
Protección internacional de los Derechos Humanos de los trabajadores migratorios

Migrant Workers Human Rights International Protection

M^a Ángeles CANO

Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)
angeles.cano@urjc.es

RECIBIDO: 2010-12-12 / APROBADO: 2010-12-14

“Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”
(Artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos)

Resumen: La Convención de las Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares recoge y especifica para un colectivo especialmente vulnerable, el de los trabajadores migratorios, toda una serie de derechos previamente reconocidos en otros instrumentos internacionales. Si la titularidad y el ejercicio de estos derechos corresponden a todos los seres humanos, el hecho de la migración no debe dificultar su disfrute sin que ello menoscabe el ejercicio de la competencia estatal para regular el ingreso en su territorio de extranjeros. Por ello y por el previsible incremento del fenómeno migratorio resulta necesario que los Estados más desarrollados y, específicamente, los Miembros de la Unión Europea proceden a la mayor brevedad posible a su ratificación.

Palabras clave: Derechos humanos, protección internacional, trabajador migratorio, Convención de Naciones sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, ratificación.

Sumario: 1. CONSIDERACIONES INICIALES; 2. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS MIGRANTES; 3. LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES; 4. OTROS CONTENIDOS DE LA CONVENCIÓN; 5. CONSIDERACIONES FINALES.

Abstract: The International Convention on the Protection of the Rights of Immigrant Workers and their family members collects and specifies, for a particularly vulnerable group, a number of rights previously recognized in other international instruments. If these rights belong to all human beings, the fact of migration should not hamper their enforcement, and this without any impairment of the exercise of governmental authority to regulate the entry of foreigners into its territory. Therefore, and also due to the expected increase of migration, it is necessary that the most developed States and, specifically, the European Union State Members proceed to its earliest possible ratification.

Key words: Human Rights, International Protection, International Convention Protection Rights; All Migrant Workers and Members of Their Families, Ratification.

Contents: 1. INITIAL CONSIDERATIONS; 2. THE JUDICIAL FRAMEWORK FOR THE ENFORCEMENT OF IMMIGRANTS´ RIGHTS; 3. THE UNITED NATIONS´ CONVENTION RECOGNIZED RIGHTS OF MIGRANT WORKERS AND FAMILIES; 4. OTHER CONTENTS OF CONVENTION; 5. FINAL REFLECTIONS.

1. CONSIDERACIONES INICIALES

Como se sabe, el 10 de diciembre de 1948 se aprobó por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos fundamentada en la consideración de que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana¹. Como expresión de la importancia y en conmemoración de la fecha de adopción cada 10 de diciembre se celebra el Día internacional de los Derechos Humanos.

Esta Carta internacional de los derechos del hombre representa, además, el primero de los instrumentos internacionales dedicados a una cuestión que se ha erigido como central para la Sociedad Internacional en su conjunto, al ser la máxima expresión de uno de sus valores más importantes: todas las personas gozan del reconocimiento de unos mismos derechos inalienables.

Desde el primer reconocimiento de esta trascendental afirmación hasta nuestros días se han producido, en el plano internacional, importantes avances tanto *desde el punto de vista normativo*, con la entrada en vigor de numerosos tratados internacionales, como *desde el punto de vista de su aplicación*, con la puesta en marcha de diversos mecanismos de supervisión y control. Todo ello no ha restado protagonismo al primero de los instrumentos, cuya universalidad y pertinencia actuales resultan incuestionables².

Sin embargo, la materialización efectiva de los valores proclamados y el reconocimiento y aplicación igualmente efectivo para todos los hombres de estos derechos dista mucho de haberse alcanzado a pesar de todos los esfuerzos realizados tanto en los ámbitos internos estatales como en el internacional, en el que nos centraremos.

En concreto, los cambios habidos en las últimas décadas en la Sociedad internacional conducentes a la conformación de la actual Sociedad glo-

¹ Primer párrafo del Preámbulo de la Resolución 217 (III), Carta Internacional de los Derechos del Hombre.

² Sobre la Declaración, cfr. CARRILLO SALCEDO, "Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos", en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993; ORÁA, J., "La Declaración Universal de los Derechos Humanos", en LÓPEZ ISA, F. (dir.), PUREZA, J. M., *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*; CASSIN, R., en "La déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme", *Recueil des Cours*, Vol. 79, Martinus Nijhoff Publishers, 1951.

balizada ha comportado que emergiera un nuevo colectivo de seres humanos como grupo especialmente vulnerable, *el de las personas migrantes*. En efecto, de acuerdo con fuentes de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) el número estimado de migrantes internacionales a nivel mundial alcanzó, en 2010, los 214 millones, lo que representa el 3,1% de la población mundial. Un porcentaje de población que resultaría ser la del quinto Estado más poblado del mundo. En todo caso, estas cifras son claramente superiores a los 27,1 millones de desplazados internos que se estimó existían en 2009 en el mundo y a los actuales 15,2 millones de refugiados.

Las mujeres representan, en la actualidad, en torno al 50% del total estimado de migrantes internacionales, si bien la cifra oscila, según las fuentes consultadas, +/-1%. En todo caso, *el número total de migrantes internacionales ha aumentado en los últimos diez años*, pasando de los 150 millones en 2000 a los 214 millones actuales, lo que significa que una de cada treinta y tres personas en el mundo es un migrante.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) considera que actualmente están operando dos grandes fuerzas del mercado de trabajo que redundan en aumento de las migraciones por razones de empleo: muchas personas en edad de trabajar no pueden encontrar empleo o no pueden conseguir un empleo adecuado para mantenerse ni mantener a sus familias en sus propios países, mientras que en otros países hay escasez de trabajadores para cubrir puestos en diversos sectores de sus economías. Entre otros factores que también influyen en esta situación, cabe citar los cambios demográficos, las crisis socioeconómicas y políticas y el aumento de las diferencias salariales tanto entre los países desarrollados y en desarrollo como dentro de los propios países. El resultado es un intenso movimiento transfronterizo de personas con fines de empleo que conforma el colectivo de los trabajadores migratorios.

Asimismo, frente a estos simples datos, también se debe analizar *la reacción institucional*. La importancia y la magnitud del fenómeno de las migraciones, que implica a millones de personas, afecta a un gran número de Estados ya sea como países emisores o como receptores. En efecto, una de las actuales tendencias globales en materia de migración es que ésta se encuentra más ampliamente distribuida, a lo largo y ancho de más Estados. En nuestros días, los diez principales países de destino de migrantes reciben un porcentaje menor del total de migrantes que recibían en 2000. Y si bien es cierto que la actual crisis económica mundial ha reducido la emigración en muchas partes

del mundo no parece que, de momento haya estimulado una migración de retorno sustancial³.

En definitiva, si bien el fenómeno migratorio no es nuevo ni exclusivo de nuestros días⁴, sí se han producido, como se ha apuntado, *significativos cambios*, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo, de forma que prácticamente todos los Estados se ven afectados bien como países receptores de emigración o como emisores.

Los problemas que plantea la migración son muy numerosos pero aquí sólo se abordará la cuestión ya apuntada, la del *pleno e igual disfrute por todos los hombres de una serie de derechos fundamentales, reconocidos internacionalmente, con independencia del lugar donde se encuentren*. En consecuencia, independientemente de su condición migrante o de su nacionalidad, de su específica situación legal o de su ubicación concreta, *todos los migrantes tienen derechos humanos inalienables* que los Estados están obligados a respetar y hacer respetar, en el ámbito de su jurisdicción territorial, en ejercicio de las competencias derivadas de su soberanía.

En suma, existe la imperiosa necesidad de abordar las migraciones principalmente desde una perspectiva fundamentada en los *derechos humanos* y no desde el punto de vista de la *seguridad del Estado*. El carácter de universalidad de la titularidad y ejercicio de los derechos humanos fundamentales impide que ninguna persona pueda perderlos como consecuencia de su condición de trabajador migrante.

2. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS MIGRANTES

En el ámbito jurídico-internacional universal, los derechos de los migrantes se encuentran reconocidos, a nivel universal, en dos grandes grupos de ins-

³ Cfr. Informe sobre las migraciones en el mundo 2010: El futuro de la migración: Creación de capacidades para el cambio. Entre las previsiones del Informe figura que la escala de la migración bien pueda superar en breve los actuales niveles. AUDEBERT, C.; DORAÏ, M. K., “**I**nternational Migration in the Twenty-first century: towards New Research Perspectives”, en *Migration in a Globalised World: New Research Issues and Prospects*, ed. by Cédric Audebert and Mohamed Kamel Doraï, 2010. DE GUCHTENEIRE, P., PÉCOU, A., “La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de los trabajadores migrantes. Obstáculos, oportunidades y perspectivas”, *Migraciones*, n° 24 (2008), pp. 9-55.

⁴ Muy al contrario, la historia del hombre bien podría ser calificada en sus inicios como la historia de sus migraciones.

trumentos. Por un lado, *los tratados de derechos humanos básicos* actualmente en vigor⁵ y, por otro lado, *el Derecho Internacional del Trabajo*⁶. Finalmente, los protocolos sobre la trata y el tráfico de personas, que complementan la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, también se refieren a la protección de los derechos humanos de las personas objeto de trata y de los migrantes objeto de contrabando⁷.

2.1. *Protección en el ámbito Universal de las Naciones Unidas*

Como ya se indicó, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, “*ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse*”, es la piedra angular del conjunto de la Comunidad internacional contemporánea respecto a la protección universal de los derechos humanos y punto de referencia programático indispensable en el desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos. El caso de los extranjeros no es una excepción.

Así se desprende del examen conjunto de la Declaración Universal y de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)⁸, que desarrollan y pre-

⁵ Se trata del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 1984; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 1965; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979; Convención sobre los Derechos del Niño, 1989; Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2006 y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, 1990. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos.

⁶ Con los dos convenios de la OIT relativos específicamente a la protección de los trabajadores migrantes (Nos. 97 y 143).

⁷ Vid. DÍAZ BARRADO, C. M., DÍAZ SILVEIRA, C., “Los derechos laborales de los migrantes. Especial consideración a los procesos de integración sudamericanos”, *Cuadernos Iberoamericanos de Integración*, n° 17, Madrid, 2010.

⁸ Adoptados ambos el 16 de diciembre de 1966. Cfr. NOWAK, M., “El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos” y MILÁ MORENO, J., “El Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales”, ambos en LÓPEZ ISA, F. (dir.), PUREZA, J. M., *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004. Rhina CABEZAS VALENCIA, R., GILSANZ BLANCO, J., “Los derechos humanos de los migrantes”, *Revista española de desarrollo y cooperación*, n° 23 (2009) (ejemplar dedicado a: *Derechos Humanos y desarrollo*), pp.113-126; Informe de Amnistía Internacional, “Vivir en las sombras: Los derechos humanos de las personas migrantes” n° 83 (2006).

cisan el contenido de la primera, estableciendo obligaciones jurídicas para los Estados Partes.

Como ya se indicó, el Preámbulo de la Declaración no permite establecer ninguna distinción entre las personas al ser todos miembros de la familia humana, lo que implica la *igualdad plena de derechos y de trato entre nacionales y extranjeros*. Esta afirmación es corroborada por la igualdad reconocida en el artículo 1 de la Declaración que afirma que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y por el principio de no discriminación, recogido en el artículo 2.1, un principio fundamental en el contexto de la migración. Esta prohibición de discriminación por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición es recogida como obligación jurídica para los Estados Partes en ambos Pactos, en los artículos 2.1 y 2.2, respectivamente⁹.

Por lo demás, el contenido del artículo 7 de la Declaración dedicado a la igualdad ante la ley, reconocido a su vez en el artículo 26 PIDCP, afirma igualmente que “*Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación*”. Junto a estas proclamaciones de derechos y el resto de formulaciones positivas (“Toda persona”) cabe asimismo señalar las numerosas formulaciones negativas que contiene la Declaración Universal al referirse a ciertas prácticas prohibidas como la esclavitud o la tortura, a las que nadie puede ser sometido.

Frente a estas equiparaciones de derechos y libertades entre nacionales y extranjeros existen, empero, algunas limitaciones. Así, se excluye a los extranjeros del ámbito de aplicación personal de algunos derechos: en concreto, de los *derechos de participación política y de acceso a la función pública*. Así, el artículo 21 de la Declaración establece que “Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de

⁹ Art. 2.1 PIDCP: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción sin distinción por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Art. 2.2. PIDESC “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

igualdad, a las funciones públicas de su país” mientras que el artículo 25 del PIDCP considera titular de estos derechos a todos los ciudadanos, una condición derivada de la nacionalidad.

Sin embargo, el derecho clave es el *relativo a la libre circulación* que en la Declaración se formula como derecho a salir del propio país y regresar a él, sin que ello implique menoscabar ni cuestionar, en la interpretación mayoritaria de los Estados, el ejercicio de las competencias estatales para regular la entrada de nacionales de terceros Estados en sus propios territorios. Así lo recoge expresamente el artículo 13 del PIDCP que sólo reconoce el derecho a circular libremente por el Estado y a escoger en él su residencia a las personas que se hallen legalmente en el territorio. Por tanto, los Estados, sin contravenir el principio de igualdad, tienen el derecho de decidir sobre las condiciones de entrada como de permanencia de los extranjeros, y, por tanto, no puede afirmarse que dicho artículo otorgue derecho alguno a la migración, individual o colectiva. Ello implica que sólo se reconoce a las personas el derecho a entrar en su propio país puesto que el ejercicio del derecho de salida del mismo está condicionado, teniendo en cuenta la división geográfica en Estados, a la aceptación de entrada de otro Soberano.

En este plano universal, la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* (CTMF) no surge, como se desarrollará más adelante, para suplir un vacío normativo dada la existencia en el Derecho Internacional de normas destinadas a garantizar los derechos y libertades de los extranjeros, incluidos sus derechos económicos pero sí representa un paso adelante tendente a la progresiva equiparación de derechos, desde el enfoque la especial vulnerabilidad de éste y de su familia.

Finalmente, cabe indicar que otras instancias de las Naciones Unidas se han preocupado de algunos aspectos relativos a los trabajadores migratorios y sus familias, Así, las necesidades educativas de los hijos de los trabajadores migrantes han centrado la especial atención tanto de la Comisión de Desarrollo Social de las Naciones Unidas como de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura;¹⁰ al tiempo que, desde

¹⁰ La Convención sobre los Derechos del Niño fija estándares del trato a los menores de 18 años de edad. Se refiere a una variedad de asuntos, incluyendo derechos a la salud, educación, familia, un nivel adecuado de vida, etcétera. La prohibición en contra de la discriminación en el artículo 2 significa que cualesquiera beneficios que un Estado otorgue a los menores que sean sus nacionales, debe otorgarlos a todos los menores, incluyendo refugiados y otros migrantes.

UNICEF, se han buscado los medios más eficaces para que dichos menores puedan beneficiarse plenamente de las disposiciones de la *Convención de los Derechos del Niño*. También debe tenerse en cuenta que estos colectivos de menores y de trabajadores migrantes configuran, en mucho de estos casos, *minorías étnicas* acreedoras de una especial protección en el país de acogida.

Resulta igualmente necesario mencionar la labor realizada por el Relator especial de la Comisión de Derechos Humanos¹¹ que, desde 1999, ha tratado de encontrar los medios para superar los obstáculos y que se logre una plena y efectiva protección de los derechos humanos de los emigrantes, incluyendo las dificultades existentes para el retorno de aquellos que están indocumentados. Uno de los aspectos más claramente destacados por éste es la reticencia de los Estados de acogida a reconocer la existencia de una demanda de mano de obra emigrante, al ser uno de los factores que favorecen la inmigración clandestina, marco en el que se producen los mayores abusos y las más numerosas violaciones de los derechos humanos de los migrantes. Sin embargo, estos se producen igualmente en el marco de la migración legal, sobre todo en la situación de migración temporal¹².

¹¹ El mandato del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes fue establecido en 1999 por la Comisión de Derechos humanos y, posteriormente, asumido y revisado por el Consejo de Derechos Humanos que con su resolución 8/10 de 18 de junio de 2008 reforzó su mandato. Desde el establecimiento de la institución del relator especial, por resolución 1999/44, se han elaborado 6 informes generales, 3 relativos a las comunicaciones de los Estados y 10 sobre las visitas in situ. De acuerdo con lo señalado en sus últimos informes (E/CN.4/2006/73 y E/CN.4/2006/73/Add.1), que abarcan 2005, se enviaron comunicaciones a 34 Estados, de ellos 5 miembros de la Unión Europea, España entre ellos junto a Francia, Italia, Holanda y Malta. De acuerdo con dichos informes, la situación de España es la siguiente: situación geográfica especial como frontera exterior de la Unión Europea; adopción del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre de 2004 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en el que se aborda la cuestión de la compatibilidad entre el refuerzo de los sistemas de control de la inmigración con las medidas de reagrupación familiar y de integración de los inmigrantes; adopción del Real Decreto 553/2004 de 17 de abril de 2004 en el que se atribuye al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales el desarrollo de la política del Gobierno en materia de extranjería e inmigración. Asimismo para aliviar la sobrecarga de trabajo de la Oficina de Extranjeros se aprobó y aplicó el Plan de Medidas Urgentes en materia de extranjería para mejorar los procedimientos y tramitar un mayor número de expedientes.

¹² Con respecto a España, conviene recordar algunas de las afirmaciones del Informe que la Relatora Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes elaboró tras su visita a España. Así, percibió una situación de desconocimiento de las garantías y derechos que la Ley atribuye y reconoce a los migrantes, que puede resultar en casos de decisiones arbitrarias y eventuales violaciones de los derechos humanos. En particular en el contexto de la interceptación, devolución, expulsión e internamiento, a menudo los migrantes enfrentan el riesgo de indefensión

2.2. Protección en el ámbito de Organización Internacional de Trabajo (OIT)

De acuerdo con los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, el Consejo de Administración de la OIT¹³ adoptó, en 1988, la *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. En este instrumento se afirmó que todos los Estados Miembros, aun cuando no hubieran ratificado los convenios fundamentales de la OIT, por su mera pertenencia a la Organización tienen el compromiso de respetar, promover y hacer realidad una serie de principios y derechos fundamentales en el trabajo. Se trata, en primer lugar, de la libertad de asociación y sindical del reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva; en segundo lugar, de la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; seguido de la abolición efectiva del trabajo infantil y, finalmente, de la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Estos derechos están recogidos en *ocho convenios fundamentales de la OIT*¹⁴, que si bien no se ocupan específicamente de los trabajadores migratorios, con-

frente a posibles abusos y violaciones debido a la ausencia o insuficiencia de asistencia letrada. La visita fue realizada en septiembre de 2003. El informe se presentó el 14 de enero de 2004 (E/CN.4/2004/76/Add.2). ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., "Extranjería e inmigración en España y la Unión Europea", *Colección Escuela Diplomática*, n° 3, Madrid, 1998.

¹³ Con la última admisión hasta la fecha, realizada el 15 de mayo, son 183 los Estados miembros de la OIT, la práctica totalidad de los miembros de la Comunidad Internacional. Entre ellos, lógicamente, se encuentran todos los de la Unión Europea, así como Estados Unidos y Canadá. Cfr. TOMEI, M., "La protección internacional de los Derechos Humanos y la igualdad: el papel y el enfoque de la OIT", *Temas laborales, Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n° 68 (2003), pp. 27-57; VALTICOS, N., "Normas internacionales del trabajo y derechos humanos. ¿Cómo estamos en vísperas del año 2000?", *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 117, n° 2 (1998), pp. 153-166; VITTIN-BALIMA C., "Los trabajadores migrantes y las normas de la OIT", *Educación obrera*, n° 129 (2002) (Ejemplar dedicado a: *Trabajadores y trabajadoras migrantes*), pp. 7-14. Con carácter general, BONET PÉREZ, J., *Nociones básicas sobre el régimen jurídico internacional del trabajo*, Ed. Huygens, Barcelona, 2010.

¹⁴ Convenios sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111); sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100); sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87); sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98); sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29); sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105); sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138) y sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182). No obstante, La labor de la OIT no se limita a los convenios. Caben destacar, asimismo, sus recomendaciones como sus proyectos de cooperación técnica, es especial el destinado a poner fin a la discriminación. Sin embargo, fue la primera Conferencia Mundial para combatir el racismo y la xenofobia, que se celebró en Ginebra en 1978, la que recomendó en primer lugar que se elaborase una convención internacional sobre los derechos de los trabajadores migratorios. Cfr. ABELLA M., *Sending workers abroad*, ILO, Geneva, 1997.

tienen disposiciones relativas a los mismos. Además, estos convenios, así como las recomendaciones que los acompañan, son de aplicación general por lo que se aplican a todos los trabajadores sin distinción de nacionalidad y, en muchos casos, con independencia de su situación migratoria.

Con carácter específico, son dos los convenios de la OIT dedicados a los trabajadores migratorios. Se trata del *Convenio n° 97 relativo a los trabajadores migrantes* (revisado en 1949) y el *Convenio sobre las migraciones n° 143* (disposiciones complementarias) de 1975.

En el Convenio n° 97 figuran una serie de disposiciones destinadas a ayudar a los trabajadores migratorios¹⁵. Este instrumento establece las bases para la igualdad de tratamiento entre trabajadores nacionales y extranjeros en situación regular. Con carácter general, el Convenio exige a los Estados que lo ratifican que apliquen a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que apliquen a sus propios nacionales. En concreto, se recogen cuestiones tales como los procedimientos de contratación, las condiciones de vida y de trabajo, el acceso a la justicia así como la reglamentación sobre impuestos y seguridad social. Establece asimismo disposiciones sobre las condiciones de contratación, la participación de migrantes en la formación y promoción profesionales, la reunificación familiar, el despido injustificado o la expulsión, así como otras medidas destinadas a regular el proceso migratorio en su conjunto. En este sentido, se pide a los Estados que ratifican el Convenio que faciliten la información pertinente a otros Estados miembros de la OIT y a la Organización, que tomen todas las medidas pertinentes contra la propaganda que pueda inducir a error y que faciliten la salida, el viaje y el recibimiento de los trabajadores migratorios.

Por su parte, el Convenio n° 143 fue adoptado en un momento en el que la Comunidad internacional comenzó a considerar el incremento de la migración irregular. Por ello, sus dos principales objetivos son, por un lado, *regular los flujos migratorios, eliminar la migración clandestina y luchar contra las actividades de tráfico y de trata de personas* y, por otro lado, facilitar la integración de los migrantes en las sociedades de acogida. Así, dedica su primera parte a las migraciones en condiciones abusivas y la segunda a la igualdad de oportuni-

¹⁵ El Convenio n° 97 cuenta, en 2010, con 49 ratificaciones. España es parte. Cabe destacar que también lo son Bélgica, Eslovenia, Italia, Francia, Países Bajos, Portugal y Reino Unido.

dades y de trato. Los Estados que ratifiquen ese Convenio tienen la opción de aceptar todo este instrumento o una u otra de esas partes, lo que, sin embargo, no ha facilitado en exceso el número de ratificaciones¹⁶. El Convenio prevé, en todo caso, que los Estados deben respetar los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios. Deben igualmente suprimir las migraciones clandestinas con fines de empleo y el empleo ilegal de inmigrantes. Además, los Estados deben adoptar y seguir una política que garantice la igualdad de trato en cuestiones como el empleo y la ocupación, la seguridad social y los derechos sindicales y culturales.

En definitiva, ambos Convenios han sido puntos de referencia esenciales desde su aprobación, proporcionando las bases para la elaboración de una legislación y conducción de la migración laboral a escala nacional. Además, estipulan que los Estados deben facilitar prácticas de contratación justas, un proceso transparente de consultas con interlocutores sociales, reafirmar la no discriminación y establecer la igualdad de acceso entre trabajadores locales y migrantes frente a temas como la seguridad social, condiciones laborales, salarios o afiliación sindical.

2.3. *Protección específica: La Convención de las Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*

Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, la Convención es un paso más del largo y laborioso proceso de diferentes instancias internacionales por promover y defender los derechos de un colectivo especialmente vulnerable, el de los migrantes. Así, la entrada en vigor de la Convención de Naciones Unidas, el 1 de julio de 2003¹⁷, reforzó

¹⁶ Que desde 1975 hasta la fecha solo ha contado con 23 ratificaciones, entre ellos cuatro miembros de la Unión Europea: Eslovenia, Italia, Portugal y Suecia.

¹⁷ De acuerdo con el párrafo 1 de su artículo 87, el primer día del mes siguiente a un plazo de 3 meses contado desde la fecha del 20º instrumento de ratificación. Sobre la Convención, cfr. BONET PÉREZ, J., “La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, en MARINO MENÉNDEZ, F. (coord.), *Un mundo sin desarraigo: El Derecho Internacional de las migraciones*, Catarata, Madrid, 2006; BETSABÉ LUGO RODRÍGUEZ, C., *La convención internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares y la Unión Europea*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006. CANÇADO TRINDADE, A., “Uprootedness and the Protection of Migrants in the Inter-

y completó toda una serie de disposiciones aprobadas en los principales tratados de derechos humanos auspiciados por la Organización.

Como se recordará, la Convención fue elaborada, en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas, con la finalidad de contribuir de un modo eficaz en la prevención y eliminación de *la explotación de los trabajadores migrantes*, abordando de forma completa el proceso migratorio y estableciendo una serie de criterios para el tratamiento, el bienestar y los derechos humanos de todos los migrantes, documentados o no, así como una serie de obligaciones tanto de los *Estados de origen* como de los *de destino*.

Un doble convencimiento fundamenta la Convención. Un primer argumento es que los trabajadores migratorios y sus familiares se encuentran con frecuencia en una *situación de vulnerabilidad* debida, entre otras causas, a la ausencia de su Estado de origen y a las dificultades con las que tropiezan en razón de su presencia en el Estado de empleo. El segundo pilar es haber constatado que los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares no han sido debidamente reconocidos en todas partes y, por tanto, *requieren una protección internacional específica y apropiada*.

En consecuencia, las personas consideradas como trabajadores migrantes de acuerdo con las disposiciones de la Convención siguen siendo titulares y, por tanto, deben poder seguir disfrutando de sus derechos fundamentales, con independencia de su estatuto jurídico, de la legalidad o no de su situación en un Estado del que no son nacionales. Posibles irregularidades al respecto no privan a dichas personas de su condición de ser humano.

Tampoco se niega que los problemas planteados son aún más graves en el caso de *la migración irregular* por lo que se debe alentar la adopción de medidas adecuadas a fin de evitar y eliminar los movimientos y el tránsito clandestinos de los trabajadores migratorios, asegurándoles a la vez la protección de sus derechos humanos fundamentales, por cuanto *“los trabajadores no documentados o que se hallan en situación irregular son empleados frecuentemente en condiciones de trabajo menos favorables que las de otros trabajadores y que para determinadas empresas ello constituye un aliciente para buscar ese tipo de mano de obra con el objeto de obtener los beneficios de una competencia desleal”*.

national Law of Human Rights” en *Revista brasileira de política internacional*, Vol. 51 (2008), pp. 137-168; CHUECA SANCHO, A. G., AGUELO NAVARRO, P., “La Convención sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n^o 10 (2005), pp. 117-126.

Dos aspectos más caracterizan esta Convención. Por un lado, representa un progreso considerable en la defensa de los derechos de los trabajadores migratorios legales e ilegales, así como de sus familias, ya que abarca todos los aspectos y etapas del proceso de emigración, desde el país de origen hasta el país de destino. Por otro lado, es fruto de la labor conjunta realizada por varios organismos de las Naciones Unidas junto con organizaciones no gubernamentales.

En definitiva, la Convención tiene por objeto luchar contra la explotación y las violaciones de los derechos humanos de un grupo de población especialmente vulnerable: los trabajadores migratorios.

- *Por lo que respecta al proceso de elaboración y entrada en vigor* de esta Convención, a pesar de la existencia de un conjunto de principios y normas ya consagrado, la Asamblea General consideró preciso intensificar los esfuerzos para mejorar la situación y garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todos los trabajadores migratorios y de sus familias¹⁸. Por ello, en 1980 se creó un grupo de trabajo en las Naciones Unidas presidido por México. El grupo elaboró el proyecto de texto de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que fue adoptada por unanimidad en la 69ª reunión plenaria de la Asamblea General.

Adoptada la Convención, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos que tuvo lugar en 1993 en Viena, instó a los Estados a ratificarla lo antes posibles así como a garantizar la protección de los derechos humanos de ese colectivo de personas especialmente vulnerables. En el mismo sentido se pronunciaron las Cumbres posteriores sobre Población y Desarrollo, Desarrollo Social, etc.¹⁹.

¹⁸ Además de los Convenios OIT, debe señalarse que ya desde la década de los setenta del siglo pasado, la preocupación por el tráfico ilegal de personas y, en especial de mano de obras, representó una preocupación para la ONU y más en concreto para su consejo Económico y Social.

¹⁹ Parte II, párrafos 33 a 35 de la Declaración y del Programa de Acción de la Conferencia de Viena. En el mismo sentido, el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, que tuvo lugar un año después en El Cairo (1994) insistió en la necesidad de asumir un enfoque internacional global para hacer frente a la migración internacional así como la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (Copenhague, 1995). El caso de las trabajadoras migratorias ha sido asimismo objeto de atención especial por parte de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995).

Sin embargo, tales llamamientos no aceleraron los procedimientos de ratificación mientras que crecían las manifestaciones racistas y xenófobas que hacían peligrar no sólo el bienestar de los trabajadores migratorios sino algunos de los principios básicos de convivencia en sociedades democráticas. De esta manera, ante la lentitud de las ratificaciones, en 1998, se lanzó *una campaña por la ratificación* de la Convención, junto a otras iniciativas en el mismo sentido²⁰.

Finalmente, con el depósito de los instrumentos de ratificación de Guatemala y El Salvador, el 14 de marzo de 2003, se alcanzaron los 20 Estados necesarios para la entrada en vigor de la Convención. El pasado 27 de julio de 2009, Nigeria entró a ser Parte de la Convención sin que, de momento, se haya producido la incorporación de *ningún Estado miembro de la Unión Europea*²¹.

En definitiva, la Convención es el resultado de un largo proceso internacional ya que los flujos migratorios siempre han presentado una preocupación para toda la Comunidad internacional, si bien los primeros esfuerzos se centraron en la figura de los refugiados.

- *Por lo que concierne al contenido general de la Convención*, partiendo de la normativa existente, este instrumento amplía el marco jurídico para todas las migraciones internacionales; promueve un trato justo para los inmigrantes y pretende impedir la explotación de los inmigrantes irregulares. Contempla

²⁰ El Comité Directivo de la Campaña fue convocado en Ginebra por la ONG *Migrants Rights International*, con el objetivo de sentar las bases para una campaña global de ratificación de la Convención y de su entrada en vigor.

²¹ Egipto, Marruecos, Seychelles, Colombia, Filipinas, Uganda, Bosnia-Herzegovina, Sri Lanka, Cabo Verde, Azerbaiyán, Méjico, Senegal, Bolivia, Ghana, Guinea, Belice, Uruguay. Ecuador, Tayikistán, Burkina Faso, El Salvador, Guatemala. Con posterioridad a la entrada en vigor, ratificaron la Convención Kiyiguistán, Mali, Libia, Timor Leste, Turquía, Argelia, Chile, Honduras, Lesotho, Siria, Perú y Nicaragua. Sobre la convención, *vid.* KARIYAWASAM, P., “La Convención de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares” y BONET PÉREZ, J., “La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, ambos en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (coord.), *Un mundo sin desarraigo: El Derecho Internacional de las migraciones*, Catarata, Madrid, 2006. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ A., “La entrada en vigor de la convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares de 18 de diciembre de 1990”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n° 2 (2003), pp. 9-51. CHUECA SANCHO, A. G., “Avanza la ratificación de la convención de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n° 8 (2005), pp. 271-272.

todo el proceso migratorio: formación, selección, salida y tránsito, la residencia en los Estados de empleo y el retorno y el restablecimiento en el país de origen. La Convención no promueve ni gestiona los movimientos migratorios, tan sólo pretende garantizar el reconocimiento universal de los derechos humanos fundamentales y reforzar su protección internacional aunque su Parte VI está dedicada a la promoción de condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas en relación con la migración internacional de los trabajadores y sus familiares. La Parte I está dedicada al alcance y definición mientras que la II, contiene un único artículo dedicado a la no discriminación en el reconocimiento de derechos. La Parte III recoge los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias mientras que la IV se destina a otros derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares que estén documentados o se encuentren en situación regular²².

3. LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES

Sobre la base de las consideraciones anteriores conviene, aunque sea de manera sucinta, detallar los aspectos y rasgos que definen un instrumento de este tipo que representa, como decimos, el avance más significativo en materia de protección de los trabajadores migratorios.

3.1. *Ámbito de aplicación*

La Convención se aplica a todos los trabajadores migratorios así como a sus familias, sin distinción alguna por razón de sexo, raza, color, idioma, religión, opiniones políticas o dentro tipo, origen étnico, nacional o social, nacionalidad, edad, posición económica, propiedad, estado civil, nacimiento o cualquier otro. Se aplica, asimismo, a lo largo de todo el proceso de migración, al contemplar tanto la preparación como la salida, el tránsito, el periodo de estancia y de actividad remunerada en el país de empleo así como el regreso

²² Las Partes VII y VIII están dedicadas respectivamente a la aplicación de la Convención y a sus disposiciones generales.

al Estado del que se es nacional o en el que se tenga residencia habitual. Todo ello no representa ninguna ampliación pues se trata de la simple enumeración de los distintos momentos del proceso migratorio. Sin embargo, la Convención contempla de manera diferente la situación administrativa de las personas migrantes: a todas las personas se les garantiza la protección de los derechos humanos fundamentales mientras que los migrantes documentados tienen reconocidos otra serie de derechos. El texto sí abre un nuevo camino al señalar los derechos que se aplican a ciertas categorías de trabajadores migratorios y sus familias y proceder a su definición (trabajador fronterizo, trabajador de temporada; marino, trabajador empleado a bordo de una embarcación registrada en un Estado del que no sea nacional; trabajador en una estructura marina que se encuentra bajo la jurisdicción de un Estado del que no sea nacional; trabajador itinerante; trabajador vinculado a un proyecto concreto y trabajador por cuenta propia).

La definición de trabajador migratorio está recogida, como sabemos, en su artículo 2 párrafo 1: “*Se entenderá por trabajador migratorio toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional*”.

Se excluyen del ámbito de aplicación de la Convención las personas enviadas o empleadas por organizaciones y organismos internacionales y las personas enviadas o empleadas por un Estado fuera de su territorio para desempeñar funciones oficiales, cuya admisión y condición jurídica estén reguladas por el derecho internacional general o por acuerdos o convenios internacionales concretos; las personas enviadas o empleadas por un Estado fuera de su territorio, o por un empleador en su nombre, que participen en programas de desarrollo y en otros programas de cooperación, cuya admisión y condición jurídica estén reguladas por un acuerdo con el Estado de empleo y que, de conformidad con este acuerdo, no sean consideradas trabajadores migratorios; las que se instalen en un país distinto de su Estado de origen en calidad de inversionistas; los refugiados y los apátridas, a menos que esté previsto que se aplique a estas personas en la legislación nacional pertinente del Estado Parte de que se trate o en instrumentos internacionales en vigor en ese Estado; así como los estudiantes y las personas que reciben capacitación y los marinos y los trabajadores en estructuras marinas que no hayan sido autorizados a residir y ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo.

Además, el artículo 5 establece la distinción fundamental entre *trabajadores migratorios documentados o en situación regular y sus familiares*, que son aque-

llos 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 frente a los que no cumplen esas condiciones que son considerados *no documentados o en situación irregular*. Sin embargo, no se considerará que se encuentren en situación irregular los trabajadores migratorios que en el Estado de empleo no estén autorizados a elegir libremente su actividad remunerada, ni tampoco se les retirará su autorización de residencia por el solo hecho de que haya cesado su actividad remunerada con anterioridad al vencimiento de su permiso de trabajo, excepto en los casos en que la autorización de residencia dependa expresamente de la actividad remunerada específica para la cual hayan sido aceptados.

Por su parte, el artículo 4 precisa el término familiares, refiriéndose a 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 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.

Finalmente, el artículo 7 establece que los derechos enumerados en la Convención deben ser respetados sin distinción de ningún tipo. Además, estos derechos deben ser respetados y asegurados “*de conformidad con los instrumentos aplicables relativos a derechos humanos*”.

3.2. *Derechos reconocidos a los trabajadores migratorios y sus familiares*

El objetivo y fin de la Convención es doble: la igualdad en la remuneración y en las condiciones de empleo de estos trabajadores, a los que *protege contra posibles abusos*, por un lado; y, también, por otro lado, la Convención pretende disuadir a los empleadores potenciales de recurrir a *prácticas ilícitas en materia de reclutamiento y empleo*.

Todo su contenido puede agruparse en los principios generales que estructuran todas sus disposiciones: no discriminación, derecho a una reparación efectiva y deber de aplicar las disposiciones y, por otro, el listado de derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares junto a otros derechos cuya titularidad se reconoce exclusivamente a los trabajadores migratorios y sus familiares documentados o en situación regular.

Aunque la Convención distingue entre trabajadores migrantes documentados y aquéllos que son indocumentados o se encuentran en situación irre-

gular, la Parte III de la Convención señala *un conjunto de derechos integrales* de orden civil, político, económico y cultural, *aplicables a todos los trabajadores migrantes y a los miembros de sus familias*. Sus disposiciones recogen en realidad los derechos humanos básicos reconocidos y protegidos en otros instrumentos internacionales.

Así, el derecho a salir de cualquier Estado, incluyendo el Estado de origen y el derecho de entrar y permanecer en su país de origen (artículo 8); el derecho a la vida (artículo 9) que nadie puede perder por haber cruzado una frontera sin autorización; la prohibición de tortura u otro trato cruel, inhumano o degradante (artículo 10), que constituye una norma de *ius cogens*, la prohibición de esclavitud, servidumbre, trabajo forzado u obligatorio (artículo 11), el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 12), la prohibición de interferencia arbitraria o ilegal con su privacidad, familia, hogar, correspondencia (artículo 14), la prohibición de privación arbitraria de la propiedad (artículo 15), derecho a la libertad y seguridad de la persona y prohibición de arresto o detención arbitraria (artículo 16), la prohibición de expulsiones colectivas (artículo 22). Además, debe aplicarse el principio de igualdad de trato entre todos los trabajadores migrantes y los ciudadanos ante Cortes y Tribunales (artículo 18) y debe respetarse la remuneración y otras condiciones laborales (artículo 25). La igualdad debe también ser respetada en aquellos otros campos como la asistencia médica de urgencia (artículo 28) y el acceso a la educación (artículo 30). Se protege asimismo la identidad cultural de los trabajadores migratorios (artículo 30) y se garantiza el derecho de transferencia de sus ingresos y ahorros (artículo 32).

3.3. *Derechos reconocidos a los trabajadores migratorios en situación regular y sus familiares y a otros trabajadores*

Los trabajadores que fueron 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, esto es los que se encuentran en situación regular y sus familiares, gozan además de otra serie de derechos. La Parte IV de la Convención les otorga derechos adicionales. Así, tienen reconocido, además, el derecho a ser plenamente informado, tanto en el Estado de origen y en el de empleo de las condiciones aplicables a su admisión. En este sentido, se fija una obligación de comportamiento para los Estados que deben hacer todo lo posible para que el

trabajador migratorio pueda ausentarse temporalmente sin repercusión en la autorización de trabajo, la libertad de movimiento en el Estado de empleo y la libertad de residencia que tienen a su vez reconocidos en el artículo 39.

Disfrutan, asimismo, del derecho de asociación y de sindicación (artículo 40) sin más restricciones al ejercicio de este que las prescritas en la ley y que resulten necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o el orden público o para proteger los derechos y libertades de los demás. Por si fuera poco, se les reconoce el derecho a participar en los asuntos públicos de su Estado de origen y a votar y ser elegidos en elecciones celebradas en ese Estado, de conformidad con su legislación, que deben facilitar los Estados (artículo 41). Se establece, asimismo, el trato nacional en relación con la enseñanza, la vivienda, servicios sociales y de salud, vida cultural, entre otros así como en materia fiscal (artículo 43, 45 y 48). Y, desde luego, en todo lo referente a la materia de empleo. Así, por ejemplo, el artículo 54 establece que, sin perjuicio de las condiciones de su autorización de residencia o de su permiso de trabajo ni de los derechos previstos en los artículos 25 y 27 de la presente Convención, los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con la protección contra los despidos; las prestaciones de desempleo; el acceso a los programas de obras públicas destinados a combatir el desempleo; el acceso a otro empleo en caso de quedar sin trabajo o darse término a otra actividad remunerada, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 52 de la presente Convención.

Cabe destacar, sin ninguna duda, las disposiciones relativas a la reagrupación familiar (artículo 44) y el derecho de transferencia que resultan esenciales en un instrumento de esta naturaleza y alcance.

Finalmente, se atiende a las categorías particulares de trabajadores migratorios y sus familiares, objeto de regulación especial en la Parte V de la Convención. De acuerdo con ella, el Estado Parte debe indicar las disposiciones o medidas aprobadas para cada una de ellas.

4. OTROS CONTENIDOS DE LA CONVENCIÓN

4.1. *Obligaciones asumidas por los Estados*

La primera obligación asumida por el Estado es la propia de todo tratado internacional, la de aplicar las disposiciones de la misma, lo que viene expre-

samente recogido en el artículo 84. Además, la Parte VI de la Convención establece el deber de promoción de las condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas en relación con la migración internacional de los trabajadores y sus familiares²³. Esta Parte recoge *uno de los principales objetivos de la Convención*. Esta sección busca prevenir y eliminar el ingreso ilegal y el empleo ilegal de trabajadores migrantes y hace un llamamiento a los Estados Partes a adoptar medidas para alcanzar ese objetivo. Las medidas sugeridas incluyen la imposición de sanciones en contra de personas que organicen movimientos irregulares y en contra de empleadores de trabajadores indocumentados. La sección busca promover “condiciones iguales, humanas y legales” para los trabajadores migrantes y el artículo 64 manda a los Estados consultar y cooperar para alcanzar este objetivo.

Se fijan, en particular, la creación de servicios adecuados para atender esta migración internacional; de operaciones autorizadas y de órganos para la contratación de trabajadores en otro Estado; medidas relativas al regreso ordenado de los trabajadores migratorios y sus familiares al Estado de origen, su reasentamiento y su reintegración cultural y otras destinadas a impedir y eliminar los movimientos y el empleo ilegales o clandestinos de los trabajadores migratorios en situación irregular y para asegurar que la situación irregular de los trabajadores migratorios no persista en el territorio del Estado Parte y circunstancias que se deben tener en cuenta en los procedimientos de regularización. Asimismo, deben adoptarse medidas para garantizar que las condiciones de vida de los trabajadores migratorios y sus familiares en situación regular estén en consonancia con las normas de idoneidad, seguridad y salud, así como con los principios de la dignidad humana y la posibilidad de repatriación de los restos mortales de los trabajadores migratorios o de sus familiares e indemnización por causa del fallecimiento.

Por lo demás, el artículo 73 de la Convención estipula que los Estados Partes presentarán al Secretario General de las Naciones Unidas, para su examen por el Comité, un informe sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a las disposiciones de la Convención.

En esta dirección, el Comité aprobó una serie de directrices *en relación con la forma y el contenido de los informes*. De acuerdo con éstas, los informes deben constar de 2 partes, una primera de información general (descripción

²³ Artículos 65 a 71.

de la estructura constitucional, legislativa, jurídica y administrativa que regula la implementación de la Convención, así como los acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales realizados en el ámbito de la migración por el Estado informante)²⁴. Una segunda parte ha de contener la información relativa a cada uno de los artículos de la Convención²⁵.

La Convención también impone una serie de obligaciones a los Estados Partes para la *promoción de condiciones equitativas y humanas para la migración internacional de los trabajadores y de sus familiares*, incluido el establecimiento de políticas de migración, el intercambio de información con otros Estados parte, proporcionar información a los empleadores, a los trabajadores y a sus organizaciones sobre las políticas, normas y regulación, a la asistencia a los trabajadores migrantes y sus familias.

4.2. *Especial referencia al Comité de Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares*

Para la supervisión de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares, la Convención, siguiendo la técnica propia de los tratados de derechos humanos, establece el *Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*. Se trata de un órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares por sus Estados Partes. Este Comité es el órgano de tratados de más reciente creación y celebró su primer período de sesiones en marzo de 2004.

²⁴ Proporcionar información cuantitativa y cualitativa sobre las características y la naturaleza de las corrientes migratorias (inmigración, tránsito, emigración) en las que el Estado Parte esté involucrado.; Describir la situación actual en lo que respecta a la aplicación práctica de la Convención en el Estado informante y explicar las circunstancias que afectan el cumplimiento de las obligaciones contraídas por ese Estado en virtud de la Convención. Debe incluir información sobre las medidas tomadas por el Estado Parte con respecto a la difusión y promoción de la Convención así como sobre la cooperación con la sociedad civil para la promoción y respeto de los derechos contenidos en la Convención.

²⁵ A fin de facilitar el procedimiento de elaboración del informe para los Estados Partes, la información puede proporcionarse por grupos de artículos, empezando por principios generales, seguido de los derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de los otros derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares documentados o en situación regular, finalizando con las disposiciones aplicables a categorías particulares de trabajadores migratorios y sus familiares.

Se reúne en Ginebra y normalmente celebra un período de sesiones al año. El comité esta compuesto por 10 expertos independientes (ampliable a 14)²⁶, personas de alta calificación moral, imparcialidad y reconocida competencia en este ámbito. Son elegidos por un periodo de cuatro años y cabe la reelección.

Los Estados Partes se obligan a informar al Comité de los avances dado en el cumplimiento de la convención en el plazo de un año desde la entrada en vigor particular y, a partir de ese momento, cada 5 años²⁷. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de “observaciones finales”. Además, éste elabora un primer comentario general de la Convención. Discutido en la sesión del comité del 23 de noviembre al 3 de diciembre de 2010²⁸.

Las diferentes vías previstas de acceso al Comité son las otras clásicas: *comunicaciones individuales* y *las denuncias interestatales*. El Comité también podrá, en determinadas circunstancias, examinar denuncias o comunicaciones presentadas por particulares que afirman que sus derechos consagrados en la Convención han sido violados una vez que diez Estados Partes hayan aceptado este procedimiento de conformidad con el artículo 77 de la Convención.

El Comité también *publica su interpretación del contenido de las disposiciones de derechos humanos, en forma de observaciones generales sobre cuestiones temáticas*. En este sentido ya se han presentado algunas cuestiones controvertidas como es el concepto de familiares y el problema de la poligamia, que fue abordado por el Comité con ocasión del informe de Malí²⁹.

5. CONSIDERACIONES FINALES

En un mundo globalizado, con sistemas económicos más interdependientes que nunca, los productos y los bienes ven facilitados su posibilidad de circulación, incrementando las relaciones comerciales. También las personas, a

²⁶ Con 41 Estados Partes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 72, 1, b.

²⁷ A finales de 2005, solo 3 Estados habían presentado el preceptivo informe: Malí, México y Egipto.

²⁸ El documento está, en principio, dividido en cuatro secciones dedicadas a los problemas que afrontan los migrantes, las lagunas existentes en la protección legal y en la jurídica y las recomendaciones a los Estados.

²⁹ Dado que la poligamia es una práctica aceptada en Malí y que son numerosos los casos de ciudadanos de esta nacionalidad con 3 o 4 esposas. No existen pues mecanismo para garantizar la protección de estas personas en caso de emigración.

semejanza de las mercancías, se desplazan con mayor facilidad. Los migrantes por el hecho de ser trabajadores, o personas en busca de trabajo, no pierden su condición de seres humanos ni ninguno de sus derechos, reconocidos tanto por el Ordenamiento internacional como por los sistemas jurídicos estatales. La práctica totalidad de los Estados se ven afectados por el fenómeno de la migración internacional, en su condición de países de origen, destino, tránsito o todos ellos simultáneamente. Por tanto, la migración internacional es una de las características propias de la globalización³⁰.

Un factor esencial para la protección y defensa de los derechos humanos, como para la prevención de la discriminación en los países de destino o de empleo, es *la integración de los trabajadores migrantes y de sus familias en las sociedades receptoras*. Ello contribuye al adecuado desarrollo socioeconómico del Estado de empleo.

No se puede considerar que ninguna sociedad ni ningún Estado de Derecho cumpla adecuadamente con su obligación de protección de los derechos humanos universalmente reconocidos y aceptados si no se tienen en cuenta, de forma específica, los de este colectivo cada vez mayor, el de los trabajadores migratorios.

Sin duda, la Convención de las Naciones Unidas es *un paso importante hacia el reconocimiento y promoción de los derechos de los migrantes*. Refleja una preocupación creciente de los problemas y el trato discriminatorio que enfrentan muchos trabajadores migrantes y es un reconocimiento de la dimensión del tema de la migración irregular. La implementación de esta Convención podría motivar significativamente un trato humano a todos los trabajadores migrantes. Sin embargo, *el número de ratificaciones es aún muy escaso*. Las realidades políticas también podrían ser un factor por el hecho de que muchos países se oponen al reconocimiento y protección de trabajadores clandestinos e irregulares.

Dado que la mayor parte de la migración internacional tiene como destino los Estados europeos y Norteamérica y que ningún Estado occidental, receptor de migrantes, ha ratificado la Convención, solo una minoraría goza de la protección que ésta ofrece. En este sentido, la condición de trabajador migratorio (o de migrante por razones económicas) parece que actuase como “eximente” del respeto de los derechos de todos los seres humanos.

³⁰ HUNNICUTT, Ch. A., “Globalization and International Law”, *HHRL*, vol. 99 (2004), pp. 99-106.

Los argumentos esgrimidos en contra de la ratificación son muy variados. Algunos Estados consideran que su legislación nacional protege ya de modo satisfactorio a los trabajadores migratorios. Es *el caso de España* y de la mayoría de los países occidentales. Cabe considerar que si ello es así, aunque resultare superfluo, no generaría muchas nuevas obligaciones para los Estados receptores de migración que se limitarían a aceptar un nuevo órgano de vigilancia, facilitando la transparencia y el buen ejemplo. No obstante, pese al argumento esgrimido, parece razonable suponer que dicha postura responde a la falta de prioridad en la agenda política.

Por el contrario, otros Estados, con un número reducido de inmigrantes no perciben la necesidad de legislar sobre el tema. Debe considerarse igualmente que la falta de ratificaciones responde a que muchos Estados no desean que normas internacionales interfieran en sus respectivas políticas de inmigración, ya que tienden a preferenciar a los trabajadores nacionales frente a los extranjeros.

Todas las anteriores razones pueden ser consideradas, junto con otras, como factores que dificulten la ratificación aunque estimo más realista afirmar que la razón por la que los Estados se muestran reacios a la ratificación es que consideran que ésta otorga “demasiados” derechos a los migrantes³¹.

El aspecto más novedoso de la Convención, que ha originado las mayores reticencias, es *la inclusión de las familias de los trabajadores migratorios*, favoreciendo las reunificaciones familiares. Frente a ello, los Estados receptores se encuentran inmersos en unas políticas tendentes a disminuir el número de extranjeros que viven en sus territorios, prefiriendo a las personas productivas frente a las dependientes.

Sin embargo, el punto más controvertido es la referencia a los *migrantes indocumentados*, al estimar que su inclusión o simple mención anima a su presencia e implica una cierta regulación. Ello no es en absoluto así. Si son mencionados es porque existen. La Convención se limita a asegurar algo que ningún Estado es capaz de refutar: son titulares de derechos fundamentales. Si tal titularidad no es meramente retórica deben tener acceso al ejercicio

³¹ DE LUCAS, J., RAMÓN, C., SOLANES, A., *Informe sobre la necesidad y oportunidad de la ratificación por España de la Convención Internacional de la Organización de las Naciones Unidas de 1990 sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios*, Instituto de Derechos Humanos, Universitat de Valencia, Ed. DIM Catalunya, abogan por la ratificación por parte de España.

y a la protección de los mismos pero quizás resulte más fácil recurrir a las expulsiones.

En este sentido, la adopción de las medidas necesarias para satisfacer los derechos enunciados en la *Convención de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* representa un paso decisivo. No obstante, es condición previa y necesaria ser Estado Parte en el referido tratado. Es de esperar que los Estados que configuran la región del mundo con mayor protección internacional hacia el respeto de los derechos humanos, los Estados miembros de la Unión Europea, sean pronto capaces de asumir las obligaciones contenidas en ese Convenio y con ello eliminar las posibles dudas acerca de la veracidad y universalidad de esa defensa³².

Sin duda, la Convención junto con los dos Convenios de la OIT proporcionan una definición integral “basada en valores” y una base jurídica para las políticas y prácticas nacionales, además de servir como herramientas para animar a los Estados a establecer o mejorar las legislaciones nacionales de acuerdo con las normas internacionales.

La protección y la estructura que ofrecen estos instrumentos superan con mucho la mera oferta de un marco de derechos humanos. Las numerosas disposiciones de cada uno de estos instrumentos conforman un exhaustivo programa de actuación para las políticas nacionales así como para la negociación y la cooperación entre Estados en materia de formulación de políticas de migraciones laborales, intercambio de información, prestación de información a los migrantes, regreso ordenado y reintegración.

En todo caso, durante los próximos años, la migración internacional tendrá probablemente características diferentes a las actuales, de mayor ámbito y complejidad, debido, entre otras causas, a las disparidades demográficas, la dinámica económica mundial y los diferentes niveles de desarrollo. Por ello cobrará aún mayor importancia la protección de los derechos de los migrantes siendo muy conveniente para ello la ratificación de la Convención sobre los derechos de los trabajadores migratorios por parte de los países desarrollados³³.

³² El mandato del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes fue establecido en 1999 por la Comisión de Derechos humanos y, posteriormente, asumido y revisado por el Consejo de Derechos Humanos que con su resolución 8/10 de 18 de junio de 2008 reforzó su mandato.

³³ En el caso de la Unión Europea, la ratificación fue propuesta por el Comité Económico y Social Europeo en su Dictamen de 30 de junio de 2004 (2004/C 302/12). Cfr. CHUECA, A. (coord.), *Las migraciones internacionales en el Mediterráneo y la Unión Europea*, Huygens Ed., Barcelona, 2009.

Como se ha dicho,

*“Europa debe promover que, sobre la base de los convenios internacionales patrocinados por las Naciones Unidas, se construya un cuerpo jurídico común de protección internacional de los derechos fundamentales de todos los seres humanos, sin distinción de origen nacional y sea cual fuera su lugar de residencia”*³⁴.

³⁴ Dictamen del CESE 30 de junio de 2004 (2004/C 302/12).