

*El pleno acceso al derecho humano protector
del trabajo de los migrantes latinoamericanos*
*Full Access to Human Rights that is a
Protector of Latin American Migrants Work*

Ángel Guillermo Ruiz Moreno*

* Doctor *cum laude* en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad San Pablo-CEU de Madrid, España. Investigador nacional de nivel III del SNI-CONACYT. Coordinador del Doctorado en Derecho de la Universidad de Guadalajara. Presidente Internacional de la Asociación Iberoamericana de Juristas de Derecho del Trabajo y de la seguridad Social “Dr. Guillermo Cabanellas” (AIJDTSSGC). Presidente de la Academia Mexicana de Derecho del Trabajo y de la Previsión Social (AMDTPS).

Lex



Caminantes del Ande.

RESUMEN

Todo individuo, tenga o no papeles que acrediten su legal estancia en el país al que migra en búsqueda de empleo, sea que cuente o no con el permiso expreso del Gobierno del país receptor que le autorice a laborar en su territorio, por el simple hecho de ser persona humana, tiene derechos fundamentales irrenunciables e inalienables que lo siguen a donde quiera que el individuo vaya, materializándose una portabilidad de derechos humanos que obliga al país receptor a tratarlo con pleno respeto a su dignidad. Más todavía, por ilegal que sea el internamiento a un país distinto, sea por el motivo que fuere, así no sea para laborar, el individuo sigue disfrutando de derechos fundamentales inherentes a su condición humana, y por tanto, los mismos deben serle respetados en todo tiempo y lugar, sin que pueda argumentarse para no hacerlo razones tales como soberanía nacional o violación a normativas internas migratorias, pues el Derecho Internacional vigente protege tales derechos humanos, exigibles tanto al país de llegada como de suyo al de origen.

Palabras clave: *migración, derechos humanos, Derecho Internacional, trabajo, portabilidad de derechos.*

ABSTRACT

Every individual, has or hasn't papers proving their legal stay in the country to he/she migrates in search of work, is to count or not with the express permission of the government of the recipient country to authorize to work on their territory, for the simple fact being human person has inalienable and fundamental rights that follow them wherever they go, making reality the human rights portability that force the recipient country to treat with full respect for their dignity. More still, it doesn't matter if he/she is illegal in a different country, for whatever reason, and is not to labor, the individual continues to enjoy inherent being human fundamental rights, and therefore they should be respected always and everywhere, without it can be argued for not doing, reasons such as national sovereignty or violation of internal migratory regulations, because the current International Law protects human rights, due to both the country of arrival as yours at home.

Key words: *migration, human rights, International Law, labor, rights portability.*

Libre y para mí sagrado es el derecho de pensar. La educación es fundamental para la felicidad social; es el principio en que descansan la libertad y el engrandecimiento de los pueblos.

Benito Pablo Juárez García
"Benemérito de las Américas"

I. Introducción al tema abordado

En la segunda década del siglo XXI, resulta evidente que un conjunto de derechos, especialmente de los derechos sociales en cuyo elenco se encuentran el Derecho Laboral y el de la Seguridad Social, se han venido modificando en todo el planeta debido en buena medida al fenómeno de la globalización económica y a la perniciosa influencia de la crisis financiera mundial conocida como la *Gran Recesión*, que data de mediados de 2008, todo ello aunado a una serie de políticas públicas de desmantelamiento del otrora mítico *estado de bienestar* que han decidido adoptar los países con economías avanzadas a sugerencia de organizaciones internacionales capaces de influir en el resto de los países con sus recomendaciones, en la eventual adopción de medidas emergentes de corte económico.

Las dificultades financieras actuales han provocado una sensible reducción de los derechos sociales en lo general, afectando especialmente a grandes sectores de ciudadanos, quienes, inermes e impotentes, ven cómo se desmantelan poco a poco los otrora magníficos sistemas de protección social en los que habían depositado sus esperanzas de contar con un mejor futuro.

Los trabajadores asalariados afiliados a la seguridad social supusieron que sus derechos preadquiridos en el decurso de los años nada ni nadie podría ya quitárselos, pues daban por supuesto que las “reglas de juego” laborales y de seguridad social nacional eran inmutables y nunca retroactivas en su perjuicio. Se equivocaron los ciudadanos, o mejor dicho, como sociedad nos equivocamos todos.

Perdíamos de vista que las *expectativas de derecho* son solo eso, meras expectativas, y que a pesar de lo que sostenemos algunos juristas, la figura jurídica de la *latencia de derechos* —esto es, de aquellos derechos que se han venido acumulando a lo largo de la vida activo-productiva, pero que aún no se terminan de completar como requisitos de acceso a prestaciones laborales y de seguridad social— no sería reconocida a plenitud en su oportunidad, si acaso no por los seguros sociales que, pese a su autarquía, operan bajo las rígidas normas establecidas en su propio marco legal, al menos sí por nuestras autoridades judiciales como el único órgano capaz

de poner un dique de contención a las políticas públicas de los gobiernos y los legisladores de turno.

Por desgracia no ha sido así. La justicia social ha dado ya pruebas fehacientes en todo el planeta de que el sentido protector de la ciudadanía no está hoy día dentro de las prioridades de casi ningún Estado, demostrando con hechos algo que ya sabíamos como académicos: que la realidad es más dura, más veloz y más sabia que la ciencia del Derecho.

Por eso son pocos los seres humanos que pueden confiar y sentirse seguros con la seguridad social contemporánea, un sistema protector que se suponía debía protegerlos en épocas de necesidad; ese es, a nuestro entender como estudiosos e investigadores del tema, tal vez el mayor problema que afronta a inicios de la segunda década del siglo XXI el llamado empleo decente.

El resultado final de todo esto es constatar en los hechos que el *mercado* le va ganando la partida al *Estado*, “dinamitando” de paso una serie de derechos sociales que creíamos irreversibles, todo ello bajo el falso argumento netamente economicista de que los derechos sociales se han vuelto inefinanciables. Y claro está, de tales derechos sociales, el que más ha padecido ese injusto ataque frontal del neoliberalismo a ultranza y de sus perniciosos e injustos efectos privatizadores es sin duda el servicio público de la seguridad social, que se ha vuelto ya “negociable” (sic), por no decir que hasta prescindible, en el empleo precario que se ofrece en todo el planeta.

Por otra parte, el renovado interés por reanalizar la temática de los derechos sociales no es casual. Nació de esa especie de “reestructuración” de las sociedades contemporáneas, en esta era de la globalización feroz sin rostro humano que ha provocado el neoliberalismo recalcitrante, observándose ahora, en las nuevas políticas públicas adoptadas sobre todo por los países con economía emergente, hechos evidentes que excluyen sin más al conjunto de derechos sociales que fueron conquistados a sangre y fuego en la primera parte del siglo XX; derechos estos que lenta pero inexorablemente se consolidaron durante el período de la posguerra, y que al mismo ritmo, pero en sentido contrario, perdieron fuerza hasta llegar casi a diluirse en Europa, Asia y Latinoamérica.

Es posible entonces que al querer avanzar y acaso sin pretenderlo (esto, siendo sinceros, resulta muy poco probable pues en política no hay casualidades, sino *causalidades*), hemos venido retrocediendo hacia una evidente concepción decimonónica en el asunto de la protección social genérica en todo el planeta, según la cual tanto el bienestar individual como el colectivo se entienden más bien como un asunto meramente privado y de estricta responsabilidad personal o familiar, mientras que los representantes de los poderes del Estado, como Poncio Pilatos contemporáneos, “se lavan las manos” mirando hacia otro lado para no ver el problema humano y social provocado al rehuir su responsabilidad originaria.

En consecuencia, la acción estatal, en vez de políticas públicas de largo alcance que establezcan un marco cierto de actuación gubernamental, queda reducida, en la práctica, a simples programas asistencialistas temporales y para colmo discrecionales, enfocados a procurar una relativa protección acaso solo a los más pobres, marginados y excluidos sociales del país, mediante la adopción de programas cuestionables que se supone intentan combatir el fenómeno de la pobreza creciente, pero que en los hechos generan aún más pobreza.

A las clases medias, que por cierto integran el mayor número de contribuyentes cautivos y quienes proporcionalmente pagan más impuestos para costear los servicios públicos, se las ignora sin ningún pudor ni rubor, persistiendo una injusta redistribución de la riqueza, todavía concentrada en muy pocas manos, mientras que el resto de la población mundial subsiste como puede. Es por eso que con justa razón migran para buscar mejores oportunidades que su propia patria no les ofrece.

Así, el total recargamiento —por no decir *descargamiento*— en los sistemas públicos de la seguridad social de la otrora magnífica y genuina previsión social laboral, que antaño se negociaba contractualmente entre empleadores y los sindicatos de trabajadores (un asunto este que tanto lustre diera en sus momentos más gloriosos al Derecho del Trabajo en la segunda mitad del siglo XX), hoy día es casi una especie en vías de extinción, debido a una serie de factores de diversa índole, entre los cuales se encuentran, amén de las crisis económicas y financieras ya señaladas, las nuevas formas laborales y de producción de la hipertecnología, aún no reguladas adecuadamente por el Derecho Laboral, aunado a la atomización sindical, el imparable incremento del desempleo ante la falta de políticas públicas nacionales para creación de empleo decente y, muy en especial, debido al ataque frontal a los actuales sistemas de seguridad social que no se ofrece a los migrantes ni dentro ni fuera de sus países de origen, un problema social y humano que desde luego no pasa desapercibido a los versados en el tema.

Paradójicamente, el propio Estado, que creó los seguros sociales para que regularan el empleo formal y se ocuparan del servicio público de la seguridad social en su nombre, es quien intencionadamente ha permitido el desmantelamiento sistemático de los referidos seguros sociales nacionales y/o locales, abandonándolos a su suerte.

Para decir más claro todavía: ha sido el propio *Estado*, movido por la fuerza que cobró el *mercado*, quien intencional e irresponsablemente ha provocado que se esto ocurra, tratando de escapar por la puerta trasera, lo más sigilosamente posible, de las responsabilidades que le son inherentes como tal.

Cierto, nos hace falta más *Estado* y menos *mercado*, porque este último ya demostró que no es capaz de regularse a sí mismo y requiere de ser efectivamente regulado por los poderes públicos del Estado.

Empero, como tales derechos inherentes a los trabajadores se hallan plasmados a nivel constitucional, lo que uno como jurista no se explica es cómo los diversos órganos del propio Estado no se hayan percatado todavía que serán ellos quienes, a futuro, deberán afrontar de manera directa tales responsabilidades, pues se olvidan que el derecho a empleo digno y el servicio público de la seguridad social son derechos humanos exigibles al Estado; obligaciones que, en razón de su propia naturaleza intrínseca, son inalienables e irrenunciables. ¿Ignorancia? ¿Mala fe? ¿Ambas? Tal vez, aunque a nosotros nos parece más una cuestión de ignorancia supina, de apatía e indiferencia, en donde priman la política y las supuestas “razones de Estado”, en vez de la simple razón, la justicia y el humanismo.

Permea en México, mi patria, y desde luego en muchos de los países de la región latinoamericana, una displicencia absoluta acerca de los asuntos sociales, cuando menos desde hace ya un par de décadas de políticas sociales desastrosas.

Acaso sea que todavía no se ha terminado de entender que el empleo le da sentido a nuestra existencia, y que el coste de la seguridad social no es un gasto propiamente dicho, sino una inversión en lo mejor que tiene un pueblo, que es su gente.

II. Los problemas de la migración para fines laborales y el derecho humano a migrar

La migración es un fenómeno constante y de larga data en la historia de la humanidad. La historia misma establece que los grandes movimientos culturales, económicos, geográficos y políticos —tanto espontáneos como forzados— dieron origen a desplazamientos en masa de la población; múltiples migraciones han ocurrido desde épocas inmemoriales y la historia de cada país así lo constata. No se trata pues de un fenómeno nuevo, ni tampoco de un tema poco analizado desde el ámbito científico, excepto acaso por nosotros los juristas y, en especial, por quienes cultivamos el Derecho Laboral.

Ha sido así como se han construido nuestras sociedades contemporáneas a lo largo de los siglos, si bien a últimas fechas, muy probablemente por la enorme valoración que en el rubro de los derechos humanos se ha conseguido a partir del 10 de diciembre de 1948, tras la emisión de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de Naciones Unidas,¹ se ha dado al tema migratorio para fines laborales una enorme importancia. Es en realidad un asunto que había venido construyendo una nueva cultura para tratar de comprender de mejor manera este tema complicado y de múltiples aristas, el que durante décadas fue simplemente ignorado por el Derecho Social.

¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la Organización de las Naciones Unidas. Texto consultado en el sitio web: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Ahora bien, para poder abarcar en su totalidad las distintas facetas de este prolijo tema de gran actualidad mundial, se necesitaría de bibliotecas enteras capaces de plasmar desde el perfil histórico, político, geográfico, filológico, sociológico, psicológico o jurídico, este espinoso asunto de gran calado social y humano, para llegar a un diagnóstico situacional correcto a fin de pronosticar con certeza lo que está por venir.

Las estadísticas migratorias existentes son demasiadas y de los más diversos perfiles, por lo que no hay una verdad absoluta acerca del fenómeno migratorio para fines laborales. Imposible siquiera delinearlas ahora, y menos retratar los cambios demográficos que al paso del tiempo se han generado a partir de la peculiar manera en que países y hasta continentes enteros se fueron poblando, hasta llegar a ser el mosaico de razas y etnias que hoy son.

Nos limitaremos entonces, por razones metodológicas y sobre todo de espacio, al tema migratorio observado únicamente desde su perfil de derecho humano y del fenómeno para fines laborales, en razón de lo cual no abordaremos la temática de los refugiados ni otros subtemas migratorios análogos, sin ignorar que existen. Nuestro punto focal es otro, ya lo hemos dicho, y puede ser resumido en una sola cuanto inquietante pregunta: *desde el punto de vista estrictamente jurídico, ¿qué hay detrás de la migración laboral?*

Para comenzar, demos por sentado que *el derecho a migrar* —tanto la migración interna, como internacional— es un derecho humano incorporado desde hace más de medio siglo al catálogo de los derechos fundamentales vigentes, al ser la denominada *libertad de tránsito* un derecho humano reconocido como tal por el artículo 13 de la DUDH, precepto que en síntesis alude a nuestra libertad de movimiento y cuyo texto indica claramente:

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.
2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

Si lo anterior lo vinculamos al *derecho al trabajo* que todos tenemos como individuos libres, consagrado por el artículo 23 de la aludida DUDH, entonces la conclusión es obvia: *la migración es un derecho humano*, por más que el Derecho vigente emanado de los órganos del Estado emisor o receptor pretenda condicionarlo, restringirlo e impedirlo. Porque el aludido artículo 23 establece en lo conducente:

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a salario igual por trabajo igual.
3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para defensa de sus intereses.

De manera que *el derecho a migrar y el derecho a trabajar* no son derechos ni otorgados ni denegados por algún Estado a sus ciudadanos de manera absoluta y soberana, sino que en esencia son *derechos humanos inherentes a la propia persona humana como tal*, mismos que ya han sido reconocidos y recogidos en la gran mayoría de las legislaciones contemporáneas, siempre más allá de lo que el concepto esquivo e inasible de *soberanía nacional* signifique hoy en un mundo de fronteras nacionales diluidas y porosas.

Porque en un mundo globalizado e interconectado tecnológicamente, al menos en teoría, los países del planeta no podrían válidamente prohibir ni impedir las migraciones humanas, sean nacionales o internacionales; regularlas sí que pueden, pero deberían hacerlo con objetividad y sobre todo con un gran sentido humanitario, que no prohibirlas ni impedir las por la fuerza. A golpe de decretos, normativas u ordenanzas administrativas, como antes se dijo, de suyo es imposible modificar la dura realidad.

Al punto habrá que recordar que, si bien existen opiniones divergentes, lo cierto es que la DUDH ha sido reconocida ya como lo que en realidad es: un instrumento jurídico vinculante para todos los Estados del planeta, sean miembros o no de las Naciones Unidas. Sobre este tema, siempre polémico pero que admite una interpretación *pro persona*, hay múltiple literatura jurídica consultable.²

De manera que si la migración es añeja historia humana, y la ciencia del Derecho también es inherente a la historia de las sociedades, será necesario entonces comenzar por entender en su exacta dimensión los derechos humanos, cuando se analice el tema de la migración laboral a fin de no incurrir en la tentación de satanizar el tema —como con tanta frecuencia suele ocurrir en nuestra época—, frente a la evidencia de que el *derecho a migrar para laborar* suele ser reiteradamente negado, no tan solo por la opinión pública y la opinión del público, sino incluso por las cortes internacionales o nacionales, las legislaciones regionales e internas, e incluso hasta por la doctrina jurídica universal, como si el problema fuera nuevo y no tuviera miles de años de existencia, o como si fuese posible acabar con este fenómeno de un día para otro. Lo dicho: al ser un hecho evidente, no requiere de prueba alguna, bastando invocarlo.

Porque las negativas explícitas del *derecho humano a migrar*, observadas durante las últimas décadas, sobre todo en países desarrollados, es una constante a la que se suman las normativas de carácter internacional existentes, las que implícitamente *ignoran el derecho a migrar* entendido

² Se sugiere analizar el célebre estudio efectuado por el gran jurista uruguayo Héctor Gros Espiell, consultable en: <http://biblioteca.itam.mx/estudios/90-99/91/hectorgrosespiellunamiradaactualala.pdf>

como lo que es en realidad: un derecho humano. Que quede entonces perfectamente clara desde ahora nuestra opinión: la decisión de desconocer este derecho humano a la migración —en especial para migrar— es más bien de índole política, que no jurídica, con todo lo que ello significa e implica.

Cierto es que la migración ha existido y por simple lógica seguirá existiendo como fenómeno humano, de manera tal que resulta mejor cobrar de una buena vez plena conciencia acerca de su existencia, siempre más allá de lo que pensemos o creamos al respecto, máxime si sus características o modalidades cambian de manera constante al evolucionar al mismo ritmo que lo hacen nuestra sociedades contemporáneas.

Cabe añadir al punto que, así los parezcan a golpe de vista, no son ni implican lo mismo las *migraciones forzadas* de esclavos que las de *refugiados* por razones políticas o de guerra.³ Y que no es igual que un individuo emigre en búsqueda de mejores oportunidades de vida, empleo e ingreso, con la idea en mente de regresar por o con los suyos, a que migre por gusto hacia un país que le es más atractivo para vivir. Tampoco lo es emigrar legalmente y con papeles en regla, que irse de ilegal o sin papeles a buscar trabajo a otro país. Siendo también muy diferente la migración externa o internacional, respecto de la migración interna o nacional, por ejemplo cuando se trasladan individuos del área rural a la ciudad o de esta al campo, o de ciudad a ciudad.

Porque cada una de tales opciones y sus múltiples variantes representan ya en la práctica desafíos enormes que atender y problemáticas que resolver de forma diferenciada —o mejor aún: *jurídicamente diferenciada*—, pues en el fondo se trata de un asunto prioritariamente humano y social.⁴ No obstante, lo que sí nos queda muy claro es que *cada caso es distinto entre sí y por tanto todas ellas requieren de soluciones diferentes*, pues no hay una “receta” única para atender estos enormes desafíos planteados, la mayor de las veces, intempestivamente por la dura realidad cotidiana.

Así las cosas, hagámonos a la idea, nos guste o no: la costumbre de trasladarse de un lugar a otro data desde los más remotos orígenes del ser humano, especialmente cuando este se dio

³ Sin duda las migraciones son elemento esencial de la vida humana en sociedad que en el decurso de milenios definió tanto a las sociedades como a la idiosincrasia regional o nacional. La misma historia de la humanidad calcula que el fenómeno de las migraciones sucede de manera constante desde hace unos ¡doscientos mil años!..., por lo que es anterior incluso a la existencia misma de cualquier antecedente social, a las naciones y, en especial, al Estado como creación humana de organización social.

⁴ Hay migraciones que son movimientos espontáneos de reagrupamiento de poblaciones que por alguna causa han sido divididas, o bien existen otras que no han tenido más alternativa que migrar debido a desastres naturales. En América Latina hubo un notorio proceso de migración interna del campo a las áreas urbanas, alrededor del mediados del siglo XX, lo que coadyuvó a la creación de grandes urbes pero con notorios cinturones de miseria rodeándolas; los casos más emblemáticos son el Distrito Federal (México), Sao Paulo (Brasil), Buenos Aires (Argentina) o Caracas (Venezuela), si bien al menos las tres primeras ciudades nombradas también recibieron notorias migraciones internacionales, lo cual representó un doble desafío para la población nativa y sus gobernantes.

cuenta de que era mejor vivir en una sociedad organizada y buscó cómo hacerlo, tomando entonces la libre decisión de optar por el que más le convenía a él y/o a su núcleo familiar directo, buscando la anhelada meta de realización propia de todo ser humano.

Nos llama mucho la atención que, ya sea por costumbre, idiosincrasia, cultura o necesidad, ignorando las migraciones milenarias de las que da cuenta la historia, en pleno siglo XXI el fenómeno pueda parecerle nuevo a alguien, o que se sorprenda de su expansión exponencial incontenible, o le extrañe que sea considerado como un enorme problema contemporáneo; si esto último llega a suceder, es en buena medida porque hay Estados que carecen de eficientes controles migratorios, al adolecer de políticas nacionales efectivas capaces de afrontar este fenómeno de los grandes flujos migratorios hacia países con mejor posicionamiento económico global por parte de quienes buscan una sola cosa: *empleo*. Un empleo que —suponen prejuiciosamente los filtros migratorios— le “robará” un espacio a los connacionales, a pesar de que estos se nieguen a laborar en las tareas que otros harán a cambio de un menor salario, además de que pagarán impuestos al país receptor.

Fingen ignorar que nadie puede ser obligado a permanecer atado a su país de origen, si en pleno ejercicio de su libre albedrío decide emigrar solo o acompañado a algún otro lado, se cumpla o no con las normativas vigentes en el país elegido para ello.

Obviamente que nosotros distinguimos entre lo que es la migración legal de la ilegal, y nos hacemos cargo también de que nuestro derecho personal no puede estar jamás, respecto del derecho soberano de los distintos países del orbe, para fijar condiciones de internamiento a su territorio —y menos todavía si de trabajar en el país se trata—. Ningún derecho es absoluto, incluidos los derechos fundamentales de los seres humanos, y además nos queda claro que a cada derecho corresponde a la par una obligación.

Subyace en esto un conflicto jurídico complicado de resolver, pues no es solo el derecho nacional el que debiera operar y servir de regulación jurídica en casos migratorios, pues también aplican normativas internacionales vigentes que integran la estructura jurídico-normativa de cada país, de conformidad a su propia Constitución Política.

El punto medular de este asunto, cuando se estudia a fondo el problema migratorio laboral —visto también a la luz del tema económico y social—, es que cuando ocurre la migración laboral sin sujetarse a las normativas existentes en el país que recibe a un individuo a su familia, se traduce en una *migración ilegal* que provoca múltiples problemas de diversa índole, incluso hasta de seguridad nacional. Y que conste aquí: el hecho de trabajar no es propiamente la actividad ilegal, sino lo es el tema de la residencia o estadía en territorio extranjero sin el permiso correspondiente de las autoridades del país receptor.

Eso explicaría también por qué algunos abusan de los migrantes para lucrar, y por qué suele esconderse detrás de ellos el crimen organizado.

Empero, más allá de la eventual legalidad o ilegalidad de la estadía en un país extranjero, antes de emitir juicios habrá que recordar que *estamos frente a derechos humanos fundamentales, como lo son los derechos a trabajar y a migrar*; derechos ambos que, en todos los casos, deben ser respetados y considerados por los países receptores o de paso, sin prejuicios de la nacionalidad que tuviere el migrante, porque ambos derechos, como ya se dijo antes, son connaturales a nuestra condición de personas humanas.

Es posible que la falta de controles fronterizos internacionales adecuados se deba en buena medida a la existencia de las *fronteras virtuales* que hoy existen como resultado lógico de los múltiples Tratados Internacionales de Libre Comercio en un mundo de globalización en todos los órdenes. Porque los sistemas de monitoreo, censo y control que llevan los países hoy día no parecen suficientes ante la fuerte corriente migratoria laboral, un fenómeno mundial que cada quién interpreta a su manera y que no pocas veces se manipula a conveniencia por factores políticos. Por ello es que —como suele suceder en asuntos sociales de gran calado— el tópico migratorio, laboral o no, está siempre rodeado de mitos y de verdades a medias que terminan tergiversando los hechos y pueden, en algún momento, afectar nuestra percepción de ella.

Por eso conviene analizar académicamente tales hechos de la manera más objetiva posible, utilizando siempre fuentes confiables que impidan la manipulación de cifras o datos duros, evitándose así la proliferación de versiones populares propaladas sin fundamento alguno. Y sobre todo nos interesa abordar la temática específica de quienes migran para fines estrictamente laborales, mas no de quienes dejan su patria por razones de estudio o intereses económicos, y menos todavía por cuestiones políticas; cada tema es diferente, y todos, sin distinción, son motivo de polémica.

Por ello hemos acotado nuestra investigación a aquellos seres humanos cuya idea de progresar, de superarse, de sobrevivir y de buscar un mejor destino —que por diversas causas no encuentran en su propia patria o región nacional— se focaliza esencialmente en el empleo, sea este decente o no, pues en un gran porcentaje se juntan ambos temas: *migración e informalidad laboral*.⁵

Después de todo, como bien lo explica Miguel Ángel Fernández Pastor, hasta hace muy poco Director del Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social (CIESS):

⁵ Al lector interesado le sugerimos la lectura del libro de nuestra autoría intitulado: *Seguridad Social obligatoria para trabajadores migrantes e informales*. México: Editorial Porrúa, 2011.

Todo trabajador que migra es, de algún modo, un llamado de atención y un grito de esperanza. Cuando una persona decide cruzar las fronteras de su país abandonando a su grupo primario de contención, la familia, lo hace porque siente que en su medio no tiene posibilidades de progreso. Pero también lo encara con la expectativa de construir un futuro mejor.

Migrar es un atreverse a lo desconocido, a la aventura, pero también es animarse a construir una utopía posible, cual es la de crecer y desarrollarse. Por eso, ese atreverse merece el amparo tanto del Estado expulsor como del Estado receptor. Del Estado expulsor, porque este no ha sabido darle el marco de contención necesario, y del Estado receptor porque será ahí donde aportará toda la capacidad creativa y laboral de que dispone.⁶

Para intentar definir y acortar de mejor manera el fenómeno de la migración desde una perspectiva académica, la experta Gabriela Mendizábal Bermúdez nos dice:

La migración o movimiento migratorio es el desplazamiento, con traslado de residencia de los individuos, desde un lugar de origen a un lugar de destino o llegada, que implica atravesar los límites de una división geográfica. De la definición anterior se desprenden los siguientes puntos:

- Las causas del traslado de residencia son varias (hambre, persecución política o social, guerra, trabajo, entre otras); sin embargo, implican como finalidad colateral el traslado de residencia.
- El traslado de residencia no está sujeto a efectos temporales, puesto que un turista puede ausentarse de su domicilio legal durante varios años, mientras que un migrante puede hacerlo solo por unos meses.
- El traslado de residencia debe traspasar límites geográficos, estatales o nacionales, lo que da origen a la migración interna o externa.⁷

Así las cosas, a fin de estar en posibilidad de formular luego propuestas viables y factibles frente a la necesidad de dotar de mecanismos efectivos de protección social a los trabajadores migrantes —que insistamos, es la variante de migración que más nos ocupa y preocupa ahora—, habrá que revisar las estadísticas para medir las dimensiones del asunto, a fin de determinar luego su entorno y las circunstancias particulares de mejor manera. De lo contrario, erraremos en el diagnóstico situacional del problema y será imposible adoptar soluciones viables y factibles... adelantando la opinión de que no será el uso de la fuerza y la criminalización de la migración lo que nos haga cambiar las tendencias actuales.

⁶ Miguel Ángel Fernández Pastor. En “Prólogo” del libro de Gabriela Mendizábal Bermúdez: *La protección social de los trabajadores migrantes mexicanos*. México: Juan Pablos Editor, 2009, p. 11.

⁷ Gabriela Mendizábal Bermúdez. *La protección social de los trabajadores migrantes mexicanos*. México: Juan Pablos Editor, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, 2009, pp. 41-42. Nota: las letras cursivas son nuestras y se utilizan para resaltar la idea principal.

Obviamente que los Estados llamados “expulsores” de emigrantes también tienen desafíos y tareas pendientes por acometer. A manera de simple ilustración mencionamos los siguientes:

- Énfasis en la educación, sobre todo la previsional;
- Promoción del empleo digno y en su caso programas públicos de control de la autoocupación o trabajo autónomo;
- La instrumentación de programas de créditos blandos con bajos intereses para establecer microempresas (microempresarios a quienes se les trate como trabajadores, no como empresarios), aunada a facilidades administrativas para que los emprendedores abran sus propios negocios;⁸
- Financiamiento estatal permanente para las labores del campo y la agroindustria que las impulse y vuelva redituables;
- La celebración de convenios migratorios binacionales, logrando así una efectiva ayuda internacional entre países vecinos (el caso específico México-Estados Unidos es paradigmático), estableciendo reglas claras en cuanto a trato y protección de los trabajadores migrantes.

Esas son algunas de las opciones que sugerimos de cara al inquietante asunto migratorio para fines estrictamente laborales.

Estamos pues frente ante un grave problema en donde lo humano y social convergen, el mismo que será irresoluble en tanto no se busquen adecuadas e inteligentes alternativas de solución que, para decirlo metafóricamente, focalicen la raíz del problema y no solo se queden en las ramas o en el follaje del árbol.

Hablamos también de instrumentalizar programas nacionales migratorios de largo alcance que permitan combatir *las causas* de la migración internacional y no solo sus perniciosos *efectos*.

⁸ El juslaboralista Mario Pasco Cosmópolis, ex-Ministro de Trabajo del Perú, recientemente fallecido, presentó en la conferencia inaugural del VI Congreso Iberoamericano de la AIJDTSSGC, Trujillo-2009, una interesantísima tesis acerca lo que él llamó “un derecho laboral para los informales”, que comenzó a ser explorada por parte del gobierno peruano presidido por Alan García. El Dr. Pasco propuso que los microempresarios sean considerados por el Estado (el fisco, las autoridades laborales y las instituciones de seguridad social) no como empresarios ni empleadores, sino más bien como lo que en realidad son: trabajadores, no subordinados pero sí autónomos, en especial como empresas familiares y con hasta 4 personas más, habitualmente trabajando todas “codo a codo”. El texto íntegro de dicha ponencia puede ser consultada por el lector interesado en la página web de la AIJDTSSGC, eligiendo el link de las ponencias presentadas en dicho congreso

III. El derecho humano al trabajo de los migrantes

Todo inmigrante, tenga o no papeles que acrediten su legal estancia en el país al que migra en búsqueda de empleo, cuente o no con el permiso expreso del Gobierno receptor que le autorice a laborar en su territorio, e incluso por ilegal que sea su internamiento en cualquier país, al tratarse de una persona humana que tiene derechos irrenunciables e inalienables que le siguen a donde quiera que vaya (portabilidad de derechos), merece ser tratado con humanidad y respeto a su dignidad como persona humana.

Después de todo, advertimos que la enorme mayoría de ellos se ven orillados a migrar de su patria por hambre, por necesidad económica o porque no tiene ninguna otra alternativa. A fin de cuentas, ¿qué sabe el hambre de leyes? No es nada fácil tomar la decisión de aventurarse, de dejar todo y arriesgarse por el sueño de una vida mejor para el individuo y sus dependientes económicos, máxime cuando vas a un país de costumbres e idiosincrasia distintas, consciente de que será discriminado no solo por el aspecto físico sino por no hablar el idioma. Empero, ¿cuántos de ellos no saben leer ni escribir?

Sin embargo, estas personas no están solas, así las autoridades de su país de origen no las atiendan; si no hay regulación nacional al respecto, sí hay normativas internacionales que les protegen más allá de la DUDH, entre las que se cuentan dos Convenios Internacionales de la OIT y varias Recomendaciones:⁹

- El Convenio 97, “Sobre los Trabajadores Migrantes” (1949); y
- El Convenio 143, “Sobre los Trabajadores Migrantes. Disposiciones complementarias” (1975).

El Convenio 143 abre precisamente con la siguiente afirmación: “Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se compromete a respetar los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes”.

Luego, tras reiterar que los trabajadores migrantes deben ingresar en el territorio nacional y ser admitidos al empleo, siempre de conformidad con la legislación pertinente del país que los recibe, el Convenio 143 cita textualmente en su artículo 9 una serie de medidas que protegen de todas formas al migrante:

En los casos en que dicha legislación no haya sido respetada y en los que su situación no pueda regularizarse, el trabajador migrante y su familia deberán disfrutar: a) De igualdad de trato en lo concerniente a los derechos derivados de empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad en el empleo y otros beneficios. b) De la posibilidad de defender sus derechos ante un organismo competente, en caso de controversia sobre los derechos a que se refiere el párrafo

⁹ Consultables en el sitio web: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:12000:0::NO::>

anterior. c) De garantías para no correr con los costos de la expulsión, en el caso de que esta se produzca.¹⁰

Por su parte, la Recomendación 151 de la OIT, del mismo año 1975, parte del principio de que debe asegurarse “que los trabajadores migrantes y sus familias entren en el territorio nacional y sean admitidos al empleo con arreglo a la legislación pertinente”. Puntualmente advierte que, en el caso de que dicha legislación no haya sido respetada, debería tomarse una decisión lo más pronto posible “para que el trabajador migrante sepa si su situación puede ser regularizada”.

Además, la Recomendación 151 insiste en los derechos que hemos recogido, reproduciendo en lo conducente el Convenio citado en último término y añadiendo sobre la igualdad de trato: “...en lo que se refiere a su sindicalización y al ejercicio de los derechos sindicales” (Punto 8), y en lo que ahora más nos interesa destacar, la aludida Recomendación 151 (Punto 34), textualmente señala lo siguiente:

- 1) 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) a toda remuneración pendiente por trabajos realizados, incluidas las indemnizaciones por terminación de contrato normalmente pagaderas; b) a las prestaciones que se le debieren por concepto de accidente del trabajo o enfermedad profesional; c) según la práctica nacional: i) a una indemnización en concepto de vacaciones anuales devengadas pero no utilizadas; ii) 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, en la inteligencia de que cuando las cotizaciones a la seguridad social no confieran derechos a prestaciones se debería hacer todo lo posible por concluir acuerdos bilaterales y multilaterales para proteger los derechos de los trabajadores migrantes.
- 2) En caso de desacuerdo sobre los derechos adquiridos por alguno de los conceptos previstos en el subpárrafo anterior, el trabajador deberá tener la posibilidad de hacer valer sus derechos ante el organismo competente y disfrutar de igualdad de trato en materia de asistencia judicial.

Hasta aquí el texto de dicha Recomendación 151 de la OIT.

Por último, en cuanto a los *migrantes ilegales en clandestinidad*, en los debates del año 2004, la OIT ha llegado a considerar que: “...debe tenerse en cuenta la situación de los trabajadores migrantes irregulares y garantizarse que se protejan efectivamente sus derechos humanos y laborales fundamentales y que no sean objeto de explotación y trato arbitrario”.¹¹

¹⁰ Por cierto, el Convenio 143 puntualiza también que: “*nada impedirá a los Miembros la concesión a las personas que residen o trabajan de manera ilegal en el país del derecho a permanecer en él y ser legalmente empleadas*” (artículo 9.4). Ver texto íntegro del Convenio N° 143, adoptado por la OIT el 24 de junio de 1975, en la página web: www.ilo.org

¹¹ Conclusión N° 28 del documento denominado *Trabajadores migrantes. Discusión general en un enfoque integrado*. 92ª Reunión de la OIT, 16 de junio de 2004.

Interesa señalar, como colofón de todo lo dicho, que lo único cierto es que la OIT no se ha decidido a incluir todavía en ningún Convenio o Recomendación la imposible equiparación de los emigrantes legales y de los emigrantes ilegales. Por ello la conclusión jurídica final no puede ser otra que *el derecho humano a emigrar* —mismo que está internacionalmente reconocido— *no está acompañado del derecho a inmigrar en ningún país sin el permiso expreso y soberano de este*.

De manera entonces que, guste o no, se mantiene en ejercicio de la soberanía de cada país receptor de migrantes su pleno derecho a admitir o no a extranjeros, sea o no para fines laborales. Porque ya una vez admitidos legalmente los inmigrantes, estos gozarán inequívocamente de los mismos derechos que los nacionales; en tanto que los inmigrantes irregulares o clandestinos tienen, como todo ser humano, un elemental derecho a la vida y a la asistencia sanitaria, a no ser torturados o sometidos a castigos degradantes, a no prestar trabajo forzoso, a no ser detenidos arbitrariamente, a que sea un juez quien les imponga cualquier sanción y a un juicio justo si se inicia un procedimiento penal anterior a su expulsión del país.¹²

Pero ya se sabe: las regulaciones legales no modifican los hechos ni alteran las estadísticas, porque se insiste en que la realidad suele ser más sabia que el Derecho.

IV. Conclusiones

Desde luego que las mejores respuestas a tan inquietantes preguntas las tendrá el propio lector. Nosotros pensamos que debería materializarse a la mayor brevedad el par de propuestas comunes de la jurista colombiana Martha Monsalve Cuéllar —actual Presidenta del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social—, en las que se coincide en que ambas deben servir como orientación para paliar al menos este enorme problema:

- 1) Fomentar a través de tratados internacionales *la protección integral de los migrantes*, mediante la regularización de su permanencia en el país para que se les permita ser aportantes a la seguridad social y por ende gozar de la debida protección que atañe al trabajo decente, bajo las condicionantes de que perciban un salario justo con respeto pleno a sus derechos fundamentales y, en especial, contar con una protección social integral igual a la que disfrutaban los nacionales del país receptor; y
- 2) Promover por los conductos adecuados ante el propio Consejo de Administración de la

¹² A este respecto, el jurista Fernando Suárez González, ex-Ministro de Trabajo de España, señala punzante: “No se ignora que la Corte Interamericana de Derechos Humanos pretende extender a los emigrantes indocumentados que entablan relaciones laborales los derechos que derivan de su condición de trabajador; pero hasta la fecha se trata de una opinión consultiva solicitada por México y emitida el 17 de septiembre de 2003”. Este dato es citado por Gil y Gil en “Los trabajadores migrantes y la OIT” —especial monográfico dedicado a inmigración y movilidad de los trabajadores—. *Relaciones Laborales*, 15-16 (agosto de 2009), p. 130.

OIT que en futuras conferencias internacionales del organismo mundial rector del trabajo se retomen con determinación los temas relacionados con los migrantes y se le dé puntual seguimiento al eventual cumplimiento de Tratados y/o Recomendaciones vertidas ya sobre esta delicada materia, sin que ello implique en modo alguno invasión a la soberanía nacional de los países Miembros.

Para terminar, si partimos de las premisas de que *los derechos humanos a migrar y al trabajo están contemplados en la DUDH* de Naciones Unidas, y considerando que esta es un documento de ineludible fuerza jurídica vinculatoria para todos los países —sean o no miembros de la ONU—, y que además son múltiples los tratados internacionales y convenios de la OIT signados y ratificados por los países, los que se fundan primordialmente en dicho elenco de derechos humanos e integran el sistema jurídico nacional en materia laboral, sin dificultad alguna llegaremos a la conclusión lógica de que *el derecho humano al trabajo migratorio debiera ser y estar ya debidamente protegido, amparando a los migrantes siempre más allá de su condición migratoria*.

Más todavía porque en el siglo XXI son en su mayoría los jóvenes quienes migran en la afanosa búsqueda de trabajo decente, de mejores condiciones de vida, de educación de mejor calidad, o para fines de reunificación familiar, sin dejar de lado incluso las loables razones humanitarias en este mundo tan deshumanizado en que ahora habitamos todos. Y si los jóvenes son nada menos que el futuro de nuestras civilizaciones, debemos protegerlos a toda costa.

A fin de cuentas, se trata simplemente de reinterpretar humanamente el fenómeno de la globalización en todos sus órdenes.

REFERENCIAS

- Fernández Pastor, Miguel Ángel. “Prólogo”. En Gabriela Mendizábal Bermúdez: *La protección social de los trabajadores migrantes mexicanos*. México: Juan Pablos Editor, 2009, p. 11.
- Gil y Gil. “Los trabajadores migrantes y la OIT”. *Relaciones Laborales*, 15-16 (agosto de 2009).
- Mendizábal Bermúdez, Gabriela. *La protección social de los trabajadores migrantes mexicanos*. México: Juan Pablos Editor, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, 2009.
- Ruiz Moreno, Ángel Guillermo. *Seguridad social obligatoria para trabajadores migrantes e informales*. México: Editorial Porrúa, 2011.

Recibido: 08/04/2015

Aprobado: 29/04/2015