Pontificia Universidad Católica Argentina

Biblioteca digital
de la Universidad Católica Argentina

Schnitman, Aixa Maillén

Convención internacional sobre los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias

Documento Inédito

Facultad "Teresa de Ávila" - Paraná. Departamento de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.
La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Schnitman, A. M. (2018). *Convención internacional sobre los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias* [en línea]. Documénto inédito, Universidad Católica Argentina, Facultad "Teresa de Ávila", Departamento de Derecho. Disponible en: http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/greenstone/cgi-bin/library.cgi?a=d&c=contribuciones&d=convencion-internacional-derechos-todos [Fecha de consulta: …..]

Convención internacional sobre los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias.

Autora: Schnitman, Aixa Maillén

1. Introducción

La "Convención internacional sobre los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias" es uno de los instrumentos jurídicos más importantes para los trabajadores migrantes y sus familiares, pues se regula una serie de derechos tendientes al respeto por su dignidad, por el hecho de ser personas, independientemente de su situación migratoria, como veremos más adelante. El rol de los Estados Partes es clave para la efectiva realización de lo que prescribe el tratado.

El presente trabajo constituye una aproximación de lo fundamental de la Convención, un intento de mostrar cuál es su sentido y alcance, qué objetivos persigue, los derechos y obligaciones que establece y en cabeza de quiénes.

Finalmente se hará mención de cómo el estado argentino recepta lo dispuesto por el convenio en su ordenamiento interno y, a su vez, ciertas variantes que obstan al efectivo cumplimiento de los derechos humanos fijados en el mismo.

2. Finalidad y objetivos.

La Convención es adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, el 18 de diciembre de 1990. Entró en vigor el 1 de julio de 2003, luego de ser ratificado por al menos 20 Estados según lo dispuesto por su artículo 87.

El tratado, en su conjunto, está destinado a ser aplicado a extranjeros, en particular, a los trabajadores migratorios y sus familias. Es la primera codificación universal de los derechos de esta categoría de personas.

Básicamente el objetivo es asegurar que todos los trabajadores migrantes y sus familiares tengan una mínima protección legal en sus derechos fundamentales, así como igualdad de trato en las condiciones laborales entre los inmigrantes y los trabajadores nacionales. Está dirigida a impedir y eliminar la explotación de los mismos durante todo el proceso de migración, proporcionando un conjunto de normas internacionales vinculantes relativas al tratamiento, el bienestar y los derechos humanos de los migrantes documentados y no documentados, así como las obligaciones y responsabilidades por parte de los Estados de origen, tránsito y empleo. Pretende poner fin a la contratación ilegal o clandestina y el tráfico de trabajadores migratorios y desalentar el empleo de los que se encuentran en situación irregular. Enfatiza que a cualquier trabajador migratorio y/o a sus familiares se les debe respetar y hacer

posible el efectivo goce de sus derechos humanos fundamentales, independientemente de su estatus.

2.1 Estados Parte.

En el año 2002, la Asamblea General de Naciones Unidas exhortó a todos los Estados Miembros que aún no hubieran ratificado la Convención, a que consideraran urgentemente firmar y ratificarla o adherirse a ella, como cuestión prioritaria a fin de promover y proteger eficazmente los derechos humanos fundamentales de todos los migrantes, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

La República Argentina firmó la Convención el 10 de agosto de 2004. La misma fue aprobada mediante Ley Nº 26.202 del Honorable Congreso de la Nación y posteriormente ratificada en fecha 23 de febrero de 2007.

Ha sido ratificada por veintidós Estados, entre ellos, varios son miembros de la Organización de los Estados Americanos, a saber: Belice, Bolivia, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México y Uruguay. Fuera de los Estados del continente, son partes: Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Burkina Faso, Cabo Verde, Egipto, Filipinas, Ghana, Guinea, Mali, Marruecos, Senegal, Seychelles, Sri Lanka, Tayikistán y Uganda.

2.2 Comité de control. Funciones.

El "Comité para la protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares" es un órgano conformado por expertos independientes, quienes se encargan de supervisar la aplicación del tratado en cuestión. Su regulación en el instrumento la encontramos del art. 72 al art. 78.

Este organismo de control tiene competencia para:

a) Interpretar los derechos reconocidos en la Convención, ya que emite observaciones generales cuya finalidad es guiar a los Estados Partes en el cumplimiento de las obligaciones fijadas en aquélla.

b) Examinar y realizar observaciones a los informes que presentan los Estados sobre las medidas que han adoptado para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención (art. 73).

c) Recibir y examinar las comunicaciones que plantea un Estado Parte contra otro. El Comité examina la denuncia que un Estado Parte plantea contra otro por el incumplimiento de las obligaciones que impone la Convención (art. 76).

d) Recibir y conocer las denuncias o quejas de los particulares en las que se alega la violación a los derechos reconocidos en la Convención. En virtud de ello, los Estados que lo hayan ratificado deberán presentar, además, una declaración de aceptación de competencia (art. 77).

3. Sujetos alcanzados por la Convención.

Brinda distintos conceptos para precisar a quiénes está dirigida y, por ende, se encuentran amparados por la misma.

Se entiende por trabajador migratorio a "toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional" (art. 2.1). Tal concepto tiene un alcance amplio, que incluye distintas realidades sociales que podrían determinar flujos migratorios, entre las cuales se sitúa como matriz, la realización de una actividad remunerada.

Por otro lado, los familiares serían aquellas "personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate" (art. 4).

4. Trabajadores documentados y no documentados.

Otra cuestión a tener en cuenta, y que la convención misma distingue, es lo referido a la regularidad e irregularidad en la que se encuentran las personas.

Las personas en situación regular, también denominados documentados, son aquellas que han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo – art. 5.a) –.

Los de situación irregular o no documentados son los que no fueron autorizados por el Estado de empleo, por no cumplir con los recaudos legales establecidos por el mismo para ingresar, permanecer y ejercer una actividad remunerada en su territorio – art. 5.b) –.

La distinción plasmada tiene relevancia respecto a qué derechos se les aplica a uno u otro; además del hecho que la irregularidad en la que se encuentran ciertos trabajadores y/o sus familias crean una situación desfavorable para ellos, muchas veces con consecuencias negativas respecto a sus derechos fundamentales.

En el preámbulo del tratado podemos observar que hay dos cuestiones que son claves: por un lado, que los problemas humanos que plantea la migración son aún más graves en el caso de la migración irregular, y en el caso de los trabajadores, son empleados frecuentemente en condiciones de trabajo menos favorables, facilitando la obtención por parte de las empresas de beneficios provenientes de una competencia desleal y, por otro lado, que dicha práctica de

emplear a trabajadores migratorios en situación irregular será desalentada si se reconocen más ampliamente sus derechos humanos fundamentales, a la vez que la concesión de determinados derechos adicionales a los que se encuentren en situación regular alentará a todos ellos a respetar y cumplir las leyes y procedimientos establecidos por los Estados.

La protección contra el abuso y la explotación laborales que otorga la Convención se extiende a todos los trabajadores migratorios, sea cual sea su situación migratoria.

5. Derechos reconocidos.

Respecto a los derechos, la Convención parte del principio de no discriminación y el reconocimiento de los derechos humanos universales para todos ellos, independientemente de la situación en la que se encuentren.

Regula en la Parte III (arts. 8 a 35) los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias, sea que estén en condiciones de regularidad o irregularidad. En muchos de esos artículos se especifica que se les aplicarán los derechos enunciados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Luego el instrumento establece una serie de derechos, en la Parte IV (art. 36 a 56), de los cuales gozarán las personas que se encuentran en situación regular, además de los enunciados en la Parte III, constituyendo una suerte de plus, en virtud de su condición migratoria.

6. Rol de los Estados.

El Estado asume un papel importante, comprometiéndose tanto en el ámbito internacional -en virtud del tratado-, como en el ámbito interno –debiendo adecuarse su legislación a aquél-, a no sólo respetar los derechos humanos de estas personas, sino que, además, y mucho más importante en lo que respecta a la materia, la obligación de llevar a cabo todas las acciones positivas que estén a su alcance, para dar mayor garantía a la protección de sus derechos y posibilite el efectivo acceso a ellos.

En el art. 25 se establece que estos grupos gozarán de un trato del Estado que no será menos favorable del que reciban los nacionales en lo tocante a la remuneración y a otras condiciones de trabajo y de empleo. Además de establecer la obligación en cabeza de los Estados partes de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que los trabajadores migratorios no sean privados de los derechos derivados de este principio a causa de irregularidades en su permanencia o empleo.

Se establece un equilibrio entre la facultad soberana de los Estados Partes para controlar sus fronteras y regular la entrada y la permanencia de estos grupos y la protección de los derechos, enunciados en la Parte III, de todas las personas trabajadoras migratorias y de sus

familiares, incluidas las que se encuentran en situación irregular. Este equilibrio se refleja en el art. 79 del tratado.

El art. 35 aclara que el hecho de que en la Parte III se protejan los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, independientemente de su situación migratoria, no puede interpretarse en el sentido de que implica la regularización de ellos. Si bien los Estados partes no tienen la obligación de regularizar, tomarán medidas apropiadas en el caso para asegurar que esa situación no persista. Hay que ver de qué modo lo afrontan, siempre respetando las pautas indicadas por la Convención.

Cuando los Estados Partes prevean la regularización de los grupos trabajadores migratorios en su legislación nacional, deberán velar para que la totalidad de los que se encuentren en situación irregular tengan acceso efectivo y sin discriminación a los procedimientos de regularización. Para lograr esto, los Estados deben adoptar políticas y programas de regularización que sean accesibles, además de la importante obligación de divulgar información al respecto.

El deber de proteger a estos grupos de personas requiere de ellos distintas acciones, tales como: aprobar y aplicar legislación que prohíba actos discriminatorios; investigar con eficacia los casos de malos tratos y violencia; proporcionar una reparación adecuada a las víctimas y a sus familiares; posibilitar al personal de servicios públicos formación en materia de derechos humanos; vigilar de manera efectiva el comportamiento de los funcionarios del Estado, entre otras.

7. Aplicación en Argentina.

En nuestro país se adopta la Convención en cuestión mediante ley 26.202. Se trata de una decisión que fue adoptada por corresponder a uno de los compromisos asumidos por el Estado argentino. Este acto guarda coherencia con el plano internacional, y con la política migratoria asumida con la sanción de la ley 25.871 a favor de los derechos de las personas migrantes. Dicha ley tuvo, de manera general, objetivos tales como cumplir con el compromiso internacional sobre derechos humanos, establecer políticas no discriminatorias, partiendo del principio de igualdad, promover y difundir los derechos y obligaciones de los migrantes.

Cabe señalar que en Argentina el número de personas que desempeñan trabajos informales es verdaderamente significativo. Si a ello le sumamos la imposibilidad de acceder a una residencia regular (lo cual les impide formalmente trabajar), ello conlleva no sólo al mantenimiento del trabajo informal, sino también la vulnerabilidad a los abusos y riesgos mencionados.

La aprobación de la ley de Migraciones, y la ratificación de la Convención, significó un gran avance en esta materia, encaminado al efectivo goce de los derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familiares; para lo cual es necesario adoptar disposiciones de

derecho interno para garantizarlos, además de otros tipos de medidas no necesariamente legislativas.

Siempre que existan trabajadores migratorios en situación irregular, sus derechos humanos y libertades fundamentales corren mayores riesgos, aún con un marco favorable como la ley 25.871.

7.1 Obstáculos en su implementación.

Según el informe alternativo para el comité para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias 15° periodo de sesiones/evaluación sobre Argentina, hay distintas causas que obstaculizan el efectivo goce de los derechos fundamentales, sobre todo, a aquellos que se encuentran en situación irregular.

Causas tales como trabajo informal, xenofobia, dificultades para lograr la regularización de su situación, falta de divulgación de información sobre la existencia y alcance de todo lo que respecta a los derechos de los migrantes en general, y de los trabajadores y sus familiares en particular, entre otros.

Se presentan problemas por la falta de procedimientos eficaces para la regularización migratoria de estas personas.

También lo que sucede es que se exige el requisito de "ingreso legal" al país, y la Dirección Nacional de Migraciones requiere como prueba la constancia de ingreso del sistema informático de la propia Dirección o poseer un certificado de ingreso emitido por la policía migratoria auxiliar (Gendarmería Nacional o Prefectura Naval Argentina). En numerosos puestos de frontera no existe sistema informático para registrar los ingresos, y éstos se realizan de modo manual. En estos casos, se entrega al extranjero un pequeño papel con la constancia de ingreso al país. En ciertas oportunidades este papel es requerido por varias dependencias públicas o bien se extravía, y la autoridad de frontera omite registrar el ingreso en sus libros.

En estas situaciones se invierte la carga de la prueba de ingreso legal al país, ya que se exige a las personas que lo acrediten, cuando en rigor esa prueba resulta de difícil cumplimiento, atento que han pasado muchos años desde el ingreso, o bien se han extraviado los comprobantes. Cuando esto sucede, las personas deben realizar un trámite de certificación de ingreso, que puede ser negativo, puesto que las policías migratorias auxiliares no realizan los registros de ingreso de manera eficiente y tampoco existe uno de soporte informático en todos los puestos fronterizos, ni se ha digitalizado las registraciones de los ingresos de años anteriores. Por ello la búsqueda se hace de manera manual y resulta difícil afirmar que este sea un registro certero.

La autoridad migratoria, en estos casos, que considera que existe un impedimento, ordena la expulsión de la persona sin cumplir con el art. 61 de la ley de migraciones, cuando en

rigor existen trabajadores migrantes que poseen años de arraigo, tienen familia, trabajo, etc. Se debería adoptar las medidas necesarias para evitar situaciones que impliquen la aplicación desigual y arbitraria de la ley en aquellos casos en los que se alega la falta de acreditación de certificado de ingreso.

Otro tema de suma importancia son los derechos reconocidos y que en la práctica encuentran trabas a su efectivo goce. En esta oportunidad me detendré, a modo de ejemplo, en los derechos de acceso a la salud y a la educación, reconocidos ambos por la Convención. Veamos cada derecho por separado:

a) Salud: en el artículo 28 se le concede a los trabajadores migratorios y a sus familiares el derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud, en condiciones de igualdad de trato con nacionales del Estado de que se trate. Es importante destacar que esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo.

Lo mismo con la ley 25.871, que establece en su art. 6 que "el Estado asegurará en todas sus jurisdicciones el acceso igualitario de los inmigrantes y sus familias, entre otros derechos, a la salud en las mismas condiciones de protección y ampara que los nacionales". Asimismo, que el art. 8 determina que "no podrá negársele o restringírsele en ningún caso, el acceso al derecho a la salud, la asistencia social o atención sanitaria a todos los extranjeros que lo requieran, cualquiera sea su situación migratoria. Las autoridades de los establecimientos sanitarios deberán brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria". Sin embargo, en la realidad, se presentan diversas dificultades y distinciones que restringen el acceso a este derecho debido a la condición migratoria. Para acceder a los servicios de salud en hospitales públicos o a programas específicos en algunas jurisdicciones del país se requiere el DNI, en contra de lo establecido por la ley de migraciones y por la Convención.

b) *Educación:* en el art. 30 se establece que todos los hijos de los sujetos trabajadores migratorios gozarán del derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Asimismo, el acceso de los hijos a las instituciones de enseñanza preescolar o las escuelas públicas no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular en lo que respecta a la permanencia o al empleo.

Por su parte la Ley de Migraciones en el art. 7 dispone que "en ningún caso la irregularidad migratoria de un extranjero impedirá su admisión como alumno en un establecimiento educativo, ya sea este público o privado; nacional, provincial o municipal; primario, secundario, terciario o universitario. Las autoridades de los establecimientos

educativos deberán brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria". La discriminación en el acceso a las escuelas resulta también de la exigencia de un DNI argentino para la inscripción de los niños como alumnos, para inscribirse a exámenes libres o al momento de solicitar la expedición de títulos. Esto se debe a la falta de conocimiento por parte de los funcionarios y agentes encargados de procesar solicitudes de los derechos y obligaciones contenidos en los instrumentos legales que refieren al tema en cuestión.

Otro déficit se encuentra en la falta de inclusión de la temática migratoria (aportes de la inmigración al desarrollo, los derechos de las personas migrantes, etc.) dentro de las currículas educativas de los diferentes niveles de enseñanza. Por otro lado, no se brinda capacitación docente respecto a estos temas. Ambas circunstancias repercuten en la presencia de actitudes discriminatorias y xenófobas en las escuelas. Asimismo, incide en la gestación y propagación de estereotipos en la sociedad a mediano y largo plazo, impidiendo -al contrario- contribuir a procesos de integración y cohesión social entre todos los integrantes de una sociedad multicultural como lo es Argentina.

Creo que una medida fundamental a adoptar, desde el Estado, es la de información, de capacitar tanto a organismos públicos como a privados respecto de los derechos y obligaciones de los migrantes en general, y de los trabajadores migratorios y sus familiares, en particular.

8. Conclusión.

La Convención constituye un avance fundamental respecto a los derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familias. Es de destacar la importancia de la evolución en materia legislativa, tanto a nivel internacional como nacional –en el caso de Argentina–. Aunque es cierto también que subsisten algunas prácticas que contradicen lo perseguido por la política migratoria descripta. Prácticas burocráticas que limitan el acceso a derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico. De allí que es necesario fortalecer las medidas tendientes a dar cumplimiento a lo estipulado por el tratado, sin dejar de tener en cuenta las posibilidades y recursos, sobre todo económicos, con los que cuentan los Estados para llevar a cabo sus políticas.

Todo ello conforme a la concepción que se tiene de la persona humana hoy en día y de sus derechos fundamentales que, en definitiva, hacen a su dignidad, los cuales no deberían ser menoscabados, dejando su suerte a las políticas que tengan los estados soberanos al respecto. Queda camino por transitar, sin dejar de apreciar –positivamente– el avance que se ha dado en la materia, aproximándonos, de este modo, a que en algún momento lleguemos a los objetivos planteados por el instrumento internacional.

Bibliografía consultada.

-. DIES DE VELASCO, Manuel, *"Instituciones de Derecho Internacional Público",* editorial Tecnos S.A., 2003.

-. http: //www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CMW.aspx (Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares).

-. http: //servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/92016/texact.htm (Ley de Migraciones 25.871).

-. Informe alternativo para el comité para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias 15° periodo de sesiones/evaluación sobre Argentina.

-. http: //servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124232/norma.htm.