adecuado es que estas decisiones deben ser tomadas exclusivamente por los jueces, resulta compatible con el derecho internacional de los

derechos humanos que estas decisiones se confíen a funcionarios administrativos. En ese caso, sin embargo, tales funcionarios deben reunir las características de imparcialidad y responsabilidad mencionadas.

En estos procedimientos el trabajador migratorio debe tener y gozar efectivamente del derecho a ser escuchado, para alegar lo que estime correspondiente y así defender su derecho a no ser deportado. Este derecho a una audiencia debe extenderse a su capacidad para conocer y contradecir la prueba que se ofrezca en su contra, y para ofrecer y producir pruebas pertinentes, así como la oportunidad razonable para hacerlo.

La normativa internacional sobre derechos humanos, pretende garantizarse que el inmigrante, cualquiera que sea su estatus, entienda el procedimiento al que está sujeto, incluidos los derechos procesales que le asisten. A tal fin, de ser necesario, deben ofrecerse servicios de traducción e interpretación en el idioma que la persona entienda, lo que muchas veces ocurre pero a partir de que son las organizaciones no gubernamentales o las denominadas redes sociales las que brindan ese servicio de manera gratuita porque el migrante no tiene recursos para pagarlo.

Lo mismo sucede con el derecho de la persona presuntamente deportable de contar con la posibilidad de ser representado por un abogado de su elección, o bien de personas idóneas en la materia. Tal vez no sea exigible que el Estado provea una defensa profesional gratuita, como en materia penal, pero al menos debiera ofrecerse representación gratuita a los indigentes.

Aunque es lícito que estas decisiones se adopten en la esfera administrativa, en todos los casos debe haber posibilidad de revisión judicial de las decisiones, aunque no se trata de que cada decisión administrativa de deportación deba ser examinada de nuevo por la justicia, pero sí que los jueces deben reservarse un mínimo de control de legalidad y de razonabilidad de las decisiones del poder administrador,

para satisfacer el deber de garantía del Artículo 1.1 y el derecho a un recurso rápido y eficaz previsto en el artículo 25 de la Convención Americana.

Las convenciones de derechos humanos permite exigirle al gobierno estadounidense, garantizarle que las personas detenidas reciban un trato humano y que las condiciones de su detención no pongan en riesgo su salud o su vida. Las condiciones de detención deben satisfacer los estándares mínimos fijados por las normas internacionales como la Convención Contra la Tortura y Trato Cruel, Inhumano o Degradante, y los Acuerdos de Naciones Unidas sobre Condiciones Mínimas para el Tratamiento de Prisioneros, entre otros instrumentos.

Estas garantías del debido proceso que se han revisado, resguardan los derechos de los trabajadores migratorios sometidos a procedimientos judiciales en Estados Unidos; asimismo, contribuirían enormemente a dar certeza y seguridad jurídica a las decisiones en materia de deportación.

4.3. La Importancia de la Convención Internacional sobre Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias, en la Deportación de Guatemaltecos en Situación Irregular en los Estados Unidos de América

La importancia de la Convención Internacional sobre Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias en la deportación de guatemaltecos migrantes ilegales, se debe a que en la misma, se refuerzan los derechos para los migrantes ya existentes en la materia, por ejemplo las Convenciones 97 y 143 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los trabajadores migratorios, que se aprobaron en 1949 y 1975 respectivamente.

La novedad que contiene es que estipula que los derechos de los trabajadores indocumentados deben ser protegidos del mismo modo que los de los migrantes con documentación, pero no crea nuevos derechos ni afecta la soberanía de los Estados receptores.

Esta Convención reconoce los derechos de los familiares de los migrantes y recomienda medidas a favor del reagrupamiento familiar, tal como lo estipula, entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual ha sido ratificado por Estados Unidos, siendo por ello de aplicación obligatoria en ese país.

La Convención apunta sobre todo a impedir las condiciones de vida y trabajo inhumanas, así como los malos tratos físicos, sexuales y degradantes; a garantizar el derecho de los trabajadores migratorios a la libertad de opinión, expresión y religión; a garantizar a todos los trabajadores migratorios una protección eficaz contra todo tipo de violencias, daños corporales, amenazas o intimidaciones por parte de funcionarios, particulares, grupos e instituciones; a garantizar a los trabajadores migratorios el acceso a la información sobre sus derechos; y a garantizar el derecho de los trabajadores migratorios a participar en actividades sindicales.

Estos derechos se reiteran en Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y el Protocolo a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, todos ellos ratificados por Estados Unidos, lo cual implica que aun cuando este país no ha ratificado la Convención Internacional Sobre Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias, los fundamentos jurídicos de la misma se encuentran dispersos en estos otros convenios sobre derechos humanos.

Lo que establece el artículo 10 de la Convención Internacional Sobre Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias, es que ningún trabajador migratorio o familiar suyo será sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, siendo lo novedoso que incluye a la familia y no solamente al migrante como los otros convenios.

Varios artículos de la Convención defienden los derechos de los trabajadores migratorios a permanecer en contacto con sus respectivos países de origen, así como a regresar a ellos definitiva o pasajeramente, participar en su vida política y efectuar transferencias de dinero. En este último caso, el artículo 15 es explícito al establecer que: "Ningún trabajador migratorio o familiar suyo será privado arbitrariamente de sus bienes, ya sean de propiedad personal exclusiva o en asociación con otras personas. Cuando, en virtud de la legislación vigente en el Estado de empleo, los bienes de un trabajador migratorio o de un familiar suyo sean expropiados total o parcialmente, la persona interesada tendrá derecho a una indemnización justa y apropiada". Se trata de que bajo el principio constitucional estadounidense de la primacía de la propiedad privada y la libertad individual, los defensores de los migrantes, sean de organizaciones no gubernamentales o de los consulados, oriente, apoyen y promuevan a los migrantes detenidos, capturados y deportados se les mantenga el derechos sobre los bienes que adquirieron, si lo hicieron, durante su estancia en ese país, lo cual es viable y posible mientras los mismos no sean de ilícito origen.

Para luchar con más eficacia contra la explotación de los trabajadores que carecen de documentación legal, la Convención propone que se adopten medidas para erradicar los movimientos migratorios clandestinos, contrarrestando las incitaciones emigrar clandestinamente e imponiendo sanciones a los traficantes y empleadores de trabajadores migratorios en situación ilegal. En esta propuesta, hasta los Estados Unidos están de acuerdo, porque en sus comunicados oficiales, han planteado que los Estados y los organismos internacionales o regionales como la Organización de Estados Americanos deben promover y fomentar la migración regulada, como ejemplo de ello, es que en varias de las propuestas sobre reforma migratoria que han hechos senadores y funcionarios públicos estadounidenses, han planteado el fortalecimiento de la opción que representa la migración temporal pero controlada, como alternativa a la ilegal y sin control estatal.

La Convención Internacional sobre Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias, puede ser aplicable en los procesos de captura, detención y deportación de los guatemaltecos migrantes ilegales en Estados Unidos, porque aun cuando este país no la ha ratificado, la misma contiene derechos que son parte de la legislación consuetudinaria de este país, por lo que se trata de que el Ministerio de Relaciones Exteriores fomente que los cónsules y demás funcionarios guatemaltecos en Estados Unidos, tengan pleno conocimiento de las leyes estadounidenses, comenzando por las enmiendas constitucionales, en las cuales se reconocen derechos a los migrantes, tal como lo establece la jurisprudencia establecida por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, la cual sostiene que cualquier individuo cuya presencia en el territorio sea ilegal tiene derecho a la protección constitucional bajo las enmiendas 5ª y 14ª.

CONCLUSIONES

1. A nivel internacional existe una amplia gama de normativas ratificadas por la mayoría de los Estados, las cuales le brindan protección especial a los migrantes sean o no legales; sin embargo, debido al predominio de las visiones realistas y de seguridad nacional en los Estados receptores del flujo migratorio, se continúan violando los derechos humanos de las personas migrantes, especialmente lo relativo al respeto a su dignidad, trabajo digno y debido proceso, lo cual los Estados de origen ni los organismos internacionales han logrado evitar.
2. En el caso de las autoridades de migración estadounidense, se ha comprobado que de manera abierta asumen una actitud discriminatoria contra cualquier persona de origen latino aunque la misma radique legalmente en ese país, debido principalmente a que la política migratoria de ese país se orienta hacia una estrategia de detención de los flujos migratorios ilegales, con lo cual buscan reducir la oferta de mano de obra barata sin dejar que la misma continúe, pero que no se les vuelva un problema de seguridad nacional.
3. A partir de que Estados Unidos de América ha ratificado algunos tratados que protegen los derechos de los migrantes y que su legislación constitucional obliga a los tribunales de justicia a garantizarle a cualquier persona, migrante o no, el libre acceso a un juicio justo, las personas capturadas y detenidas pueden exigir que se haga efectiva esa legislación, pero debido a su situación ilegal muchas veces prefieren ser deportados antes que defender sus derechos.
4. Se ha comprobado que una política de defensa de los migrantes acompañada de liderazgo en los representantes de los Estados de origen de las personas ilegales, permite reducir los abusos en contra de las personas en tránsito, así como de las que radican en el país receptor, prueba de ello ha sido los logros

del gobierno mexicano quien ha conseguido reducir los efectos negativos de la captura, detención y deportación de sus ciudadanos a partir de ser garante de la implementación de los convenios bilaterales que en esa materia ha celebrado con Estados Unidos.

5. De igual manera, varios de los derechos que reconoce la *Convención Internacional sobre Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias* se pueden operacionalizar en el proceso de captura, detención y deportación de los guatemaltecos desde Estados Unidos, puesto que esta Convención no ha creado nuevos derechos, sino que ha ampliado aquellos reconocidos en los tratados o convenciones vigentes a favor de los extranjeros, los migrantes y los trabajadores, por lo que se trata más de que el liderazgo consular guatemalteco en Estados Unidos promueva que estos derechos, como el debido proceso y un juicio justo, sean garantizados por los agentes de migración estadounidense.

RECOMENDACIONES

1. Que las representaciones consulares del Ministerio de Relaciones Exteriores, asuman con responsabilidad y liderazgo la verificación de los procesos de captura, detención y deportación de migrantes guatemaltecos, sean legales o no, para que los mismos se realicen bajo el principio del respeto de la dignidad humana y debido proceso, para lo cual deben establecer una estrecha coordinación con las autoridades migratorias de Estados Unidos, para que éstos permitan al delegado guatemalteco comunicarse con las y los guatemaltecos desde el momento de su captura.
2. Que el Estado guatemalteco consolide al Consejo Nacional de Atención al Migrante de Guatemala –CONAMIGUA- para que el mismo asuma su función de atención y protección de los derechos humanos y garantías individuales de los guatemaltecos en el extranjero, especialmente en Estados Unidos, lo que le permita incidir en los funcionarios de alto nivel del sistema migratorio estadounidense, para que estos ordenen y verifiquen el cese de las violaciones a los derechos de los migrantes, especialmente los que son capturados y deportados sin ser escuchados por juez competente ni agotar las instancias legales de ese país.
3. Que el Estado de Guatemala a través de la Secretaría de la Paz, del Ministerio de Educación y demás dependencias estatales con cobertura nacional, desarrollen campañas informativas acerca de los riesgos de la migración ilegal, para que la ciudadanía comprenda el alto costo que implica esa travesía y las posibilidades de muerte durante el trayecto.
4. Que el Estado guatemalteco promueva e implemente convenios bilaterales con los Estados Unidos Mexicanos, para que el gobierno de este país les brinde protección especial a los migrantes ilegales guatemaltecos que estén

de tránsito hacia Estados Unidos, para evitar que las fuerzas de seguridad y los agentes de migración cometan abusos en contra de ellos.

5. Que el Estado guatemalteco promueva más convenios bilaterales con Canadá, Estados Unidos y México, para lograr mayores cuotas de visas para migrantes temporales al sector agrícola, así como trabajos temporales para personas calificadas y profesionales, con lo cual les dará una opción a aquellos guatemaltecos y guatemaltecas que deseen migrar pero que lo hagan de una forma segura, bajo la protección y tutela del gobierno de Guatemala y la contraparte de esos Estados.

BIBLIOGRAFÍA

Alarcón, Rafael. **El Retorno de los Migrantes**. Ed. El Colegio de la Frontera Norte. Tijuana, Baja California. 2008.

Alliney, María Cristina y Sandra Silvia Senn. **Situación Laboral de los Trabajadores Migratorios**. Ed. ASET. Argentina, 2001.

Bezares, Cobar, Patricia. **Diagnóstico Actualizado sobre Procedimientos de Intercepción, Detención, Deportación y Recepción de Migrantes en Guatemala**. Ed. MENAMIG. Guatemala, 2007.

Golash, Tanya **La Edad del Exilio: Guatemaltecos Deportados desde los Estados Unidos**. Ed. MENAMIG. Guatemala, 2009.

Grange, Mariette. **Importancia e Impacto de la Convención Internacional para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares**. Ed. Comisión Católica Internacional de Migración. Veracruz, 2005.

Lean Lim, Lin. **Crecimiento Económico, Interdependencia y sus Implicaciones en la Migración Internacional**. Revista de Migración Internacional, Número 38. Ginebra, 1998.

Linard, Arnold. **Migración y Globalización. Los Nuevos Esclavos**. Ed. Gimtrab. México, 2004.

Rodríguez Pizarro, Gabriela. Comisión de Derechos Humanos. Grupos Específicos e Individuos: **Trabajadores Migrantes**. Editorial OIM. Ginebra, 2000.

Reynieri, Eberth. **Migrantes en Empleos Irregulares en los Países Mediterráneos de la Unión Europea**. Revista de Migración Internacional Número 41. Ginebra, 2001.

Stalker, P. **Trabajadores sin Fronteras. El Impacto de la Globalización Sobre la Migración Internacional.** Ed. OIT. Ginebra, 2000.

Taran, Patrick y Eduardo Geronimi. **Marco Jurídico para las Migraciones.** Revista Futuros. México, 2004.

Zegers de Beijl, R. **Documenting discrimination against migrant workers in the labour market.** Ed. OIT, Ginebra, 2000.

Documentos:

División de Población de las Naciones Unidas. **Migraciones de reemplazo: ¿Una solución ante la disminución y el envejecimiento de las poblaciones?** ONU. Nueva York, 2000.

Naciones Unidas. **Activities of Intergovernmental and Non-governmental Organizations in the Area of International Migration; Report of the Secretary General.** Nueva York, 1997. Documento E/CN.9/1997/5.

Organización Internacional para las Migraciones –OIM-. **Evolución de la Protección Jurídica de los Trabajadores Migratorios en el Derecho Internacional.** OIM. New York. 2001.

Organización Internacional del Trabajo –OIT-. **Trabajadores Migrantes. Informe III (Parte 1B).** OIT. Ginebra, 1999.

Orozco, Andrea. **Xenofobia: Mal que Afecta a Migrantes Guatemaltecos.** En: Diario La Hora del 3 de febrero de 2010.