

TEMA 1

LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

INTRODUCCIÓN

El presente tema desarrolla la evolución histórica que han tenido los derechos humanos de las personas extranjeras o no ciudadanas independientemente de su condición migratoria; así como su contexto jurídico dentro del derecho internacional de los derechos humanos. Además se explicará cada derecho humano que tienen a la luz de la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares*, su fundamento jurídico internacional, las observaciones y precisiones que los diferentes Comités de Naciones Unidas y los organismos regionales de derechos humanos han realizado.

La DPMH agradece a Carlos De La Torre Martínez, Itzel Palestina y a Antonio Díaz de León, de la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, por la realización del tema.

1.1 PUNTO DE PARTIDA: EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS MIGRANTES

El principio que propugna por la universalidad de los derechos humanos constituye la piedra angular del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En términos sencillos, pero sumamente poderosos, este principio plantea que todas las personas, sin ningún tipo de discriminación, deben gozar de todos los derechos humanos. No es casualidad que la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948 abra su articulado estableciendo que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”. Por lo tanto, no existe excepción en el caso de los derechos de las personas migrantes, éstas deben gozar de los mismos derechos humanos reconocidos tanto en el nivel nacional, como en el internacional.

Siendo esto así, es justo preguntar: ¿por qué en la realidad vemos que a las personas migrantes se les niegan los derechos más básicos?, ¿por qué algunos Estados en el mundo mantienen restricciones en el caso de los derechos de las personas migrantes y los discriminan en relación con sus ciudadanos? Se pueden dar dos tipos de respuesta: una de corte histórico y otra de índole política.

La primera refiere que así como a lo largo de la historia de la humanidad se ha ido comprendiendo, no sin grandes convulsiones y obstáculos, que resulta éticamente incorrecto y jurídicamente no permitido establecer distinciones en el ejercicio de los derechos humanos por cuestiones tales como el género de las personas, su religión, su origen étnico, su color de piel o sus ideas políticas, así es necesario que llegue un día en que se entienda como una discriminación inaceptable el establecer un trato desigual en el goce y ejercicio de los derechos por la condición o estatus migratorio de las personas. Luigi Ferrajoli sostiene que la idea de que los derechos estén condicionados al estatus de ciudadano y, por lo tanto, la tesis de que los no ciudadanos carecen de derechos, constituye “el último privilegio de status, el último factor de exclusión y discriminación”, mediante el cual los Estados hoy pretenden negar a miles y miles de personas su carácter de sujetos y titulares de derechos¹.

¹Cfr. Ferrajoli, Luigi, “De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona” en *Derechos y garantías; la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 97-119.

Ferrajoli explica que si en efecto la *Declaración francesa del hombre y del ciudadano* de 1789 se vio en la necesidad de crear la figura de la ciudadanía como elemento fundamental para ejercer la titularidad de los derechos, hoy en día resulta que el concepto de ciudadanía es utilizado por los países de una forma excluyente, pues se niega a aquellos que no son ciudadanos la igualdad en derechos y se pretende así que los Estados puedan establecer restricciones al respecto².

Por ello, es importante tomar en cuenta que la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, y con ella el conjunto de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, no usan ya el concepto de ciudadanía para determinar quienes tienen o no tienen derechos, sino que utilizan el concepto de *persona*, que es mucho más incluyente, pues sólo se requiere ser humano para poder gozar y ejercer los derechos humanos.

La segunda respuesta está muy vinculada a la primera, pero pone el énfasis en el concepto de *soberanía*. A través de este concepto los Estados han pretendido reservarse facultades amplias para determinar quiénes entran a su territorio y quiénes no, así como la competencia para determinar qué criterios y condiciones son los que se requiere cubrir para que una persona pueda ser reconocida como ciudadano o pueda iniciar un procedimiento para adquirir la nacionalidad de ese país. Una vez más, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos constituye un contrapeso importante y establece que los Estados deben respetar ciertos límites en el ejercicio de esta facultad. Por ejemplo, establece que los criterios y condiciones para otorgar la ciudadanía no pueden ser arbitrarios o discriminatorios³. Pero más importante aún, que un Estado puede llegar a restringir sólo algunos derechos muy específicos a las personas que no son ciudadanas o que han entrado de manera irregular al territorio. Lo que implica que la gran mayoría de derechos (vida, integridad personal, libertad de expresión, salud, educación, libertad religiosa, alimentación, entre otros) deben ser respetados independientemente de cuál sea el estatus migratorio del individuo, es decir, que se encuentre documentado o indocumentado en el territorio⁴.

Sobre este asunto, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha interpretado que “los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos son aplicables a todas las personas sin discriminación entre nacionales y extranjeros”⁵. Por lo tanto, en el caso de los migrantes indocumentados sólo se podrían restringir aquellos derechos que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) expresamente establece como exclusivos de los ciudadanos o de los extranjeros que se encuentren legalmente en el país⁶. Esto sólo sucede en los casos del derecho a la participación política y del derecho a la libertad de circulación. El artículo 25 del Pacto señala expresamente que son los ciudadanos quienes gozarán de los derechos a participar en la dirección de los asuntos públicos, a votar, a ser elegidos en las elecciones y a tener acceso a las funciones públicas de su país. Por su parte, el artículo 12 del Pacto establece que todas las personas tendrán el derecho a salir libremente de cualquier país, así como el derecho a entrar en su país. Sin embargo, restringe el derecho a circular por el país y a escoger su residencia sólo a las personas que se hallen legalmente en el territorio del Estado.

²Ídem. p 99.

³Véase la Recomendación General 30 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial sobre “La discriminación en contra de los no ciudadanos”, 1/10/2004.

⁴Cfr. *Los derechos de los no ciudadanos*, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Nueva York, 2006.

⁵Véase la Observación General número 15 del Comité de Derechos Humanos sobre la Situación de los extranjeros con arreglo al Pacto. Adoptada durante el 27º periodo de sesiones, 1986.

⁶El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue ratificado por el Estado Mexicano el 23 de junio de 1981.

El Comité de Derechos Humanos es muy enfático en señalar que “el PIDCP otorga plena protección a los extranjeros respecto de los derechos en él garantizados y, por lo tanto, sus disposiciones deben ser respetadas por los Estados Partes en su legislación y en la práctica”⁷. En consecuencia, queda claro que según lo establecido en el PIDCP los extranjeros gozan, en igualdad de condiciones que los ciudadanos, de derechos tales como la vida, la integridad personal, la libertad y seguridad personales, la libertad de expresión, la libertad religiosa, la libertad de reunión pacífica, del derecho a asociarse libremente y del derecho al acceso a la justicia, entre otros referidos en el Pacto.

También conviene destacar que los instrumentos y mecanismos en torno a los cuáles se construye el Derecho Internacional de los Derechos Humanos han sido paulatinamente más sensibles al tema de los derechos de las personas migrantes y, por lo tanto, se han vuelto cada vez más firmes en destacar la obligación que tienen los Estados de protegerlos y de no cometer contra ellos actos de discriminación tomando como base su estatus legal o su condición migratoria. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD por sus siglas en inglés), en una de sus Recomendaciones Generales más recientes, ha cambiado el sentido del criterio que establecía que la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial no era aplicable a los extranjeros.

El CERD afirma que “los derechos humanos son de todas las personas y, por lo tanto, los Estados Partes de la Convención deben garantizar la igualdad entre los ciudadanos y no ciudadanos en el ejercicio de sus derechos”⁸. En este sentido considera que constituye una práctica discriminatoria el tratar de manera desigual a las personas por su condición migratoria o su nacionalidad.

Como consecuencia de este enfoque, el CERD destaca que los Estados, entre otras obligaciones, deben proteger a los migrantes de cualquier actitud u acto xenofóbico, garantizar que las políticas migratorias no tengan el efecto de discriminar a las personas migrantes por motivos de su origen étnico, su raza, su color de piel o su nacionalidad y tomar medidas para eliminar los prejuicios o estigmas que puedan surgir en contra de las personas migrantes.

También en el ámbito de la jurisprudencia internacional se han dado pasos muy importantes en el reconocimiento de los derechos de las personas migrantes. Basta recordar la *Opinión Consultiva* número 18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A petición del Gobierno Mexicano, la Corte Interamericana emitió una opinión consultiva acerca de la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. En ella la Corte declara que el derecho a la no discriminación es una norma perentoria que vincula a todos los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, como el estatus migratorio de las personas. La Corte concluyó que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, incluidos los de los trabajadores migratorios indocumentados. Además aclaró que “la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral” y que “los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio”⁹.

⁷Observación General número 15 párrafo 4. El Comité de Derechos Humanos está compuesto por 18 expertos y expertas y tiene la facultad de interpretar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo que implica, entre otras cosas, determinar cómo deben ser entendidas las obligaciones que derivan del Pacto y que deben ser observadas por los Estados.

⁸Recomendación General número 30 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial sobre la Discriminación en contra de las personas no ciudadanas, 1/10/2004.

⁹Cfr. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migratorios Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18.

1.2 CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y SUS FAMILIARES

El instrumento internacional que con mayor fuerza y claridad ha reconocido los derechos de las personas migrantes es la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares (la Convención)*, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990¹⁰. Los debates y discusiones en torno a la Convención se extendieron por casi 20 años y, ya una vez aprobada por la Asamblea General, tuvieron que pasar 13 años más para que entrara en vigor tras haber sido ratificada por los primeros 20 Estados. Hasta el momento es el instrumento del Sistema de Naciones Unidas con menor número de ratificaciones. Hasta octubre de 2009 sólo 42 Estados la habían ratificado, la gran mayoría de ellos expulsores de migrantes y muy pocos, incluyendo a México, de tránsito o receptores de migrantes¹¹.

La Convención tiene por objeto establecer normas mínimas que los Estados Partes deben aplicar respecto a los trabajadores migratorios y a sus familiares, independientemente de su condición migratoria. La justificación del reconocimiento de los derechos de los trabajadores migratorios indocumentados se establece en el preámbulo. En él, los Estados señalan que los migrantes irregulares suelen ser explotados y sufren violaciones graves en sus derechos humanos, por lo que debe fomentarse la adopción de medidas adecuadas para evitar y eliminar los movimientos clandestinos y la trata de trabajadores, al tiempo que se garantiza la protección de sus derechos. Es importante destacar que la Convención debe ser aplicada en todos los momentos del proceso de migración: desde su preparación, la salida del país de origen, durante el tránsito o cruce de países hasta el país de acogida, en todo el tiempo de estancia en un país extranjero y hasta el momento de retorno al país de origen¹².

La primera parte de la Convención ofrece la definición más amplia de *trabajadores migratorios* entre todas las que se encuentran al respecto en los instrumentos internacionales. En el artículo 2.1 se define *trabajador migratorio* como “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”. En el artículo 4 se define a las personas que se consideran *familiares* de los trabajadores migratorios como “las 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 los hijos a su cargo y 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”. La definición abarca prácticamente a todas las personas que han tenido que abandonar su país por condiciones económicas y se dirigen a otros países en busca de mejores oportunidades de desarrollo. Con ello podemos afirmar que casi cualquier persona migrante que cruza por territorio mexicano rumbo a los Estados Unidos o busca encontrar una forma de vida en México, goza de los derechos humanos que la Convención protege¹³.

¹⁰La Convención fue adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, del 18 de diciembre de 1990.

¹¹México la ratificó el 18 de diciembre de 1990. Entró en vigor para los Estados parte el 1 de julio de 2003. Para México también entró en vigor el 1 de julio de 2003. Se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 13 de agosto de 1999.

¹²Artículo 1.

¹³La Convención no aplica para grupos de personas tales como: embajadores o personal de un Gobierno que trabaja en otro país, funcionarios de agencias internacionales, personas que van a otro país a invertir, estudiantes, refugiados o apátridas.

Por otra parte, en el artículo 5 de la Convención se especifica que los trabajadores migratorios y sus familiares serán considerados documentados o en situación regular “si han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo, de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte”. Si no se cumplen esas condiciones, serán considerados no documentados o en situación irregular.

La Convención inicia consagrando el derecho a la no discriminación en favor de las personas migrantes y resaltando que los Estados han asumido la obligación de promover y respetar los derechos fundamentales de las personas sin que se justifique hacer alguna distinción por motivos del origen nacional de las mismas. Su estrategia es distinguir entre trabajadores migrantes documentados o regulares y trabajadores migrantes indocumentados o irregulares para, con base en esta distinción, establecer un catálogo de derechos que correspondan a todos los migrantes, sin importar su estatus, y para especificar posteriormente algunos otros derechos que corresponden de manera exclusiva a los trabajadores migrantes regulares y sus familias.

Además de reconocer un conjunto amplio de derechos y libertades básicas a todos los trabajadores migrantes y sus familias (como son el derecho a la vida, a salir libremente de cualquier Estado, de regresar a su Estado de origen, el derecho a no ser torturado ni sometido a esclavitud o servidumbre, la libertad de pensamiento, de expresión, de conciencia y de religión, aunada a la libertad de los padres para elegir la educación religiosa de sus hijos), la Convención dedica especial atención a detallar los derechos vinculados con el debido juicio y las respectivas garantías jurisdiccionales, así como algunos de los derechos económicos, sociales y culturales.

Finalmente, destaca un conjunto de derechos que sólo es obligatorio respetar en el caso de los trabajadores migrantes documentados: la libertad de movimiento en el territorio del Estado de empleo y el derecho a escoger libremente el lugar de su residencia, el derecho a establecer asociaciones y sindicatos de trabajadores migrantes, de participar mediante el derecho al voto en la vida pública de su país de origen y, si las leyes lo permiten, en el país de acogida, acceso a los programas de capacitación para el empleo, de orientación profesional y de colocación, así como acceso a los planes de vivienda y a la vida cultural del país.

La Convención pone especial énfasis en el hecho de que las políticas de migración de los Estados deberán promover la unidad de la familia de los trabajadores migrantes, tanto en temas de deportación y expulsión como de reunificación familiar. Por último, resalta la obligación de los Estados parte (tanto si son países de origen, de tránsito o de destino) de luchar en contra del tráfico y contrabando de migrantes, señalando que una vía idónea para ello es acabar con la contratación de migrantes en situación irregular.

A pesar de su escasa aceptación a nivel internacional, esta Convención aborda de manera integral el fenómeno de la migración y sienta, con gran claridad, estándares que los Estados deberían de tomar en cuenta para regular el fenómeno de la migración en su legislación interna. Pero, sobre todo, y sin perjuicio de reconocer el derecho que todos los Estados tienen de establecer los criterios que rigen la admisión de los trabajadores migratorios y de sus familias a su territorio, lo más sobresaliente es que establece un catálogo amplio de derechos y libertades fundamentales que, al ser inherentes a la persona, todos los Estados debieran de abstenerse de negar o restringir basándose en la condición migratoria de las personas.

1.3 DERECHOS ESPECÍFICOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES

1.3.1 Derecho a la vida y a la integridad personal

Los artículos 9 y 10 de la Convención establecen el deber de proteger la vida y la integridad de todas las personas migrantes. En primer término, esta obligación implica que los Estados —cualquier autoridad o funcionario público— no pueden, bajo ninguna circunstancia o excepción, privar de la vida a una persona migrante, o infligir algún tipo de tortura o de trato cruel, inhumano o degradante en su contra.

Internacionalmente la tortura se define como: “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”¹⁴.

Esta definición tiene tres elementos centrales. El primer elemento describe las características del acto o acción que se entenderá como tortura: que sea *intencional* y que cause en la persona algún tipo de *dolor o sufrimiento*. El segundo elemento se refiere a los *finés* por los cuales se realiza la acción: obtener alguna información o confesión, infligir un castigo, coacción para guiar una conducta y cualquier motivo que resulte discriminatorio. Finalmente, el tercer elemento se refiere a la *condición o calidad del sujeto* que comete el acto, en relación al cual todos los instrumentos coinciden en que debe tratarse de un funcionario público o de otra persona que realiza funciones públicas o que actúa con conocimiento o aquiescencia de parte de las autoridades¹⁵.

El Relator Especial de Naciones Unidas contra la tortura¹⁶ ha considerado pertinente enumerar un conjunto de conductas que han sido calificadas como tortura por los diversos tribunales de derechos humanos. Algunas de ellas son: golpizas, extracción de uñas y dientes, quemaduras, descargas eléctricas, suspensión, sofocación, exposición a luz o ruido excesivo, agresión sexual, administración de drogas en instituciones de detención o psiquiátricas, negación prolongada del descanso, del sueño, de alimentos, de higiene o de asistencia médica, aislamiento, detención en constante incertidumbre, amenazas de tortura o muerte a familiares y ejecuciones simuladas.

Es importante destacar que tanto la Convención sobre los derechos de las personas migrantes, como la Convención contra la Tortura prohíben también los tratos crueles, inhumanos o degradantes. Aunque es difícil determinar en abstracto qué tipo de actos o de agresiones pueden ser considerados como malos tratos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a ellos como actos que tienden a denigrar o vejear la dignidad de la persona humana¹⁷.

¹⁴Cfr. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, del 10 de diciembre de 1984. Ratificado el 23 de enero de 1986 y Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de marzo de 1986. El 3 de mayo de 2002 el Estado Mexicano aceptó la competencia del Comité contra la Tortura para recibir comunicaciones individuales de personas que aleguen haber sufrido una violación a su derecho a la integridad personal de parte de las autoridades del Estado mexicano.

¹⁵En este mismo sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que “para que exista tortura, deben combinarse tres elementos: 1. debe ser un acto intencional mediante el cual se inflige dolor y sufrimientos físicos o mentales; 2. debe ser cometido con un propósito (entre otros, castigo corporal o intimidación) o intencionalmente (por ejemplo, para producir un cierto resultado en la víctima); 3. debe ser cometido por un funcionario público o por un particular actuando por instigación de aquél”. Cfr. *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, documento de la Organización de los Estados Americanos, OEA/Ser.L/VII.116.Doc. 5, del 22 de octubre de 2002.

¹⁶Cfr. *Informe del Relator Especial, Sr. P. Kooijmans, sobre tortura y otros tratos penales, inhumanos y degradantes*, del 19 de febrero de 1986, E/CN.4/1986/15.

¹⁷En el Caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, la Corte estableció el siguiente criterio: “La infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de *grado* y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta.” Cfr. Caso *Loayza Tamayo*, Sentencia del 17 de septiembre de 1997, Serie C, núm. 33.

Sin lugar a duda las amenazas en contra de la vida o integridad de las personas migrantes no provienen sólo de las autoridades del Estado. Desafortunadamente, como este manual refleja, cada vez son más las agresiones provenientes de particulares en contra de las y los migrantes. Además de la responsabilidad penal que acarrearán estos actos para los perpetradores, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece que el Estado es responsable de proteger a las personas migrantes de cualquier tipo de violación a sus derechos humanos cometidas por los agentes no estatales. Esto es conocido como *el deber de protección* que tiene el Estado, y de aquí deriva su obligación de tomar todas las medidas que estén a su alcance para proteger a las personas migrantes de cualquier amenaza o acto que implique la pérdida de la vida o la vulneración de su integridad personal.

El párrafo segundo del artículo 16 de la Convención establece expresamente que las personas migrantes tienen el derecho a que los Estados les brinden protección frente a cualquier acto de violencia, amenazas o intimidación cometidas tanto por algún funcionario público como por algún individuo, grupo o institución particular.

1.3.2 Libertad de movimiento

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención reconocen el derecho a salir y entrar al Estado del que la persona es nacional. A las personas migrantes documentados o regulares, el artículo 39 de la Convención les reconoce el derecho a moverse libremente por el territorio de recepción, así como a elegir el domicilio en el que desean vivir. Esto implica que, en principio, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no reconoce explícitamente el derecho a migrar o entrar a un país distinto del que la persona es nacional.

Al no existir un derecho específico que contemple la posibilidad de migrar a otro Estado, se entiende que subsiste la potestad de los Estados para regular la entrada de personas a su territorio, determinar los criterios para obtener la estancia legal o la nacionalidad y para poder expulsar a las personas que han entrado en ellos de manera clandestina. Sin embargo, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, también se puede sostener que estas facultades no se deben ejercer de manera arbitraria, discriminatoria y vulnerando otros derechos que las personas migrantes tienen simplemente por ser personas. A continuación se refieren varias restricciones y limitaciones que se imponen a los Estados y que, por otra parte, constituyen salvaguardas de los derechos de las personas que han ingresado a un territorio de manera indocumentada.

1.3.2.1 Prohibición de penalizar la migración

El Comité para la Protección de los derechos de los trabajadores migrantes y sus familiares (Comité de los derechos de las personas migrantes), ha recomendado a los Estados Partes reformar aquellas disposiciones que establecen sanciones penales a las personas migrantes que se encuentran de manera ilegal en sus territorios. Dicho Comité se ha inclinado por señalar que el introducirse ilegalmente en un país sólo puede ser entendido como una falta administrativa y, que por lo tanto, no se puede imponer una sanción de tipo penal¹⁸.

¹⁸Véase las Consideraciones hechas por el Comité al Informe periódico presentado por el Estado Mexicano en el año de 2006. , , párrafos 14 y 16.

Esta cuestión resulta fundamental en la práctica, pues el mantener sanciones penales para las personas migrantes indocumentadas envía el falso mensaje a la sociedad de que las personas migrantes son criminales y que, por lo tanto, deben ser perseguidas por las autoridades. La criminalización de la migración coloca además a las personas migrantes en una situación de clandestinidad, con lo cual se convierten, desafortunadamente, en posibles víctimas de múltiples formas de extorsión o abusos por parte de las autoridades y de los particulares. También constituye un serio obstáculo para que las personas migrantes puedan acceder a la justicia cuando ellos mismos han sido objeto de algún tipo de delito, pues ante la amenaza de ser sancionados o expulsados son muy pocos los que deciden a denunciar ante las autoridades.

Bajo esta misma lógica, la Convención establece que las personas migrantes sólo podrán ser detenidas o inquiridas acerca de su condición migratoria por aquellas autoridades señaladas expresamente en la legislación y bajo los métodos y procedimientos previstos legalmente¹⁹. Con ello se pretende disminuir la sensación de incertidumbre e inseguridad que las personas migrantes pueden tener en un país de tránsito o de recepción, pues se les garantiza que no todas las autoridades del Estado podrán inspeccionarlos o practicar procedimientos de verificación migratoria, sino sólo aquellas que el Estado haya dispuesto expresamente para ello.

1.3.2.2 No discriminación en el establecimiento de requisitos para obtener la estancia legal en el país

Otra restricción se relaciona con las reglas y procedimientos que una persona indocumentada tiene que cumplir para regularizar su situación migratoria o aspirar a naturalizarse u obtener asilo en el Estado receptor²⁰. En la Recomendación General XXX, el Comité para Eliminar la Discriminación Racial estableció que “los Estados están obligados a asegurar que grupos particulares de no ciudadanos no sufran discriminación respecto del acceso a la ciudadanía o a la naturalización”²¹.

1.3.2.3 Prohibición de la expulsión colectiva

El artículo 22 de la Convención establece expresamente que los trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Esto implica que cada caso debe ser examinado y decidido individualmente. De este artículo se deriva que cualquier medida que obligue a los no ciudadanos, como grupo, a abandonar un país está prohibida, excepto en el caso de que esas medidas se adopten sobre la base de un examen razonable y objetivo del caso particular de cada no ciudadano del grupo. En otras palabras, el procedimiento de expulsión de un grupo de no ciudadanos debe apoyarse en garantías que demuestren suficientemente que las circunstancias personales de *cada uno* de esos no ciudadanos afectados han sido genuina e *individualmente* tenidas en cuenta.

La jurisprudencia internacional también ha establecido que el realizar engaños o trampas como estrategia para expulsar a los trabajadores migrantes o a los solicitantes de asilo constituyen prácticas contrarias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió que, aunque los funcionarios de orden público pueden usar estratagemas para, por ejemplo, realizar de modo más eficaz las actividades de lucha contra la delincuencia, los actos mediante los cuales las autoridades tratan de obtener la confianza de los no ciudadanos —y en particular de los solicitantes de asilo— con miras a arrestarlos para posteriormente deportarlos, podrían violar los principios generales, enunciados o implícitos, de la Convención Europea de Derechos Humanos.

¹⁹Véase el artículo 16.3 de la Convención.

²⁰Un ejemplo de esa discriminación basada en la nacionalidad se produjo cuando los Estados Unidos de América rechazaron sistemáticamente examinar las solicitudes de asilo de guatemaltecos y salvadoreños en pie de igualdad con otras solicitudes de asilo. Véase *American Baptist Church c. Thornburgh*, 760 F. Supp. 796 (N.D. Cal. 1991).

²¹Véase la Recomendación General XXX sobre la no discriminación de los no ciudadanos del Comité para Eliminar la Discriminación Racial.

De ello se deduce que, incluso en relación con personas que permanecen en un país con posterioridad a la fecha límite de sus visados, la decisión consciente adoptada por las autoridades de engañarlas sobre el propósito de una comunicación, a fin de hacer más fácil lograr privarlas de su libertad, no es compatible con los estándares internacionales de derechos humanos y en concreto con el derecho de toda persona a la libertad y a la seguridad personales²².

1.3.2.4 Principio de no devolución

Una de las razones fundamentales por las cuáles se prohíben las expulsiones colectivas se debe a que su puesta en práctica podría llegar a violentar el Principio de no devolución, uno de los principios de Derecho Internacional mayormente reconocidos en los instrumentos internacionales. Los no ciudadanos disfrutan del derecho de protección frente a la devolución o la deportación a un país en el que podrían ser objeto de persecuciones o abusos. La expulsión de los no ciudadanos no debe llevarse a cabo sin tener en cuenta un posible peligro de muerte o de que sufra daños en su integridad física en los países de destino²³. Con respecto a la no devolución, el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes establece que:

“1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.

2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos”.

Una referencia muy parecida se contiene también en el artículo 16 de la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra la desaparición forzada*²⁴. Este artículo prohíbe que los Estados Partes expulsen, devuelvan, entreguen o extraditen a una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a una desaparición forzada.

En relación con los solicitantes de asilo, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados establece una protección aún más amplia pues no sólo prohíbe la devolución de las personas que puedan sufrir tortura o desaparición forzada, sino a todas aquellas que estén en peligro de convertirse en víctimas de diversos tipos de persecución.

1.3.2.5 Principio de unidad familiar

Una última restricción a la potestad de los Estados para expulsar a las personas que se encuentren indocumentadas en el país se relaciona con el principio de unidad familiar. El artículo 44 de la Convención establece que basada en el reconocimiento de que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad, los Estados tomarán las medidas necesarias para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus familiares. El principio de la unidad familiar puede operar en dos sentidos.

²²Cfr. *Los derechos de los no ciudadanos*, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Nueva York, 2006.

²³Al evaluar si una orden de expulsión viola el artículo 3, es necesario determinar si la persona de que se trata estaría expuesta a un riesgo real y personal de ser sometida a la tortura en el país al que sería devuelta. En cumplimiento del párrafo 2 del artículo 3, se deben tener presentes todas las consideraciones pertinentes—incluida la existencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos— aunque la ausencia de ese cuadro no significa que una persona no pueda ser sometida a tortura en las circunstancias concretas de su caso. El riesgo de tortura debe fundarse en razones que vayan más allá de la pura teoría o sospecha. De todos modos, no es necesario demostrar que el riesgo es muy probable. La persona a quien se aplica una orden de expulsión debe probar que se encuentra en peligro de ser sometida a tortura y que la existencia de ese peligro es fundada, de la manera señalada anteriormente, y que el peligro afecta a los derechos de los no ciudadanos de forma personal y presente.

²⁴“...Artículo 16 1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución, entrega o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a una desaparición forzada...”

Uno en el que los Estados facilitan el proceso de regularización de migrantes indocumentados que tienen familiares residentes y, otro, en el que los Estados deben tomar en cuenta las relaciones familiares de las personas migrantes con alguna otra persona que ya ha sido regularizada o que ha obtenido la nacionalidad antes de tomar cualquier decisión en torno a su expulsión.

El Comité de Derechos Humanos ha llegado a considerar que cuando una persona migrante mantiene vínculos familiares estrechos con otras personas no migrantes en los países de recepción, la orden de expulsión debe tener razones legítimas e imperiosas para que pueda proceder, de no ser así, aunque exista una causa vaga de interés público, la expulsión podría ser considerada violatoria del principio de unidad familiar. El caso *Winata y Lan Li c. Australia*, resuelto por el Comité de Derechos Humanos, es un ejemplo de esta situación. En este caso un matrimonio apátrida de Indonesia, que había perdido la ciudadanía indonesia y que había residido en Australia durante muchos años, enfrentaba un proceso de deportación al haber llegado al límite sus visados. El matrimonio tenía un hijo de 13 años que ya había obtenido la nacionalidad australiana. El Comité de Derechos Humanos dictaminó que la deportación del matrimonio podría constituir una violación de sus derechos en virtud del artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (derecho a la protección de la familia). También dictaminó que, aunque el simple hecho de que unos progenitores no ciudadanos tuvieran un hijo que es ciudadano no convierte por sí solo en arbitraria la deportación propuesta de los padres, el hecho de que en este caso el hijo hubiera vivido en Australia desde su nacimiento, 13 años antes, y hubiera “asistido a la escuela en Australia como cualquier otro niño y establecido los contactos sociales consiguientes”, asigna al Estado la carga de demostrar otros factores que puedan justificar la expulsión de estas dos personas y que vayan “más allá de la simple aplicación de las leyes de inmigración”, a fin de “evitar la caracterización de arbitrariedad”²⁵.

1.3.3 Derecho a un recurso frente a una expulsión arbitraria

Sumado a las restricciones antes mencionadas, es importante tomar en consideración que la Convención establece ciertos requisitos que deben cumplir los actos de expulsión o de deportación de las personas migrantes indocumentadas²⁶. En primer lugar, la decisión de ser expulsados debe ser adoptada por una autoridad competente y conforme a la ley. En segundo lugar se establece que la decisión deberá ser comunicada a la persona migrante en un idioma que ella pueda entender. Si la persona así lo solicita, la decisión tendrá que entregársele por escrito y, salvo que existan razones justificadas de seguridad nacional, se deberán exponer las razones por las cuáles se tomó la decisión de su expulsión. La Convención también establece que después de tener conocimiento de la decisión de expulsión se debe dar un tiempo razonable para que las personas migrantes arreglen lo concerniente al pago de los salarios y otras prestaciones que se le adeuden y al cumplimiento de sus obligaciones pendientes. Los gastos que ocasione la expulsión por ningún motivo se le podrán cobrar a la persona migrante, por lo que los Estados tendrán que correr con dichos gastos. Es obligación también de la autoridad migratoria informar de estos derechos a las personas migrantes de manera previa a ser expulsadas.

²⁵Comité de Derechos Humanos, dictamen sobre la comunicación N° 930/2000, *Winata c. Australia*, 26 de julio de 2001 (A/56/40 (vol. II), anexo X, sec. T, párr. 7.3).

²⁶Véase los apartados 22.5, 22.6 y 22.7. del capítulo 22 de la Convención.

Tal vez la facultad más relevante en relación con la expulsión consiste en el derecho que las personas migrantes tienen de oponerse a ella mediante la exposiciones de las razones por las cuáles justifican su permanencia en el país²⁷. Esto implica que debe ser una autoridad judicial la que conozca de este recurso que la Convención otorga a las personas migrantes y que, por lo tanto, las personas migrantes tengan el derecho a que una autoridad judicial revise la decisión de expulsión con el fin de determinar si ésta es o no arbitraria. La expulsión, entonces, tendrá que suspenderse hasta que la autoridad judicial haya emitido una resolución definitiva. Incluso, el artículo 22.4 de la Convención establece que en el caso de que una expulsión ya se haya realizado y que la decisión haya sido revocada por la autoridad judicial, la persona migrante tendrá el derecho de exigir una indemnización y el regreso al país del que fue expulsado.

1.3.4 Derecho a la libertad y seguridad personal

Al igual que el resto de las personas, las y los migrantes tienen el derecho a no ser privadas de su libertad de manera arbitraria. El Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Detenciones Arbitrarias ha desarrollado un conjunto de principios para determinar si la detención de una persona migrante o un solicitante de asilo es o no arbitraria²⁸. La propia Convención también establece un conjunto de requisitos que de no cumplirse llevaría a la necesidad de determinar que esa detención ha sido arbitraria. A continuación se expone una lista consolidada:

1. La decisión debe partir de una autoridad competente para esos efectos y que tenga un grado de responsabilidad suficiente.
2. Los trabajadores migratorios y sus familiares detenidos o presos a causa de una infracción penal serán llevados sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrán derecho a ser juzgados en un plazo razonable o a ser puestos en libertad.
3. La ley deberá prever un plazo máximo de retención que en ningún caso podrá ser indefinido ni tener una duración excesiva.
4. La medida de retención será notificada por escrito en un idioma comprensible para el solicitante y con detalle de los motivos.
5. Se procederá a la retención en una institución pública especialmente destinada a estos fines; cuando, por razones prácticas, no ocurra así, el solicitante de asilo o el inmigrante será internado en un lugar que no esté destinado a presos por delitos penales.
6. Se autorizará el acceso del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y, si procede, las organizaciones no gubernamentales competentes a los locales de retención.

Por otra parte, la Convención establece un conjunto de derechos que las personas migrantes tienen en el caso de que sean privadas de su libertad. El derecho que logra articular el resto de los derechos es el de iniciar un procedimientos ante un tribunal, a fin de que éste pueda decidir sin demora acerca de la legalidad de su detención y ordenar su libertad si la detención no fuere legal.

²⁷El artículo 22.4 de la Convención establece que “Salvo cuando una autoridad judicial dicte una decisión definitiva, los interesados tendrán derecho a exponer las razones que les asistan para oponerse a su expulsión, así como a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se oponga a ello. Hasta tanto se haga dicha revisión, tendrán derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión”.

²⁸Deliberación número 5 del Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias sobre la Situación relativa a las personas migrantes y solicitantes de Asilo. E/CN.4/2000/4,28 de diciembre de 1999. Anexo II.

En relación con el resto de los derechos, para fines de una mejor comprensión, podremos distinguir entre el caso en que la detención sea por motivos relacionados con su condición migratoria irregular y en el caso en que la detención se dé porque las personas sean acusadas de haber cometido algún delito.

En el primero de los casos las personas migrantes gozan de los siguientes derechos:

- Derecho a recibir asistencia consular o diplomática de su Estado de origen. Para ello las autoridades consulares deberán ser informadas de manera inmediata al momento de que se produzca la detención.
- Derecho a ser asistido por un representante legal y a mantener una comunicación constante con él o ella.
- Derecho a recibir asistencia gratuita de un intérprete cuando no pudiera entender o hablar el idioma empleado en el Estado receptor.
- Derecho a seguir el procedimiento en libertad, mediante el establecimiento de ciertas garantías que aseguren la comparecencia en cualquier momento de las diligencias procesales. Con ello se entiende que la prisión preventiva debe ser la excepción y no la regla.
- Derecho a exigir una indemnización en el caso de que hayan sufrido una detención arbitraria.

En el caso de que la detención se produzca por la comisión de algún delito, la persona migrante tendrá los mismos derechos y garantías que tienen los nacionales ante los tribunales y cortes de justicia, entre ellos destacan los siguientes:

- Derecho a ser oídos públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley.
- Derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.
- Derecho a ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y las causas de la acusación formulada en su contra.
- Derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y comunicarse con un defensor de su elección.
- Derecho a ser juzgado sin dilaciones.
- Derecho a participar en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección.
- Derecho a ser asistido por un defensor de oficio de manera gratuita en caso de que la persona migrante así lo solicite o careciera de medios suficientes para pagar a un defensor o defensora particular.
- Derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y a que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.
- Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal.

- Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.
- Derecho a inconformarse con la resolución judicial y solicitar que un tribunal superior examine la sentencia del juez de primera instancia.
- Derecho a ser indemnizado en el caso de que la sentencia definitiva haya sido posteriormente revocada por un error judicial.
- Derecho a no ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional.

1.4 CONDICIONES DE DETENCIÓN

En relación con los derechos a la integridad personal y a la libertad y seguridad personal, el artículo 17 de la Convención establece que las personas migrantes privadas de su libertad serán tratadas humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano y a su identidad cultural. Dicho principio rector se traduce en disposiciones muy precisas. Así se establece que las personas migrantes deberán de estar separadas de los condenados y sometidas a un régimen distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas. Especialmente las personas detenidas por razón de su condición migratoria irregular deben ser alojadas en centros distintos a los de personas que son detenidas por causas penales, con lo cual se refuerza el carácter administrativo y no penal de la sanción impuesta a las personas migrantes. En el caso de los menores de edad, deberán de estar separados de los adultos y sus procedimientos serán desahogarse con la mayor rapidez posible. Durante la detención las personas migrantes podrán recibir visitas y mantener contacto con sus familiares y personas del exterior.

Finalmente, se tiene que tomar en cuenta que se prohíbe todo tipo de trato cruel, inhumano o degradante hacia las personas migrantes que se encuentran privadas de su libertad. Actos o tratos como encerrar a una persona en la cajuela de un vehículo, someterla prolongadamente a posiciones incómodas, negar los alimentos y bebidas adecuados o proporcionarle exclusivamente alimentos descompuestos, privarla de un sitio adecuado para hacer sus necesidades fisiológicas o negarle la atención médica en lugares de detención, han sido interpretadas por el Comité de Derechos Humanos y por la Corte Interamericana como conductas violatorias del derecho a la integridad personal. En el caso *Loayza Tamayo* la Corte Interamericana consideró que actos tales como la incomunicación durante la detención, la exhibición pública con un traje infamante a través de los medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, constituyen tratos degradantes en tanto que “infunden un sentimiento de miedo, ansia e inferioridad con el fin de humillar, degradar y romper la resistencia física y moral de la víctima²⁹”.

1.5 DERECHO A ADQUIRIR, CONSERVAR Y TRANSMITIR LA CIUDADANÍA

Los Estados deben adoptar medidas efectivas para asegurar que todos los no ciudadanos disfruten del derecho a adquirir la ciudadanía sin discriminación. Por consiguiente, los Estados no deben discriminar a grupos particulares de ciudadanos sobre la base de la raza o el origen étnico o nacional en lo que respecta a la naturalización o a la inscripción de los nacimientos, y deben eliminar de su legislación toda discriminación de la mujer respecto del hombre en lo relativo a la adquisición y transmisión de la nacionalidad.

²⁹Cfr. CIDH, *Caso Loayza Tamayo*, Sentencia del 17 de septiembre de 1997, Serie C, Número 33, párrafo 57.

Los cónyuges no ciudadanos de los ciudadanos deberán poder adquirir la ciudadanía en igualdad de condiciones independientemente de su género. El artículo 9 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece que:

«1. Los Estados Partes otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán, en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge.

2. Los Estados Partes otorgarán a la mujer los mismos derechos que al hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos».

1.6 DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA

Las personas migrantes, como cualquier persona, tienen derecho a ser protegidas por el Estado y sus autoridades frente a cualquier tipo de delito cometido por particulares. El artículo 18 de la Convención establece que “los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán iguales derechos que los nacionales del Estado de que se trate ante los tribunales y cortes de justicia.”

En este sentido el Estado está obligado a tomar todas las medidas que estén a su alcance para prevenir cualquier tipo de agresión, hostigamiento o abuso que puedan llegar a sufrir las personas migrantes, tanto en su camino hacia un país receptor como en el propio país receptor. Aunque su condición migratoria sea irregular, las autoridades deben protegerlos. Si son objeto de algún tipo de delito tienen el derecho a denunciar ante las autoridades los hechos para que éstas cumplan con su deber de investigar a los posibles responsables, inicien un proceso en contra de los presuntos delincuentes y, en su caso, impongan las sanciones respectivas al haber encontrado elementos suficientes para demostrar su responsabilidad en los delitos cometidos. Las personas migrantes no podrán ser deportadas o expulsadas del país al momento de acercarse a las autoridades de justicia para presentar una denuncia. El Estado debe encontrar la manera de otorgar permisos de estancia temporales con el fin de que las personas den seguimiento al proceso y puedan aportar los elementos e información necesarios para una adecuada procuración de justicia.

1.7 DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (DESC)

Los Estados deben evitar que se practiquen diferencias de trato entre ciudadanos y personas migrantes que puedan dar lugar a un disfrute desigual de los derechos económicos, sociales y culturales. Los gobiernos, progresivamente, deben adoptar medidas para proteger el derecho de toda persona —sin distinción por motivos de ciudadanía— a la seguridad social, un nivel de vida adecuado, que incluya alimentación, vestido y vivienda apropiados y una mejora continua de las condiciones de vida, el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y la educación.

1.7.1 Derecho al trabajo

De este grupo de derechos, la Convención se concentra en el derecho al trabajo como el derecho que logra articular y asegurar el cumplimiento del resto de los DESC, pero también como el derecho que garantizará que las personas migrantes puedan insertarse en la sociedad receptora en igualdad de condiciones que el resto de los individuos. Es por ello que otorga una protección muy amplia al derecho al trabajo y los derechos laborales de las personas migrantes, independientemente de que sean documentadas o indocumentadas.

El principio general que plantea la Convención es que las personas migrantes no pueden recibir un trato menos favorable que las personas nacionales del Estado receptor. En este sentido la Convención se encuentra en plena sintonía con la Opinión Consultiva 18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al plantear que debido a que las relaciones laborales surgen en el contexto mismo que se da entre las personas migrantes y los patrones, la condición migratoria de los primeros es irrelevante para la cuestión de determinar cuáles son los derechos y obligaciones de cada uno. En este sentido, dar un trato desigual en cuanto a los derechos laborales a una persona por su condición migratoria irregular resultaría una clara discriminación.

Así pues, el artículo 25 de la Convención establece que las personas migrantes irregulares no podrán ser discriminadas en relación con las personas nacionales o las personas migrantes regulares en lo relativo a las condiciones laborales, es decir, a horas extras, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, fin de la relación de empleo, edad mínima o cualquier otra condición laboral establecida como tal en la legislación del Estado receptor.

La Convención no sólo exige que el Estado *respete* los derechos laborales de las personas migrantes, sino que también demanda que lo Estados *protejan* a las personas migrantes de cualquier tipo de discriminación laboral cometida por algún empleador particular del Estado receptor. El artículo 25.3 de la Convención señala expresamente que los empleadores no podrán alegar la condición migratoria irregular de las personas trabajadoras para no cumplir sus obligaciones contractuales hacia ellas.

Como parte de sus derechos laborales, la Convención también contempla el derecho de las personas migrantes irregulares a participar en las reuniones y actividades de los sindicatos ya existentes, a afiliarse a ellos y a solicitar su ayuda para defender sus derechos. A las personas migrantes regulares les reconoce, además, el derecho a conformar asociaciones y sindicatos con el fin de defender sus derechos laborales³⁰.

Cómo elemento del derecho al trabajo la Convención también reconoce el derecho de las personas migrantes a la seguridad social en los mismo términos que los nacionales del Estado receptor. Otro elemento muy importante es que las personas migrantes tienen el derecho de transferir sus ingresos y ahorros, así como sus bienes, a personas de sus Estados de origen³¹. Los Estados tienen la obligación de tomar las medidas para garantizar los mecanismos y medios más adecuados para ello.

1.7.2. Derecho a la salud

La Convención reconoce el derecho de las personas migrantes irregulares a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en los mismo términos que los nacionales. Por ello, se entienden que podrán recibir atención médica gratuita cuando en el Estado receptor se cuente con un régimen de acceso gratuito a ésta. A las personas migrantes regulares se les reconoce además el derecho a gozar de servicios médicos cuando forme parte de los planes correspondientes, se entiende que esto será así por la relación laboral que mantienen ellas o algún familiar.

³⁰Véase el artículo 40 de la Convención.

³¹Véase el artículo 32 de la Convención.

1.7.3 Derecho a la educación

La Convención establece un estándar más alto en el caso del derecho a la educación. En este caso los Estados tendrán la obligación de brindar educación gratuita a los hijos de las personas migrantes, tanto en el nivel preescolar como en el nivel básico, es decir, primaria. Este derecho no podrá denegarse por la situación inestable de los padres en el Estado receptor, ni por la condición irregular de estancia de los niños y las niñas hijos de las personas migrantes. Cuestiones tales como la falta del acta de nacimiento, el comprobante de domicilio, la constancia de grado u otro tipo de requisitos, no podrán ser considerados como obstáculos para que las y los hijos de las personas migrantes sean incorporados al sistema escolar de los países de recepción³².

En cuanto a las personas migrantes regulares, la Convención establece que los Estados les brindarán las mismas oportunidades que a los nacionales para acceder a los servicios de orientación profesional y a las instituciones de enseñanza profesional.

1.7.4 Derechos culturales

Se debe respetar el derecho a la identidad cultural de las personas migrantes, esto implica que el Estado no podrá interferir en el desarrollo y expresión cultural de sus comunidades, que deberá fomentar que las persona migrantes puedan seguir alimentando y fortaleciendo su cultura, pero también que tendrá que tomar todas las medidas para protegerlas de actos xenófobos o discriminatorios por razón de su cultura o su religión³³. Por otro lado, los Estado también deberán tomar las medidas pertinentes para lograr que las personas migrantes puedan participar activamente de la cultura dominante en el país receptor, esto significa que impedirá que queden marginadas o excluidas de los desarrollos culturales y científicos que se produzcan.

1.7.5 Derecho a la vivienda

En este sentido, la Convención sólo menciona que las personas migrantes regulares podrán acceder, sin discriminación en relación con los nacionales, a los programas de vivienda que implemente el Estado. Sin embargo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha establecido que, en relación al derecho a la vivienda, los Estados deben poner especial énfasis en las necesidades de los grupos que se encuentran en una situación de mayor discriminación, y entre ellos se contempla a las personas migrantes. Esto implica sobre todo impulsar programas que generen mayores oportunidades para que las personas migrantes puedan gozar de una vivienda adecuada³⁴.

³²Véase la Observación General número 13 Sobre el Derecho a la Educación del Comité para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. E/C.12/1999/10.1999.

³³El artículo 12 de la Convención protege el derecho de los trabajadores migratorios y sus familiares a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

³⁴Véase la Observación General sobre el Derecho a la Educación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. E/1992/23.1991.

ANEXO 1

FUNDAMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

- El presente cuadro pretende servir como base para los formatos de denuncia ante el Agente del Ministerio Público, quejas ante la Comisión Nacional o Estatal de Derecho Humanos, presentación de casos ante los Relatores de Naciones Unidas y solicitudes de medidas cautelares.
- No es un análisis detallado ni abarcan la totalidad de derechos humanos, solo se incluyen aquellos que en la práctica hemos detectado que se violan más frecuentemente.

DERECHO HUMANO / VIOLACIONES	FUNDAMENTO
Allanamiento de Morada	Arts. 16 CPEUM; V y IX DADDH; 17.1 y 17.2 PIDCP; 11.1, 11.2 y 11.3 CADH; 16.1 y 16.2 CDN; 3 CCFEHCL; 285 CPDF
Amenazas	Arts. 5 CCFEHCP ⁱ ; 282 CPDF ⁱⁱ
Cobros indebidos a reclusos	Art. 19 CPEUM
Cohecho	Arts. 222 CPDF; 88. 89 y 90 LFRSP ⁱⁱⁱ
Denegación de justicia	Arts. 17 CPEUM; 10 DUDDHH; 14.1 PIDCP; II y XVII DADDH; 8.1, 8.2, 24 y 25 CADH
Derecho a la igualdad y al trato digno	Arts. 1, 2, 4 y 12 de la CPEUM ^{iv} ; 1, 2.1, 2.2 y 10 DUDDHH ^v ; II DADDH ^{vi} ; 2, 3, 20.2, 26 y 27 PIDCP ^{vii} ; 1 y 24 CADDHH ^{viii} ; 2 y 30 CDN ^x .
Derecho a la Legalidad y a la seguridad jurídica	Arts. 14, 15, 19 y 20 CPEUM; 8, 10 y 11 DUDDHH; 9.2 9.3, 3, 4, 5 14 y 15.1 PIDCP; XVIII; XXVI DADDH; 7.4, 7.5, 7.6 , 7.7 y 8 CADH
Derecho a la Libertad	Arts. 14 CPEUM; 2.1, 3 y 4 DUDD; 1 CADDH; 2.1, 5.2, 8, 9.1, 12.2 y 18.1 PIDCP; y, 1 y 2 CADH
Derecho a la Libertad de Expresión	Arts. 6 y 7 CPEUM; 19 DUDDHH; IV DADDH; 19 PIDCP; 13.1 CDN; y, 13 CADH
Derecho a la libertad de reunión y asociación	Arts. 9 CPEUM; 20.1, 20.2, 21.1, 21.2 y 21.3 DUDDHH; XXI y XXII DADDH; 5 CIETFDR; 21 Y 22 PIDCP; 15 y 16 CADH; y, 15.1 y 15.2 CDN.
Derecho a la Libertad Religiosa	Arts. 24 CPEUM; 18 DUDDHH; III DADDH; 5 CIEFDR; 12 CADH (Ver la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público)
Derecho a la Vida	Arts. 14 CPEUM; 3 DDUDDHH; 1 DADDH; 6 PIDCP; 1.2 y 4 CADH; 1, 6.1 y 6.2 CDN; 149 Bis CPDF.
Derecho de Petición	Arts. 8, 9 y 35.V CPEUM; XXIV DADDH
Derechos del Niño	Arts. 4 CPEUM; 2, 4 y 5 DDN ^x ; 1, 2, 3 y 4 CDN
Desaparición Forzosa	Arts. 2 y 10 DPTPDP ^{xi}
Detención Arbitraria	Arts. 16 y 19 CPEUM; 3, 9 y 11.1 DUDDHH; XXV y XXVI DADDH; 9 y 10.1 PIDCP; 7 CADH; 1, 2 y 3 CDFEHCL; 10.1, 10.2 y 11 CTOTPCID; y, 225 CPDF

DERECHO HUMANO / VIOLACIONES	FUNDAMENTO
Dilación en el Procedimiento Administrativo	Art. 17 LFPA ^{xii}
Ejercicio Indevido de la Función Pública	Arts. 47 LFRSP y 214 CPDF
Extorsión	Art. 390 CPDF
Incomunicación	Art. 20 II CPEUM y 225 CPDF
Integridad y Seguridad Personal	Arts. 16 y 22 CPUM; 3 DUDDHH; I, V Y XXV DADDH; 7, 9 Y 10.1 PIDCP; 5 y 7 CADH
Intimidación	Arts. 20.II CPEUM y 219 CPDF
Lesiones	Art. 288 CPDF
No Discriminación	Arts. 1 CPEUM; 1, 2, 4, 6, 7 y 16 CIEFDR ^{xii} ; 1 y 16.1 CEDAW ^{xiv} ; y 2 CDN. (Ver tema de discriminación)
Tortura	Arts. 20 CPEUM; 5 DUDDHH; 1.1 CTOTPCID; 7 PIDCP; 37 a Y 39 CDN; 3 y 5 CCFEHCP (Ver Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura)
Violación a los Derechos de los Reclusos o Internos	Arts. 14, 18, 19 Y 20 CPEUM; 8, 10, y 11.1 DUDDHH; XVII DADDH; 4.1 y 10.1 PIDCP; 5 CADH; 2.3 y 11 CTOTPCID ^{xv}

-
- i Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley
 - ii Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal
 - iii Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos
 - iv Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
 - v Declaración Universal de Derechos Humanos
 - vi Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
 - vii Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
 - viii Convención Americana sobre Derechos Humanos
 - ix Convención sobre los Derechos del Niño
 - x Declaración del Derecho del Niño
 - xi Declaración sobre la Protección de Todas las Formas contra las Desapariciones Forzosas
 - xii Ley Federal de Procedimiento Administrativo
 - xiii Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial
 - xiv Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
 - xv Convención contra la Tortura y Otros Trato o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes