

Susana Rodera Ranz

La protección internacional de la
persona migrante en situación
irregular: estudio de la Convención
Internacional sobre la Protección
de los Derechos de Todos los
Trabajadores Migratorios y de sus
Familiares

Departamento

Derecho Penal, Filosofía del Derecho e
Historia del Derecho

Director/es

Fernández Sola, Natividad

<http://zaguan.unizar.es/collection/Tesis>



Universidad
Zaragoza

Tesis Doctoral

LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LA
PERSONA MIGRANTE EN SITUACIÓN
IRREGULAR: ESTUDIO DE LA CONVENCIÓN
INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE
LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES
MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES

Autor

Susana Roderá Ranz

Director/es

Fernández Sola, Natividad

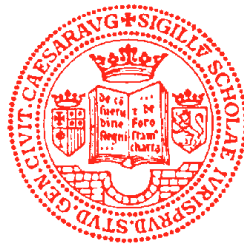
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

Derecho Penal, Filosofía del Derecho e Historia del Derecho

2013

Universidad de Zaragoza

Facultad de Derecho



TESIS DOCTORAL

**La protección internacional de la persona
migrante en situación irregular.
Estudio de la Convención Internacional sobre la
Protección de los Derechos de Todos los
Trabajadores Migratorios y de sus Familiares**

Autora: Susana Roderer Ranz

Directora: Natividad Fernández Sola

Universidad de Zaragoza

TESIS DOCTORAL

**La protección internacional de la persona migrante en
situación irregular.**

**Estudio de la Convención Internacional sobre la
Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores
Migratorios y de sus Familiares**

Autora: Susana Rodera Ranz

Directora: Natividad Fernández Sola

Tribunal calificador:

Presidente/a:

Vocal:

Vocal:

Vocal:

Secretario/a:

Calificación:

Zaragoza, de

de 2013

A quienes migran

A los de casa:

**Mis padres, ambos me han inculcado
el sentido de la justicia y de la reivindicación
y me han creado como soy**

**Mi hermano, que me ha enseñado lo que es
la fraternidad con mayúsculas**

**Mis sobrinos,
motivos de sonrisas y de seguir luchando**

Y tanta gente que me ocupa

In memórium

Ángel G. Chueca Sancho

Palabras previas

La motivación que lleva a una persona a dedicar años de su vida al estudio de un tema concreto debiera ser en sí misma objeto de estudio, pues no es sino una labor ardua, larga y, en ocasiones, dolorosa, de difícil explicación, sobre todo para quienes te rodean. Recuerdo que mientras realizaba unas prácticas en el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, en Ginebra, comenté con un compañero mis dudas sobre qué tema escoger para mi tesis doctoral, su consejo fue que escogiera el tema del que más supiera. Realmente, en mi corta experiencia vital y profesional de entonces, decir que conocía más sobre el derecho migratorio que sobre otra cuestión resultó atrevido. Sin embargo, váyase a saber si precisamente por ello o por coincidencias de la vida desde entonces me he dedicado casi exclusivamente a este ámbito jurídico alternando mi labor profesional con la investigación que ha llevado a la redacción del texto que aquí presento.

Mi dedicación, no exclusivamente, investigadora al tema migratorio tuvo pues un inicio cuando menos inocente. Resultó de una combinación de mi vocación por los derechos humanos y una predisposición a creer que las normas siempre quieren expresar lo que expresan, pero que han de adaptarse y servir a la sociedad para la que surgen. El tiempo y la profundización en el estudio del Derecho me llevarían la contraria en esto último. De aquella combinación surgió la idea, y con el tiempo la contradicción, de que la libertad de circulación reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos constituía un ejercicio de búsqueda de las mejores condiciones de vida para el ser humano y una muestra de la fraternidad entre congéneres “libres e iguales en dignidad y derechos”, como la propia Declaración afirma en su comienzo.

La constatación de que la oportunidad -de algunos- de viajar, de desplazarse por estudios, trabajo o simplemente de turismo, contrastaba y contrasta con la dificultad -de otros- para ejercer y disfrutar de esa libertad destrozó cualquier resto de inocencia y motivó un conjunto de preguntas que se agolpaban en el cuaderno de notas. He de admitir que muchas de esas preguntas seguirán sin respuesta, al menos tras este

trabajo doctoral, y aguardarán investigaciones con más paciencia y experiencia. Por otra parte, mi convencimiento de que los derechos humanos han de ser iguales para todas las personas me lleva al tema que abordo en esta tesis, el de las personas migrantes en situación irregular, puesto que su vulnerabilidad resulta mayor mientras que el reconocimiento de sus derechos resulta menor que el del resto que habitan, o simplemente se encuentran, en el territorio de un Estado. Sería pretencioso intentar resolver todas aquellas dudas que me planteaba en el comienzo y por ello la hipótesis inicial fue, con el transcurso del trabajo, viéndose mejor definida y los objetivos abarcando un ámbito más conciso, aunque a veces lo dudo.

Por último, he de agradecer al programa Sócrates-Erasmus que me permitió estudiar un año de la carrera en la Universidad de Oslo, Noruega (siendo justa, sin mis padres no hubiera sido posible tal experiencia que me abrió al mundo y al interés por otras áreas del Derecho), al Gobierno de Aragón -por la Beca *Ramón y Cajal*-, al Ministerio de Ciencia y Tecnología -por la beca *FPI*- y a la Fundació Jaume Bofill. También tengo un especial agradecimiento para los buenos profesores y mejores personas con las que compartí Grupo de Investigación -al amparo de la beca *FPI*- en la Universitat de Girona. Finalmente, no puedo sino agradecer a todas las personas que han supuesto brazos firmes en los que apoyarme, mentes inquietas que me han sugerido y debatido, y miradas que me han abrazado y dado todo el cariño suficiente para seguir sonriendo. Dado que de nombrar a todos ellos correría el riesgo imperdonable de olvidarme a alguien, únicamente mencionaré a las dos personas que con su paciencia y apoyo, a cual mayor, han hecho posible esta tesis doctoral, la profesora Dra. Natividad Fernández Sola y mi madre, sin la cual no sería lo que soy.

Índice

Palabras previas	9
Índice	11
Resumen.....	19
Summary.....	19
Abreviaturas utilizadas	21
Glosario.....	25
Introducción	31
PARTE PRIMERA. MARCO GENERAL DE LA MIGRACIÓN IRREGULAR ...	39
CAPÍTULO PRIMERO. CUESTIONES PRELIMINARES	41
I. Contexto global en el que se produce la migración internacional en situación de irregularidad.....	43
1. Teorizando brevemente acerca de las migraciones.....	43
1.1. Breve historia de las migraciones	43
1.2. Teorías migratorias	49
1.3. Tipologías de migraciones o acerca de cómo clasificamos a quienes migran	54
2. Aproximación al contexto socio-político contemporáneo	55
2.1. Una sociedad globalizada en movimiento	55
a. Algunas cuestiones de fondo de la economía global	55
b. Un mapamundi de las migraciones	60
2.2. Cuestiones socio-políticas.....	65
3. Una decisión: migrar en el limbo de la irregularidad	72
3.1. Los precedentes del migrante en situación irregular	73
3.2. El negocio de los otros.....	80
3.3. Lugar de destino: Ni dulce, ni hogar.....	84
II. Conceptos intencionadamente relevantes: <i>migrante e irregular</i>	86
1. Por qué <i>migrante</i>	87
1.1. Razones subjetivas para el uso del término “migrante”	87
1.2. Razones objetivas para el uso del término “migrante”	89
2. Por qué <i>en situación irregular</i>	94
2.1. Razones subjetivas para el uso de la expresión “situación irregular”.....	94
2.2. Razones objetivas para el uso de la expresión “situación irregular”	96
PARTE SEGUNDA. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL	101

CAPÍTULO SEGUNDO. LA MIGRACIÓN IRREGULAR EN EL DERECHO INTERNACIONAL. HACIA UNA DEFINICIÓN JURÍDICA DE MIGRANTE EN SITUACIÓN IRREGULAR.....	103
I. Evolución normativa previa a la Sociedad de Naciones. Fase no reguladora....	109
1. Atisbos en las Antiguas Civilizaciones	109
2. De los escasos avances de la Edad Media al revolucionario siglo XVIII	112
3. De fines del siglo XVIII a principios del siglo XX.....	117
II. Evolución normativa desde el inicio del siglo XX. Fase reguladora.....	120
1. Avances normativos en el período de entreguerras, la Sociedad de Naciones	120
2. Primeros pasos de la Organización de las Naciones Unidas	123
2.1. Artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos	128
2.2. Ponderando los derechos humanos y los intereses estatales.....	135
2.3. Los Pactos Internacionales de 1966.....	138
3. Progresos posteriores de la Organización de las Naciones Unidas	143
3.1. Aproximación entre los órganos de la Organización de las Naciones Unidas	143
3.2. Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en el que viven.....	147
3.3. Decisión para elaborar una Convención sobre los derechos de los migrantes	150
3.4. Siglo XXI: Tráfico, trata y expulsión.....	154
CAPÍTULO TERCERO. EVOLUCIÓN EN LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS MIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR. UNA LABOR DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES	165
I. La Organización Internacional del Trabajo.....	169
1. Convenios de la Organización Internacional del Trabajo	170
1.1. Convenios de la Organización Internacional del Trabajo que ofrecen protección a los migrantes en situación irregular	171
1.2. Convenio número 97 sobre trabajadores migrantes	176
1.3. Convenio número 143 sobre migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migratorios.....	179
2. Actividad de la Organización Internacional del Trabajo que afecta a la cuestión migratoria	184
3. Valoración y proyección de la labor de la Organización Internacional del Trabajo.....	187
II. Organización Internacional para las Migraciones.....	190
III. La práctica en el sistema de la Organización de las Naciones Unidas	193

1. Mecanismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos y su interés para la protección de los migrantes en situación irregular	195
1.1. Instrumentos convencionales	198
a. Visión general de los instrumentos convencionales en su aproximación a la migración irregular.....	199
b. Breve mención a las Observaciones Generales 15, 18 y 27 del Comité de Derechos Humanos	203
1.2. Instrumentos no convencionales	207
a. Visión general de los instrumentos extraconvencionales en su aproximación a la migración irregular.....	207
b. Relatoría Especial de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de los Migrantes.....	211
2. La Corte Internacional de Justicia	216
2.1. Jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia e impacto sobre los derechos de los migrantes en situación irregular	217
2.2. Procedimientos ante la Corte Internacional de Justicia que afectan a los derechos humanos de los migrantes en situación irregular.....	219
a. Objeto de las demandas presentadas ante la Corte Internacional de Justicia	220
b. Las medidas provisionales de la Corte Internacional de Justicia.....	224
c. Sentencias de la Corte Internacional de Justicia	225
2.3. Relevancia de los fallos de la Corte Internacional de Justicia respecto a los migrantes en situación irregular	230
PARTE TERCERA. ESTATUTO JURÍDICO INTERNACIONAL. Un marco normativo internacional de migrante en situación irregular	233
CAPÍTULO CUARTO. GESTACIÓN DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES	235
I. Punto de partida del Grupo de Trabajo que redactó la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares	238
1. Dicotomía teórica.....	239
1.1. Protección internacional de los migrantes y principio de no discriminación.....	242
1.2. Lucha contra la migración irregular.....	243
1.3. Promoción de la migración regular.....	246
2. De la teoría a la práctica	249
2.1. Pasos previos.....	249
2.2. Elementos coyunturales	253

2.3. Dificultades técnicas.....	256
II. Elaboración de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Posiciones encontradas en el Grupo de Trabajo respecto a la migración irregular	262
1. La migración irregular encima de la mesa, cuestión a debate	264
2. Cada uno a sus puestos, posiciones divergentes en el Grupo de Trabajo.....	266
2.1. El grupo de países mediterráneos y escandinavos (Mediterranean and Scandinavian, MESCA)	266
2.2. La Organización Internacional del Trabajo (OIT).....	267
2.3. Otros países occidentales.....	268
2.4. El grupo del Este	270
2.5. El grupo 77	271
2.6. Los espectadores.....	272
3. Encuentros en la enésima fase	273
III. La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.....	275
1. Un tratado de derechos humanos con un objetivo principal.....	276
2. Objetivos fundamentales de la Convención respecto a la migración irregular	280
2.1. Eliminar la migración irregular o clandestina	280
a. Cuestiones previas respecto a la migración irregular o clandestina	281
b. Medidas propuestas para eliminar la migración irregular o clandestina	285
2.2. Terminar con la explotación y la violación de derechos humanos de los migrantes en situación irregular	288
a. Cuestiones previas respecto a la explotación y la violación de derechos humanos.....	288
b. Medidas propuestas para terminar con la explotación y la violación de derechos humanos de los migrantes en situación irregular	290
2.3. Proteger internacionalmente los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares	293
3. Principios inspiradores de la Convención	295
3.1. Principios generales de la Convención.....	295
3.2. Principio de no discriminación	297
CAPÍTULO QUINTO. MIGRANTE EN SITUACIÓN IRREGULAR BAJO LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES	301
I. Definición de migrante en situación irregular en la Convención.....	303

1. La irregularidad como elemento de carácter doblemente negativo	304
1.1. Definición de irregularidad	304
1.2. Cuestiones conexas	316
2. “Migrante” como elemento disgregado	324
2.1. Definición de migrante	324
2.2. Categorías incluidas	338
2.3. Categorías excluidas	355
II. Derechos humanos de los migrantes en situación irregular	360
1. Derechos humanos configurados convencionalmente	368
1.1. Derechos civiles y políticos	368
1.2. Especial atención a las medidas de expulsión	384
1.3. Derechos económicos, sociales y culturales	392
a. Igualdad de trato en lo laboral	393
b. Derecho a la seguridad social	396
c. Derecho a la atención médica de urgencia	401
d. Derecho a la educación de los hijos	404
e. Identidad cultural	406
2. Derechos de novedosa configuración	409
2.1. Especial atención a la asistencia consular	409
2.2. Derechos de las personas detenidas	414
2.3. Otros derechos de novedosa configuración	420
3. Derechos omitidos, colectivos olvidados	425
3.1. Derechos omitidos	425
3.2. Menores no acompañados	431
3.3. Cuestión de género	433
III. Otras cuestiones de la Convención relacionadas con la migración irregular	437
1. Cuestiones que afectan a los migrantes en situación irregular	437
1.1. Deber de respeto	437
1.2. Principio de no regularización	438
1.3. Promoción de condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas en relación con la migración irregular	443
2. Aplicación de la Convención	450
2.1. Composición y funcionamiento del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares	451
2.2. Interpretación del Comité respecto a la migración irregular	455
2.3. Logros y deficiencias del Comité	461

IV. El estatuto jurídico internacional de migrante en situación irregular.....	469
CAPÍTULO SEXTO. EL ESTATUTO JURÍDICO INTERNACIONAL DE MIGRANTE EN SITUACIÓN IRREGULAR	475
I. Elementos del estatuto jurídico de migrante en situación irregular	479
1. Una construcción legal	479
2. Una noción inestable	484
3. Una condición para no disfrutar de derechos	491
II. Valor del estatuto jurídico internacional.....	493
1. Valor del estatuto frente al ser humano	496
2. Valor del estatuto frente a los ordenamientos nacionales.....	499
3. Valor del estatuto frente a la comunidad internacional	506
4. ¿Un estatuto jurídico internacional de migrante en situación irregular?	509
CONCLUYENDO.....	513
CONCLUDING.....	527
ANEXO	541
Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.....	541
Ratificaciones de la Convención - Reservas y declaraciones.....	569
FUENTES.....	577
Fuentes normativas	577
Tratados y Declaraciones internacionales	577
Otros actos internacionales.....	581
Asamblea General.....	581
Comisión de Derechos Humanos (y Consejo).....	582
Otros órganos de la Organización de Naciones Unidas	583
Organización Internacional del Trabajo	584
Relatoría Especial sobre los derechos humanos de los migrantes.....	584
Grupo de Trabajo encargado de elaborar una convención internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familias	585
Comités (de aplicación de tratados de derechos humanos).....	586
Comité para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares	588
Normas y otros actos de carácter regional.....	593
Normas y otros actos internos	595
Jurisprudencia.....	598
Tribunal Internacional de Justicia (y CPJI)	598

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (y TJCE)	599
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	599
Comités (de aplicación de tratados de derechos humanos)	600
Otros órganos internacionales (o de otros países)	601
Jurisprudencia española	601
Informes y otros documentos.....	602
Documentos institucionales	602
Documentos de organizaciones	605
Documentos de carácter doctrinal.....	606
Fuentes doctrinales	608
Monografías	608
Artículos.....	618

Resumen

La entrada en vigor de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en 2003, ofrece la oportunidad, quizá hasta ahora perdida, de reconocer un estatuto jurídico internacional de migrante en situación irregular. Su alcance, por el momento limitado, pudiera servir para armonizar los ordenamientos en una mayor y mejor protección de este grupo vulnerable de personas. Por ello, nos acercamos a la definición de la condición de irregularidad, desde las perspectivas terminológica, histórica, socio-política y jurídica; analizamos la evolución histórica del Derecho Internacional en relación con la migración irregular; estudiamos la labor que las organizaciones internacionales han desarrollado respecto a esta cuestión; y analizamos el contenido de la Convención de 1990 en lo referente a la migración irregular, determinando qué derechos humanos son reconocidos a los migrantes en situación irregular. Con ello pretendemos definir un pretendido estatuto jurídico del migrante en situación irregular, así como los elementos de los que se compone y el valor que tiene frente al ser humano, la comunidad internacional y los Estados.

Summary

The entry into force of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families in 2003, gives the opportunity, probably lost until now, of acknowledging an international legal status of migrant in irregular situation. Its scope, limited for the moment, could help to harmonize the internal rules in a better and broader protection of this vulnerable group of people. In that sense, we make an approach to the definition of irregularity from the terminological, historical, socio-political and legal perspectives; we study the historical evolution of the International Law in relation to the irregular migration and the labour which international organizations have developed on this issue; and we analyze the content of the Convention in relation to this subject, determining what human rights are recognised to migrants in irregular situation. Our aim is to define a so-called legal status of migrant in irregular situation, as well as its main components and its validity before the human being, the international community and the States.

Abreviaturas utilizadas

ACNUR	Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados
ADI	Anuario de Derecho Internacional
AG / AGNU	Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas
AI	Amnistía Internacional
AJIL	American Journal of International Law
Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CAfDH	Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos
CAmDH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CCT	Convención contra la Tortura (o Comité contra la Tortura)
CDF	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDH	Comisión (o Consejo) de Derechos Humanos (de Naciones Unidas)
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CDN	Convenio sobre los Derechos del Niño
CDPD	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CDOT	Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional
CE	Constitución Española
CEDCM	Convención (o Comité) para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres
CEDH	Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (o Convenio Europeo de Derechos Humanos)
CEDR	Convención (o Comité) Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial
CEPAL	También ECLAC. Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CER	Convención sobre el Estatuto de los Refugiados
CETM	Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante
CIE	Centro de Internamiento de Extranjeros
CSE	Carta Social Europea
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos

CIJ / ICJ	Corte Internacional de Justicia (International Court of Justice)
CP	Código Penal
CPDF	Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
Cté. DH	Comité de Derechos Humanos (de Naciones Unidas)
CTM	Convención (o Comité) Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares
CV	Convención de Viena sobre relaciones consulares
DDHNN	Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en el que viven
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
ECA	Comisión Económica
ECOSOC	Consejo Económico y Social de Naciones Unidas
EDAI	Editorial de Amnistía Internacional
EJIL	European Journal of International Law
EJML	European Journal of Migration and Law
EMN	European Migration Network (Red Europea de Migraciones)
FSMM	Foro Social Mundial de Migraciones
GA Res.	Resolución de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas
GCIM	Global Commission on International Migration
GTCTM	Grupo de Trabajo de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares
ICSW	International Council on Social Welfare
IDI	Institut de Droit International
IIDI	Institut International de Droit Public
IJRL	International Journal of Refugee Law
ILC	International Law Commission
IM	International Migration (publicación)
IMR	International Migration Review
ISSJ	International Social Science Journal
KLI	Kluwer Law International
LO	Ley Orgánica

LOEX	Texto refundido de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. También léase Ley de Extranjería.
OACDH	Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OEA	Organización de Estados Americanos
OHCHR	Véase OACDH
OIM / IOM	Organización Internacional para las Migraciones
OIT / ILO	Organización Internacional del Trabajo
ONG, ONGs	Organización-es No Gubernamental-es
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OUA	Organización de la Unidad Africana
PICUM	Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
RD	Real Decreto
REDMEX	Revista de Derecho migratorio y extranjería
REM	Relatoría Especial de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de los Migrantes
RLOEX	Reglamento de la Ley de Extranjería (véase LOEX)
SEGIB	Secretaría General Iberoamericana
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TIJ	Véase CIJ
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UN Doc.	Documento oficial de la Organización de las Naciones Unidas
UNHCR	Véase ACNUR
UNTC	United Nations Treaty Collection
UNTS	United Nations Treaty Series

En tablas:

Cxx OIT	Convenio número xx de la Organización Internacional del Trabajo
DDHH	Derechos humanos
F	Firma
Msi	Migrante-s en situación irregular
Prot.x CEDH	Protocolo número x del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
Prot.1 CDOT	Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional
Prot.2 CDOT	Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional
R	Ratificación

Glosario

Apátrida - Persona que no es considerada como nacional por ningún Estado, conforme a su legislación.

Asilo - Forma de protección que un Estado garantiza a una persona que tiene el temor de ser perseguida en su país de origen -sea éste de nacionalidad o de residencia- por motivo de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un determinado grupo social, con base en el principio de *non-refoulement* (de no devolución).

Centro de internamiento de extranjeros (CIE) - Centro de detención (distinto de un centro penitenciario) que priva de libertad a personas nacionales de terceros países, con el objeto de su expulsión.

Ciudadanía - Relación de los nacionales de un Estado. También se dice de todas aquellas personas que residen en una ciudad.

Convención - Tratado internacional concluido entre dos o más Estados, abierto a firma y ratificación por parte de éstos, que entrará en vigor tras un número mínimo de ratificaciones obligando legalmente a los Estados que son parte del mismo.

Criminalización - Proceso de construcción social de algo o alguien criminal.

Declaración - Instrumento formal y solemne que obliga moral, pero no legalmente, salvo que sus principios pasen a formar parte del denominado *ius cogens*, la jurisprudencia o sean formalmente aceptados.

Derechos Humanos - Aquellos derechos y libertades que pertenecen al ser humano, hombre y mujer, de manera irrevocable por su condición humana. Son derechos indivisibles, irrenunciables e inviolables.

Discriminación - Cualquier distinción, exclusión, limitación o preferencia basada en criterios como la raza, color, nacimiento, sexo, idioma, opinión política, religiosa o

de otro tipo, condición económica, propiedad, origen nacional o social, entre otros, y que implica como propósito o efecto la desigualdad en el trato.

Equidad - Principio que equilibra las relaciones jurídicas en la sociedad con el fin de encontrar la justicia en la aplicación de la ley.

Esclavitud - Situación en la que una persona es propiedad (forma clásica de esclavitud) de otra o se encuentra bajo el control de ésta por diferentes medios (formas contemporáneas de esclavitud): trata, trabajos forzados, tráfico de órganos, venta de menores, entre otros.

Eurodac - Sistema informático que recoge, transmite y compara impresiones dactilares para el examen de las solicitudes de asilo por los Estados miembros de la UE.

Eurostat - Oficina estadística de la UE dentro de la Comisión Europea.

Expulsión - Ejecución forzosa de una orden de retorno de una persona extranjera, suponiendo el traslado físico de la misma fuera de su territorio.

Extranjero - Persona que no es nacional del Estado en que se encuentra.

Feminismo - Ideología que tiene como objetivo la igualdad de derechos entre mujeres y hombres (contiene a su vez numerosos movimientos y teorías).

Frontera terrestre - Límite territorial de un Estado, dentro del cual ejerce su soberanía.

Género - Atributos y roles socialmente construidos relacionados con la pertenencia al sexo masculino o femenino.

Igualdad (ante la ley) - Principio general de derecho, aplicable a todos los derechos humanos, por el cual cualquier nivel de realización de un derecho en un territorio debe aplicarse a cualquier individuo que se encuentre en dicho territorio sin ningún tipo de discriminación.

Ius Cogens - Norma perentoria del Derecho internacional general, esto es, aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los Estados como norma, cuya derogación no está permitida y sólo será modificada por una norma con el mismo valor.

Libertad de circulación - Derecho a emigrar, inmigrar, circular libremente dentro del territorio de un Estado y a retornar al país de origen. En la UE derecho fundamental de cualquier ciudadano de la Unión a circular, residir y trabajar en el territorio de sus Estados.

Machismo - Actitud de prepotencia de los hombres respecto de las mujeres, englobando un amplio conjunto de actitudes y prácticas que promueven la negación o minusvaloración de la mujer.

Menor no acompañado (MENA) - Nacional de un tercer país o apátrida menor de dieciocho años que llega o se encuentra en un territorio sin la compañía de un mayor de edad responsable del mismo.

Nacionalidad - Vínculo entre una persona y su Estado, que se adquiere por nacimiento o por adquisición por diversos medios -como la opción, declaración u otros- de conformidad con la ley de dicho Estado.

Non refoulement - Principio por el cual nadie puede ser rechazado en frontera, expulsado o retornado a un país donde pueda ser sujeto de persecución.

Reaccionario - Conservador, contrario a las innovaciones. Ideología o persona que aspira a instaurar el estado de algo anterior al presente.

Refugiado - Persona autorizada a residir en un Estado de acuerdo con los requisitos que recoge la Convención de Ginebra de 1951 (véase asilo).

Regularización - Procedimiento de un Estado por el cual se concede el estatuto de regular a aquellas personas que se encuentran en situación irregular en su territorio.

Retorno - Regreso de una persona a su país de origen, de nacionalidad o de residencia habitual, pudiendo ser voluntario o forzoso.

Tráfico - Facilitación de la entrada irregular de una persona en el territorio de un Estado con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico.

Trata - Captación, traslado, transporte, acogida o recepción de personas mediante el uso de la fuerza, amenazas u otro tipo de coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. En el caso de menores, no es necesario haber recurrido a ninguno de esos medios.

“Las fronteras nacionales no existen cuando uno mira la Tierra desde el espacio. Los fanatismos étnicos y religiosos o los chauvinismos nacionales son difíciles de defender cuando vemos nuestro planeta como una diminuta luz ante la ciudadela de estrellas. Viajar amplía las perspectivas de la mente [...] Si queremos sobrevivir como especie tendremos que ensanchar nuestras lealtades nacionales hasta incluir a toda la comunidad humana, todo el planeta Tierra. Muchos de los dirigentes de nuestros países encontrarán esta idea repelente. No querrán perder poder. Nos hablarán de traición y deslealtad. Pero las naciones ricas tendrán que ayudar a las más pobres, porque la elección, como decía H.G. Wells, es el universo o nada”.

Carl Sagan

Introducción

Determinar el número de personas en situación irregular en el mundo, o en un país concreto, resulta muy difícil debido precisamente a la clandestinidad en que se produce este tipo de migración. Organizaciones como la OIM o la OIT han referido en los últimos informes una cifra aproximada de 214 millones de personas en movimiento, en todas circunstancias y situaciones, de los que calculan que de un 10 a un 15 % de ellos estarían en situación irregular. La magnitud del problema, no obstante, no viene principalmente de su número sino de las condiciones en que se produce tal migración y las consecuencias para las personas que de tal modo migran. La inexistencia, hasta la entrada en vigor de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en 2003, de un tratado específico sobre la cuestión migratoria se ha venido cubriendo por medio de tratados de derechos humanos, convenios específicos -como los de la OIT-, y la aplicación, sobre todo en los ámbitos regionales, de un marco protector de la persona migrante bajo su condición de ser humano. Sin embargo, a pesar de la existencia de tales instrumentos, la eficacia en la protección de los derechos humanos de los migrantes en situación irregular ha resultado insuficiente, contrapuesta sempiternamente por las exclusiones ejercidas por los Estados en el ámbito de sus ordenamientos y políticas internas.

De la preocupación acerca de si se daba una respuesta adecuada a la migración irregular y cómo y en qué medida se estaban protegiendo los derechos de los migrantes que se encuentran en situación irregular, surge la idea de esta tesis, partiendo de un análisis desde una perspectiva internacionalista.

Esta tesis doctoral tiene por objeto estudiar y definir el estatuto jurídico internacional del migrante en situación irregular, bajo el prisma principalmente de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, pero con referencias al resto del Derecho Internacional, incluyendo tangencialmente los ámbitos regionales, y al ordenamiento interno español como ejemplo más cercano. Se ubica, por tanto, el objeto de esta

investigación en el Derecho Internacional Público, pero también hemos querido considerar una visión multidisciplinar dentro del Derecho, pues la cuestión migratoria requiere tal acercamiento abordando otras disciplinas jurídicas.

Los objetivos generales han consistido en: la definición de la condición de irregularidad, desde las perspectivas terminológica, histórica, socio-política y jurídica; el análisis de la evolución histórica del Derecho Internacional en relación con la migración irregular; el estudio de la labor que las organizaciones internacionales han desarrollado respecto a esta cuestión; y el análisis profundo del contenido de la Convención de 1990 referido a la migración irregular, con la determinación de los derechos humanos en ella reconocidos a los migrantes en situación irregular.

Con ello pretendemos definir el estatuto jurídico del migrante en situación irregular en el marco de la Convención y del Derecho Internacional, como objetivo principal o específico, los elementos de los que se compone tal estatuto y el valor que tiene frente al ser humano, la comunidad internacional y los Estados.

La vulnerabilidad de los migrantes en situación irregular, por su doble circunstancia de no encontrarse en el Estado del que son nacionales y de la propia clandestinidad que su situación acarrea, justifica el estudio de la desprotección que enfrentan, las violaciones de sus derechos que sufren y las perspectivas de mejorar su situación, e incluso salir de ella. No resulta necesario, por obvio, recordar el riesgo que corren sus vidas al intentar cruzar las fronteras de los Estados irregularmente, sin embargo tal empeño, a pesar del riesgo, y las condiciones que posteriormente afrontan como víctimas de explotación laboral o de otro tipo de violaciones de derechos, la inaccesibilidad a derechos fundamentales o la propia discriminación que por su condición padecen, les colocan en un continuo desamparo y, en no pocas ocasiones, criminalización, que consideramos han de ser abordados desde el Derecho. Como consecuencia de todo ello, son personas abocadas a la marginalidad si a su situación de irregularidad no se le ofrece solución. Condenar al limbo jurídico que supone la condición de irregularidad implica desconocer, en muchos casos, las obligaciones que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos impone a los Estados. Pero, además, las tendencias normativas y políticas nacionales generan con esa obsesión

utilitarista -como mano de obra exclusivamente, por un lado, y como población “sobrante”, por otro, cuando demográfica y económicamente ya no interesan- una cada vez más extendida xenofobia en la población autóctona, completamente infundada en su fondo, pero abiertamente manipulada en sus formas y objetivos. Enfrentar a la población nacional -principalmente, clases bajas- con argumentos que promueven la idea del “robo” de puestos de trabajo o del “abuso” de los servicios públicos con la población foránea no puede traer resultados positivos.

A los problemas y debates que genera la cuestión migratoria, se une la complejidad de la misma. Entendemos que ésta no debe ser abordada desde una única disciplina y de ahí la introducción en el análisis no sólo de diversas ramas del Derecho sino también de otras ciencias, que aunque lejanas a nuestro conocimiento, tienen mucho que aportar al análisis de la migración irregular.

Por todo ello, un análisis de quién es considerada persona en situación irregular y qué derechos humanos debe disfrutar, ver reconocidos, respetados y protegidos, nos parece un primer paso necesario para mejorar su situación y aportar, en la medida de lo posible, una seguridad jurídica respecto a las obligaciones que los Estados de destino tienen en relación con este grupo vulnerable.

Nuestra hipótesis de partida es que la universalidad de los derechos humanos recogida en el Derecho Internacional implica la igualdad en derechos para todas las personas con independencia de su situación administrativa; en segundo lugar, que toda persona migrante en situación irregular tiene reconocidos, como consecuencia de aquello, unos derechos; en tercer lugar, que los Estados deben respetar tales derechos con base en sus obligaciones internacionales, pero también, y sobre todo si nos referimos a los países desarrollados, en sus propios ordenamientos; que, en todo caso, el reconocimiento de un estatuto más limitado a los migrantes en situación irregular supone la confirmación de que existen unas categorías o clases de grupos de personas conforme a su situación; que dicha constatación implica una contradicción con aquella universalidad referida en primer lugar y, por tanto, debe ser resuelta.

El método de estudio -o naturaleza de la investigación- es deductivo-analítico y crítico-evaluativo, basado en el análisis de doctrina, teorías y/o investigaciones -por tanto, fuentes secundarias-, normativa, fuentes primarias -como los trabajos

preparatorios de la Convención, estadísticas, indicadores, entre otros-, pero también de concepciones racionales asumidas en las normas, juzgando en todos los supuestos su corrección formal y material y, en su caso, la validez científica o no de sus aportaciones. Hemos de reconocer la facilidad que otorgan los medios tecnológicos en el acceso a la información, sin embargo fue más complicado acceder a los trabajos preparatorios de la Convención, lo que fue posible gracias a una estancia de investigación en el Centre for Migration Law de la Universidad de Nijmegen (Holanda).

Por otra parte, tiene un carácter descriptivo sobre las relaciones entre variables, sobre las relaciones entre causas y efectos, y carácter de replicación. Se han usado principalmente, por las características del estudio, técnicas metodológicas cuantitativas en menor medida, y cualitativas, permitiendo el acercamiento multidisciplinar deseado. Se estableció ya en el proyecto de tesis, y hemos mantenido, una consideración ética respecto a no usar datos personales que pudieran resultar perjudiciales. También deseamos hacer mención desde un principio a la visión androcéntrica del texto y, a pesar de que el idioma español utilice el masculino como genérico, hemos hecho uso del masculino por comodidad para el lector, sin embargo, en nada estamos de acuerdo con tal uso, pues hasta la versión oficial en inglés de la Convención cambió la utilización del *he* por el *he/she* al inicio de los trabajos preparatorios.

La tesis se estructura en tres partes diferenciadas que recogen seis capítulos, además de los apartados previos -palabras previas, abreviaturas más utilizadas, glosario, introducción e índice- las conclusiones, los anexos y la documentación utilizada.

La primera parte se refiere al *Marco general de la migración irregular*. En este capítulo primero analizamos el contexto general en el que se producen los movimientos migratorios, en particular aquellos en condiciones de irregularidad, recorriendo disciplinas ajenas al Derecho que nos sitúan -como debiera ser en toda actuación jurídica- en el escenario que las normas deben abordar para adaptarse a su realidad. En tal sentido, abordamos el marco histórico y socio-político de las migraciones acercándonos a las teorías económicas y sociológicas sobre el fenómeno migratorio y atendiendo a cuestiones que nos aproximan al contexto socio-político

contemporáneo para entender cómo se toma la decisión de migrar en el limbo de la irregularidad. Asimismo afrontamos un marco conceptual que nos parece necesario - no obstante, el uso de unos términos u otros no sólo conlleva la criticada criminalización, sino también la indeterminación jurídica-, más si cabe en una disciplina tan formalista como la jurídica. Se trata de ubicarnos en un marco apropiado para analizar las cuestiones propiamente legales, que se desarrollan en las otras dos partes de la tesis.

La segunda parte se titula *Marco jurídico internacional* y se compone de los capítulos segundo y tercero. En el capítulo segundo recorreremos la Historia del Derecho Internacional en su regulación -aunque veremos que no siempre pudiera denominarse como tal- de las relaciones de los Estados con las personas foráneas y en su camino hacia una definición de migrante en situación irregular. Siguiendo, sólo en parte, la distinción que Thomas Schindlmayr hizo respecto a la evolución de la migración económica, reducimos dicha evolución a dos fases, coincidiendo con el autor en una primera fase de no regulación que llega hasta 1919, fecha de creación de la Sociedad de Naciones. Esta fase abarca la gestación de un atisbo de regulación de la cuestión migratoria, con todas las cautelas que deben tomarse al hablar con tales acepciones de hechos que en su época no tenían ni el razonamiento, ni la función, ni los objetivos que en la actualidad les dotamos, por supuesto tampoco la complejidad y diversidad de las normativas contemporáneas. Una segunda fase, que denominamos *reguladora*, comienza con la creación de la Sociedad de Naciones en 1919 y el primer intento claro de avanzar en el desarrollo del Derecho Internacional en el marco del período de entreguerras. El revés que supuso, en todos los aspectos -sobre todo en el humanitario-, la II Guerra Mundial provocó la necesidad de gestar una Organización de Naciones Unidas. La Carta de Naciones Unidas de 1945 recoge las intenciones claras de la comunidad internacional de buscar la paz y convivencia entre las naciones y del respeto a los derechos humanos, aunque la Declaración Universal de los Derechos Humanos no viera la luz hasta tres años después. De ahí en adelante se produjo un progresivo acercamiento al fenómeno migratorio. Por medio de estudios, informes e incluso tímidas normas, se fueron afrontando las diferentes cuestiones relativas a los procesos migratorios culminando en la

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

Sin embargo, la evolución normativa a la que nos referimos no consta únicamente de un desarrollo propiamente legal, sino también de la labor que las organizaciones internacionales, dentro y fuera del espacio de las Naciones Unidas, han realizado tanto en la interpretación del progresivo marco protector del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como de las propias propuestas y de la aplicación del ordenamiento internacional.

Y, por último, la tercera parte titulada *Estatuto jurídico internacional* y subtitulada *Un marco normativo internacional de migrante en situación irregular*, abarca los restantes tres capítulos. En ellos se estudia la gestación de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y el significado que tiene respecto a un posible estatuto jurídico de migrante en situación irregular. El punto de partida del Grupo de Trabajo que redactó la Convención consistía en todo el ordenamiento y práctica jurídica que hemos desarrollado en los capítulos previos, de ahí surge el interés y la necesidad de elaborar un texto de carácter universal y con intención codificadora. Las dificultades que se dieron dentro del Grupo de Trabajo vienen referidas a aquello que afecta directamente a la cuestión de la migración irregular y se basaron principalmente en las visiones diferenciadas del fenómeno migratorio y en la postura claramente divergente entre países de origen y países de destino. Si uno de los objetivos principales del texto, y de quienes lo elaboraron, era poner fin a la migración irregular, no fueron comunes, sin embargo, las medidas y los mecanismos propuestos para tal fin. Las divergencias, como veremos, llevaron a la aprobación de un tratado tímido en algunos aspectos, pero claro en otros. Otros objetivos principales de la Convención fueron terminar con la explotación y con la violación de derechos humanos que sufren los migrantes y proteger internacionalmente los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares. Con tales fines, se propuso una definición de migrante en situación irregular y un catálogo de derechos humanos reconocibles y respetables a toda persona, que mucho tiene en común con el estándar mínimo internacional. No obstante, la insistencia de varios delegados llevó a la expresa mención en el texto de que nada en el mismo implica la

regularización, aunque tampoco nada la impide. La aplicación de la Convención hasta el momento ha sido parca, por cuanto algunos países que están obligados a presentar informes periódicos ni siquiera han presentado su primer informe. En todo caso, la labor del Comité ya ha arrojado luz sobre algunos aspectos a corregir y a destacar en la labor que los Estados llevan a cabo respecto a la cuestión migratoria. Todo ello lleva a cuestionarnos si podemos hablar apropiadamente de un estatuto jurídico internacional de migrante en situación irregular, considerando que éste contendría tres elementos que expondremos en su momento y analizando el valor que poseería respecto al ser humano, la comunidad internacional y los propios Estados.

Somos conscientes de las limitaciones de nuestro trabajo, pues dejamos al margen del estudio -aunque nos referimos a ellos en varias ocasiones- los ordenamientos internacionales de carácter regional. Sin embargo, ello se debe a nuestro propósito de analizar un marco normativo internacional que tenga validez universal y por tal motivo centramos nuestro estudio en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

No podemos descartar tampoco, a modo de justificación, nuestra labor profesional, vinculada al Derecho Migratorio durante más de una década, que nos lleva al desarrollo de una tesis de contenido quizá menos positivista de lo esperable y más centrada en los problemas reales que hemos podido apreciar a lo largo de esta carrera y en la búsqueda de soluciones que, si bien pueden parecer ideales, tenemos la intención de que sean prácticas.

**PARTE PRIMERA. MARCO GENERAL DE LA MIGRACIÓN
IRREGULAR**

CAPÍTULO PRIMERO.

CUESTIONES PRELIMINARES

I. Contexto global en el que se produce la migración internacional en situación de irregularidad

1. Teorizando brevemente acerca de las migraciones

1.1. Breve historia de las migraciones

Los hallazgos de arqueólogos, paleontólogos y antropólogos confirman la teoría que presentía los orígenes del ser humano, el *homo sapiens*, lejos del siempre considerado “geocentro” europeo: en África¹. La comprobación de esta teoría evidencia que los movimientos humanos son inherentes a nuestra especie², existen desde su aparición y han supuesto, circunstancial o incesantemente, una condición de vida durante toda su existencia.

Así, considerando un hecho cierto que la migración humana se remonta a tiempos remotos, podemos apreciar un fin común y continuo en la evolución histórica a pesar de las -aparentemente diferentes- causas: la supervivencia. La estrategia de supervivencia no pertenece sólo al ser humano sino a todas las especies animales, a ella va unida la capacidad de adaptarse y de sobrevivir y, en la especie humana, un componente de racionalidad.

La revolución económica del Neolítico -un desarrollo progresivo de la agricultura y la ganadería- se expandió hacia otras regiones del planeta distintas de África llegando, tras varios siglos de viajes, a lo que hoy conocemos como Europa a través de Oriente Próximo. Ésta sería la primera gran migración humana. Mucho más tarde, se producirían más movimientos humanos, como los de la Grecia clásica, los

¹ Aunque existen teorías que sitúan el origen del ser humano en diferentes lugares del planeta por su evolución de *homo erectus* a *homo sapiens* en diversos puntos geográficos, la teoría que ha venido confirmándose con más fuerza es la que ya en 1953 defendió el senegalés Cheikh Anta Diop -que le supuso ver rechazada su tesis por osada- y que sitúa nuestro origen en África.

² Es lo que Paloma Gómez Crespo denomina “una humanidad en movimiento”. La autora hace referencia a los “estudios basados en la variabilidad del ADN mitocondrial que sitúan el origen del ser humano en África” y señala la paradójica, y errónea, creencia que situaba la aparición del *homo sapiens sapiens* en Europa. GÓMEZ CRESPO, Paloma, «Una humanidad en movimiento», en Unidad de Estudios Humanitarios, *Movimientos de población. Migraciones y acción humanitaria*, Barcelona, Icaria, 2004, pág. 13 y ss.

primeros exilios, las conquistas romanas, las invasiones germánicas o los movimientos de los pueblos nórdicos. Con todas estas migraciones, de diferentes causas, finaliza la era anterior y transcurren los primeros siglos de la nuestra.

Posteriormente, entre los siglos XI y XIII aproximadamente, se producen otras migraciones, constituidas principalmente por peregrinaciones armadas que por la fuerza conquistan nuevas tierras, refuerzan el crecimiento económico de los conquistadores y permiten una mayor extensión de la Iglesia católica: las Cruzadas, motivadas básicamente por los intereses expansionistas de la nobleza feudal, el control del comercio con Asia y el afán hegemónico del Papado sobre las monarquías y las iglesias de Oriente.

A fines del siglo XV, se produce el denominado “descubrimiento”³. La colonización del Continente americano supuso el sometimiento de la población indígena, esclavización, expulsión de sus tierras, incluso exterminio de la población, cristianización y expoliación. Ciertamente no es el ejemplo más honroso de migración, pero fue un evidente cambio en las relaciones mundiales: mestizaje entre ambas culturas, viajes al Continente africano en busca de mano de obra esclava, que completara la nativa; concentración de la población en aquellos lugares donde existían plantaciones. De la colonización se pasa al colonialismo -como sabemos, especialmente importante fue el inglés, aunque también otros países europeos se abrieron terreno- y al apogeo de la esclavitud, con toda seguridad la mayor migración forzada de la Historia y precedente claro del concepto moderno de trata de seres humanos⁴.

³ No entramos a desarrollar las teorías que sitúan el “descubrimiento” con anterioridad a la colonización, aunque nos parece de interés señalarlo, por las consecuentes reflexiones que podríamos extraer acerca del desplazamiento como rasgo inherente al ser humano, pues son bastante probables las teorías que sitúan la llegada del europeo a tierras americanas mucho antes de que lo hiciera Cristóbal Colón, las que afirman la movilidad de las propias civilizaciones antiguas americanas, e incluso las que corroboran la llegada de tribus asiáticas por el estrecho de Bering. Adentrándose en la demostración por medio de la práctica de la teoría de la migración de las antiguas civilizaciones americanas, encontramos la interesante experiencia documentada del etnólogo noruego Thor Heyerdahl. HEYERDAHL, Thor, *La expedición del Kon-Tiki*, Barcelona, Editorial Juventud, 1971, 223 p.

⁴ Si bien la esclavitud era anterior a esta etapa -ya se dio esta práctica en las antiguas civilizaciones-, la circunstancia novedosa fue el traslado masivo y forzado, que proporcionó mano de obra esclava en las colonias. Se estima que pudo alcanzar la cifra de 15 millones de personas esclavizadas entre los siglos XV y XIX, así lo recoge Stephen Castles. CASTLES, Stephen, «International migration at the

Ya en el siglo XIX, la población europea se duplica⁵ y se produce un desplazamiento de la población rural hacia las ciudades; a lo que se añade un desplazamiento masivo de europeos, mayoritariamente con carácter definitivo y principalmente hacia tierras latinoamericanas, australianas, neozelandesas y sudafricanas⁶.

Ya en la segunda mitad del siglo XX -pues hasta entonces los movimientos siguen produciéndose desde Europa hacia otros lugares, como Argentina, Brasil, México o Chile, debido a los exilios de las dictaduras europeas y, sobre todo, tras la Segunda Guerra Mundial-, se producirían unos movimientos migratorios en sentido inverso a los producidos con anterioridad: tanto la vuelta de los propios europeos y sus descendientes desde los países ocupados, conquistados o “descubiertos” como la salida de los nacionales de aquellos países. Este último suceso es debido principalmente al exilio al que llevaron las dictaduras que han asolado los Continentes latinoamericano, asiático y africano y, más recientemente, a la brecha entre éstos y los países económicamente más desarrollados. Ha de tenerse en cuenta que ambos factores -situación socio-política y situación socio-económica- no han afectado de la misma manera a Asia y África, donde los movimientos se han producido mayormente dentro de los mismos Continentes a pesar de la intención mediática de mostrar una denominada “invasión” africana de Europa⁷.

beginning of the twenty-first century: global trends and issues», en *International Social Science Journal*, núm.165, Oxford, Blackwell Publishers, Sept. 2000, pág. 273.

⁵ Pasa de 200 a 400 millones de habitantes. Según los datos recogidos por Paloma Gómez Crespo. GÓMEZ CRESPO, op. cit., pág. 17.

⁶ Todos estos cambios se producen con la Revolución Industrial, reflejándose en una tendencia progresiva de abandono de las tareas agrícolas. De, aproximadamente, el 80% de la población dedicada a la agricultura en 1700 se pasa al 60% en 1950, porcentaje que ha ido disminuyendo en las últimas décadas del siglo XX; a su vez la población mundial ha aumentado considerablemente, duplicándose entre 1750 y 1850 y alcanzando la cifra de 6000 millones en 1999. Las cifras están recogidas por Graciela Malgesini y Carlos Jiménez en MALGESINI, Graciela; GIMÉNEZ, Carlos, *Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad*, Madrid, Catarata, 2000, pp. 283-284.

Esa migración “industrial” se estima en unos 30 millones de personas en Estados Unidos desde 1861 hasta 1920 y también se produce en Europa, destacando la migración de irlandeses a Inglaterra, de polacos a Alemania o de italianos a Francia, CASTLES, op. cit., pág. 273.

⁷ La tendencia de migración intra-continental es recogida en el informe global de la OIM. International Organization for Migration, *World Migration 2008: Managing Labour Mobility in the Evolving Global Economy*, Geneva, Organización Internacional para las Migraciones, 2008, 562 p. Y es reiterada en el último informe de la Organización, International Organization for Migration, *World Migration Report 2011: Communicating Effectively about Migration*, Geneva, IOM, 2011, 184 p.

En una primera fase de esta segunda mitad de siglo, se produciría una migración hacia la Europa nor-occidental, Norteamérica y Oceanía; y posteriormente, a mitad de los 70 y tras la crisis del petróleo, esta migración se daría también en el Sur de Europa, los países del Golfo Pérsico y, en último término, en el resto de los Continentes. Esta tendencia se ve favorecida y acrecentada en las últimas décadas con el fenómeno de la globalización. Sin embargo, estas cifras no son tan alarmantes como se hace creer: el porcentaje de personas no nacidas en el país en el que se encuentran no ha variado entre 1965 y 1985, un 2,4 % y un 2,3 % de la población total respectivamente; ni entre 1990 y 2005, cuando el porcentaje era respectivamente de un 2,9 % y 3 %; e igualmente subiría una décima más en el año 2010, al 3,1 % respecto a la población total mundial⁸. La OIM publicó en 2008 un

⁸ Cifras recogidas en División de Población del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la Secretaría de Naciones Unidas, *World Migrant Stock: The 2005 Population Revision Database*, Nueva York, Naciones Unidas, 2006. <http://esa.un.org/migration/> - Última visita: 15 de julio de 2008. El mismo Departamento de la División de Población, recoge la cifra del 2010 en United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2011). *Trends in International Migrant Stock: Migrants by Age and Sex* (United Nations database, POP/DB/MIG/Stock/Rev.2011) - Última visita: 6 de agosto de 2012.

Stephen Castles recoge estadísticas de la División de Población de las Naciones Unidas, que reflejan que, a pesar del aumento numérico de migrantes en el mundo -de 75,2 millones de personas en 1965, a 119,8 millones en 1990 y a 135-140 millones en 1997-, la relación proporcional entre personas no nacidas en el lugar donde residen y el resto, nacionales, es insignificante. Aunque el número porcentual respecto a población total de la región es mayor en las áreas de países desarrollados, la población en números absolutos de migrantes es mayor en los países en vías de desarrollo que en los desarrollados: 65,5 millones frente a 54,2 millones en 1990, respectivamente. CASTLES, op. cit., pp. 274-275.

En estas cifras se incluye a refugiados, unos 13 millones reconocidos por el ACNUR en 1997, que se redujeron a finales de 2007 a unos 11,4 millones y volvieron a aumentar en 2011 a 15,2 millones. UNHCR, *Statistical Yearbook 2007. Trends in displacement, protection and solutions*, Geneva, UNHCR, diciembre 2007, pág. 7. También *Global Trends 2011: A Year of Crisis*, Geneva, UNHCR, 2012, también edición electrónica: <http://unhcr.org/4fd6f87f9.html>.

Cifras posteriores relativizan las aquí expuestas, en cuanto que la migración Sur-Sur y la migración Sur-Norte se aproximan, siendo la primera de unos 61 millones de personas y la segunda de unos 62 millones, según la OIM. OIM, op. cit., pág. 80.

De acuerdo con el documento presentado en el Diálogo de Alto Nivel de Migración Internacional y Desarrollo, cuyo primer Foro Mundial se realizó en julio de 2007 en Bélgica, la División de Población de Naciones Unidas estima que la población migrante en 2005 era de casi 191 millones de personas. La misma División en su informe *World Population Prospects: The 2006 Revision* estimaba la población mundial para julio de 2007 en 6700 millones de personas. Como se puede apreciar la proporción entre población migrante y población total sigue siendo insignificante, aproximadamente el 2,85 %. Información disponible en División de Población del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la Secretaría de Naciones Unidas, *World Population Prospects: The 2006 Revision*, Nueva York, Naciones Unidas, 2007 - <http://www.un.org/esa/population/unpop.htm> - Última visita: 15 de julio de 2008.

informe mundial donde recoge como previsión de cifra neta anual de migrantes que se trasladarían a regiones más desarrolladas para el período 2005-2010 de 2,5 millones de personas y para el período 2005-2050 de 2,3 millones. En términos porcentuales, la OIM se refiere en términos de población activa como elemento central de las migraciones contemporáneas y recoge un porcentaje, que representa la cantidad de trabajadores migrantes, de alrededor del tres por ciento de la mano de obra a escala mundial⁹.

Esto nos ofrece dos datos relevantes. En primer lugar, la población migrante no ha sufrido tanta variación en términos porcentuales como se ha pretendido mostrar¹⁰ y, en segundo lugar, dicho porcentaje es minúsculo en comparación con la población total y, por tanto, resulta exagerada la alarma social generada hoy en la mayor parte de los países receptores.

En cuanto a origen y destino principal de los movimientos migratorios, y de acuerdo con la División de Población del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la Secretaría de las Naciones Unidas, la tendencia de los últimos años se confirma en 2005 y se prevé similar hasta 2050, en migración neta: los principales países de origen seguirán siendo países asiáticos y México; y las regiones de destino continuarán siendo Europa, Norteamérica y Australia¹¹.

Ha de tenerse presente que la OIM recoge en su último informe una cifra total de migrantes de 214 millones de personas en el año 2010, a las que añadirían un elevado número de 740 millones de personas migrantes internas -esto es, desplazadas-, IOM, 2011, pág. 49 y ss.

⁹ IOM, 2008 y IOM, 2011.

¹⁰ De hecho si atendemos a las cifras de crecimiento poblacional en el Continente europeo, donde la intencionada alarma está presente con el argumento de la “invasión” que sufre, percibimos unos datos similares y, en todo caso, nada alarmantes. Según la previsión demográfica de Eurostat para el año 2006, la tasa neta de crecimiento debido a la migración en el conjunto de los 27 países de la UE era del 2.9 por mil, es decir, un 0.29 % de la población de dichos países. Esta cifra aumentaba hasta el 0.37 % como cifra de crecimiento total de la población. Por otra parte, ambos porcentajes en la antigua UE de los doce eran el 0.38 % y el 0.49 %, respectivamente. EUROSTAT, *Population and Social Conditions*, Statistics in focus 41/2007, European Communities, 2007, pág. 2. Asimismo: <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/> - Última visita: 21 de mayo de 2007.

El porcentaje, según Eurostat, de personas migrantes en el conjunto de los 27 países de la UE en 2009 era del 4%, EUROSTAT, *Statistics Explained Archive, Vol. 2 - Social Statistics*, May 2012: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-FM-12-002/EN/KS-FM-12-002-EN.PDF - Última visita: 7 de agosto de 2012.

¹¹ Los principales receptores netos de migrantes internacionales para el año 2050 serán: Estados Unidos (1.100.000 al año), Canadá (200.000), Alemania (150.000), Italia (139.000), Reino Unido (130.000), España (123.000) y Australia (100.000). Se prevé que los países con los niveles más elevados de emigración neta serán: China (-329.000 al año), México (-306.000), India (-241.000),

Por otra parte, si nos referimos a los movimientos migratorios en condiciones de irregularidad, no es necesario remontarse tan atrás en el tiempo para hallar su origen¹². Éste se remonta a la época en que se concibieron los pasaportes y visados y los controles en frontera, esto es, a finales del siglo XVIII¹³; aunque no fue hasta el siglo XX cuando se convirtió en un fenómeno internacional, considerado en ocasiones problemático, tanto para los países de origen como para los de destino.

Efectivamente podemos advertir que la migración irregular, en el sentido estricto de tal concepto, o sentido teórico, no surge hasta que se produce el desarrollo de los elementos “pasaporte” y “control de frontera” en el siglo XVIII; sin embargo la migración irregular, en sentido práctico, como cuestión a la que urge dar respuesta, aparece en el pasado siglo XX. Y ello explica, entre otras cosas, el hecho de que a mitad de ese siglo, y no antes, se realizaran los primeros estudios sobre el fenómeno migratorio, debido a la preocupación de los Estados respecto al tema. Estos estudios fueron auspiciados en el marco de la Organización de las Naciones Unidas¹⁴. Si bien no es hasta las últimas décadas del siglo pasado, cuando se empieza a tener clara conciencia de la dimensión y consecuencias del fenómeno migratorio, en general, y del irregular, en particular.

Por tanto, en una primera aproximación histórica, entendemos que los movimientos migratorios consisten en aquellos desplazamientos de población de un territorio a otro u otros¹⁵ y como tales han sido una tendencia desde el comienzo de

Filipinas (-180.000), Pakistán (-167.000) e Indonesia (-164.000). División de Población del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la Secretaría de Naciones Unidas, *World Population Prospects: The 2006 Revision*, op. cit.

¹² No podemos establecer diferencias entre aquellos que emigraban regularmente y aquellos que lo hacían irregularmente, puesto que realmente no han existido tales diferencias, no existía la irregularidad. La evolución histórica del control de documentos de identidad ha sido diferente a la evolución de los movimientos migratorios y de aquel depende que exista la migración irregular.

¹³ Si bien, antaño, eran otros los entes que controlaban y monopolizaban los medios legítimos para moverse –dígase Iglesia y empresas privadas–, el Estado fue adquiriendo esa prerrogativa hasta el punto de hacerse el único valedor de ese poder. TORPEY, John, *The Invention of the Passport Surveillance, Citizenship and State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, XI, 211 p.

¹⁴ Véase División de Población del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la Secretaría de Naciones Unidas, *Investigaciones internacionales sobre las migraciones*, Documento ST/SOA/18, Departamento de Asuntos Sociales, New York, 1953. Este documento es un compendio de todos los artículos e informes sobre el fenómeno migratorio hasta la fecha.

¹⁵ Nos aproximamos más a esta línea teórica que discrepa en cuanto a la necesidad de continuidad o tendencia de permanencia frente a aquellos otros autores que la ven como característica de los procesos migratorios. Haremos más amplia referencia a nuestras razones en el apartado dedicado al

la existencia del ser humano. Tal propósito ha existido siempre y sobre este fenómeno migratorio se han desarrollado las más diversas teorías, dedicando estudios a entender el por qué, el para qué o el cómo de tal realidad. No se puede abordar el fenómeno en toda su dimensión y complejidad sin entender cuáles son sus causas, finalidades y consecuencias. Aún más, será imprescindible analizar, junto con las causas, las condiciones y el contexto en el que se produce la migración irregular para poder comprenderlo ampliamente. A estos aspectos dedicaremos el contenido de los siguientes apartados. Más adelante atenderemos los conceptos de “migrante” y de “situación irregular”.

1.2. Teorías migratorias

La migración irregular, como fenómeno social que supone una continua transformación y una irrealizable contabilización, dificulta la construcción de una teoría sobre la misma. Esto que pudiera parecer un gran inconveniente, y no negamos que lo sea para los investigadores sociales, no lo es tanto si comprobamos que, conforme evoluciona esta transformación social, van encontrando lugar tesis que profundizan en el estudio del desarrollo global y de la situación mundial contemporánea.

Seguramente no será sencillo coincidir en cuanto a la teoría que mejor explica el fenómeno migratorio, pues en definitiva son numerosas las teorías que pueden complementarse, excluirse o ir necesariamente unidas -incluso, en ocasiones, son denominaciones distintas para teorías prácticamente idénticas-. Escuetamente haremos referencia a las siguientes teorías migratorias: teoría de la independencia individual; teoría del coste y beneficio; nueva economía de la migración; teoría de la

concepto de migrante en situación irregular. Algunos autores, como Malgesini y Giménez, defienden que los procesos migratorios son aquellos desplazamientos masivos de población de un país a otro u otros, con una cierta continuidad o tendencia en el proceso, sin ser un traslado coyuntural o puntual. Véase MALGESINI; GIMÉNEZ, op. cit., pág. 281.

privación relativa; teoría *push-pull*; teoría del mercado de trabajo dual; teoría económica neoclásica; teoría económica keynesiana; teoría del sistema mundial¹⁶.

La primera teoría mencionada, la de la *independencia individual*, se basa exclusivamente en la racionalidad del ser humano para elegir “siempre la mejor y más correcta opción”¹⁷ desde la perspectiva de la microeconomía del consumidor. Sin embargo, mientras podemos considerar racional huir del hambre, será difícil considerar una correcta y fundada opción arriesgar la vida por una expectativa o simplemente saberse abocado a la irregularidad. Por tanto, creemos que esta teoría no ofrece solución a algunas de las cuestiones migratorias, aunque sirva para entender la justificación de la ausencia de un “futuro” para la persona y sus descendientes.

Pasando a la teoría del *coste y beneficio*, nos encontramos con la proposición de que una persona emigra tras una “valoración microeconómica y familiar de los riesgos y beneficios”¹⁸ y por ello emigra la persona de la familia más dotada, se envían los ahorros al cabeza de familia, se mantienen las redes migratorias a través de contactos familiares, en definitiva, se trataría de una decisión familiar compuesta de decisiones individuales sin tener en cuenta factores macroeconómicos o estructurales.

La *nueva economía de la migración* es una teoría que se asemeja a la del coste y beneficio, a la que añade ciertos factores macroeconómicos, pues la decisión de emigrar tomada en familia pretende “diversificar el riesgo y evitar restricciones impuestas por fallos de mercado, como por ejemplo la dificultad de acceder a

¹⁶ Como gran parte de este primer capítulo, nuestro acercamiento a otras disciplinas no puede ni aspira a ser tan profundo como debiera serlo en una tesis surgida de las mismas. Por ello, haremos referencia a autores especialistas en dichas disciplinas con los que puede profundizarse en el desarrollo de estos temas. En este apartado, nos referimos a las teorías generalmente aceptadas, sin especificar autores que defienden una u otra, pues nuestro objetivo no va más allá de contextualizar el Derecho en el marco de una interdisciplinariedad necesaria, pero a la vez aventurada en el riesgo que siempre se acomete cuando la especialización no es tal.

Para el tema concreto de las teorías migratorias resulta interesante la *Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad* de Malgesini y Giménez. MALGESINI; GIMÉNEZ, op. cit., 406 p.

¹⁷ Véase Colectivo Algarabía, *Mirando desde fuera: Historias de migración*, Madrid, Cáritas Edit., 1999, pp. 63-64. Los autores citan a Todazo y Harris como formuladores de esta teoría.

¹⁸ Según Francisco Checa, se trata no tanto de una decisión personal como de una organización de la utilización de los recursos propios de cada familia. Citado por Colectivo Algarabía, op. cit., pág. 64.

crédito”¹⁹. Dentro de la nueva economía de la migración encontramos la teoría de la privación relativa, que sostiene que cuando emigra una persona de una familia no sólo lo hace para mejorar sus ingresos en términos absolutos, sino también, “para mejorar su posición relativa frente a otros hogares, es decir, se tiene en cuenta la distribución de la renta dentro de un grupo de referencia [el pueblo en el que está situado el hogar o el conjunto del país]”²⁰ y, en este sentido, se entenderían las migraciones temporales o aquellas de sólo algunos miembros de la familia y el aumento de los desplazamientos cuando las desigualdades entre regiones o pueblos son altas.

En la conocida teoría *push-pull* también encontramos deficiencias, como en las anteriores. Esta teoría se fundamenta en unos factores de expulsión (*push*) de los países de origen, tales como problemas económicos, conflictos sociales u otros, y en unos factores de atracción (*pull*) de los países de destino o receptores; ambos factores fundamentan un desplazamiento espontáneo de las personas entre los Estados, desde aquellos que tienen factores de expulsión hacia a aquellos que tienen factores de atracción. Ello no explica, sin embargo, por qué desde países con situación similar, factores similares de expulsión, no se produce el mismo desplazamiento de personas.

Variante de la teoría *push-pull* es la teoría del mercado de trabajo dual que, eliminando toda motivación que guía la decisión de los migrantes, reduce esos factores de atracción y expulsión a factores laborales, tales como: escasez generalizada de trabajadores; necesidad de cubrir los puestos de trabajo más bajos; o escasez de trabajadores “en el segmento secundario del mercado de trabajo, que se caracteriza por producciones intensivas en mano de obra y trabajadores poco cualificados”²¹. Sin duda, la teoría anterior deja sin explicar la cuestión de por qué apareciendo los mismos factores laborales, ya sean de atracción o de expulsión, en diferentes lugares, el desplazamiento no es simétrico.

La *teoría económica neoclásica* y la *teoría económica keynesiana* tienen muchos puntos en común con las anteriores y, sobre todo, entre sí. La primera de

¹⁹ MORENO TORRES, Iván, *Los determinantes de la inmigración internacional en España: evidencia empírica 1991-1999*, Documento nº 9/04, Instituto de Estudios Fiscales, 2001, pág. 10.

²⁰ MORENO TORRES, *ibídem*.

²¹ MALGESINI; GIMÉNEZ, *op. cit.*, pág. 138.

estas teorías, la neoclásica, establece que la migración se debe a las diferentes oportunidades económicas entre los países y teniendo en cuenta los costes de emigrar -o lo que es lo mismo, se debe a las diferencias geográficas de oferta y demanda de trabajo, de salario, considerando tanto los ingresos como la tasa de desempleo-; es decir, la migración resulta de una búsqueda de equilibrio entre aquellos lugares, donde la mano de obra es barata y abundante, y aquellos otros lugares donde los salarios son más elevados y hay escasez de trabajadores²². Y la segunda teoría, la teoría económica keynesiana, considera que el salario nominal, y no el real, es el que condiciona la migración y, por tanto, añade a la teoría anterior la variable del dinero como medio de ahorro -esto es, se emigrará allí donde los salarios nominales sean más altos, principalmente para transferir dinero a su país-. En un mercado libre, en condiciones de igualdad como punto de partida y en sentido estrictamente económico, estas teorías pudieran explicar el fenómeno migratorio, pero el contexto no es tan simple y es necesario considerar más variables.

Otra teoría es la del *sistema mundial* que, aplicando las teorías marxistas a la nueva economía mundial, “plantea el desarrollo y la polarización de la aproximación de excedentes y plusvalía por parte de la burguesía capitalista y soportada por la clase proletaria”²³, esto es, existen un centro y una periferia, un centro que se beneficia del flujo desigual de mercancías, capitales y recursos humanos y una periferia que soporta esta desigualdad. Para algunos autores esta teoría supone la penetración de las relaciones económicas capitalistas en las sociedades poco desarrolladas no capitalistas²⁴. Entendemos la teoría del sistema mundial más próxima a la primera aproximación doctrinal recogida arriba, pues de modo contrario se está identificando equivocadamente países poco desarrollados con no capitalistas -eufemismo utilizado por los más reacios para referirse a los países socialistas o comunistas- y países desarrollados con capitalistas. Por otra parte, entendemos que se trata, no tanto de la diferencia entre países o economías capitalistas y no capitalistas,

²² MALGESINI; GIMÉNEZ, op. cit., pág. 137. Según los autores, “esto sólo puede producirse en el marco de un mercado libre, como no existe en la realidad. En el mundo real hay restricciones, políticas de selección, cuotas, tráfico de inmigrantes, etc. Y las leyes de mercado funcionan de forma distorsionada”.

²³ Colectivo Algarabía, op. cit., pág. 65.

²⁴ MORENO TORRES, op. cit., pág. 11. En un sentido similar se posicionan Malgesini y Jiménez. MALGESINI; GIMÉNEZ, op. cit., pág. 138.

sino de cómo influye ese desequilibrio en la sociedad actual, desequilibrio principalmente económico y causado por el capitalismo o neoliberalismo -flujos de bienes y capital- produciendo así las migraciones -flujos de personas-trabajadores-. Como todos sabemos, aquellos flujos no tienen prácticamente restricciones, mientras que los últimos se encuentran con múltiples limitaciones. Consideramos que esta teoría establece más bien una comprensión global de la situación mundial contemporánea y los fenómenos que a ella van ligados; siguiendo la línea de nuestras críticas anteriores, hacen falta más variables para comprender la razón última que lleva a una persona a migrar. Sin embargo, al menos nos coloca en una tesitura diferente: la crítica del propio contexto en el que vivimos.

Asimismo podríamos hacer referencia a ciertas teorías que no explican la migración en sí, sino la persistencia de los movimientos migratorios²⁵: la *teoría de las redes entre emigrantes* -que crean lazos de distinto tipo aumentando así la probabilidad de emigrar al mismo sitio-; la *teoría institucional* -basada en la creación de organizaciones que afectan también al desplazamiento una vez se institucionalizan-; la “*causación acumulativa*” -que ve la migración internacional como un proceso social acumulativo, que se autosostiene-; o la *teoría de los sistemas migratorios* -fundamentada en la idea de que hay sistemas formados por ciertos países entre los que se da una relación de intercambio de bienes, servicios e individuos-. Estas teorías resultan importantes, no sólo porque explican por qué se mantienen los flujos migratorios, sino, en definitiva, por qué emigra una persona concreta, dado que el hecho de que esa persona emigre puede basarse en lazos anteriores y puede que esos lazos sean los que dan razón de ser a su desplazamiento.

No entraremos a definir las diferentes teorías acerca de las tipologías de las migraciones, pues no lo encontramos taxativo dado el continuo cambio de los movimientos migratorios y sus características. Sin embargo sí haremos una breve referencia a continuación a las clasificaciones en que podemos dividir las migraciones o, dicho de otro modo, las tipologías de migrantes.

²⁵ Desarrollamos brevemente aquí las teorías recogidas por Moreno. MORENO TORRES, *ibídem*.

1.3. Tipologías de migraciones o acerca de cómo clasificamos a quienes migran

Para hacer una clasificación de las migraciones internacionales, seguimos en parte la división establecida por Stephen Castles²⁶, entendiendo con él que no pretendemos definir las migraciones, sino simplemente reflejar conceptos establecidos por los Estados, y, como veremos en este trabajo, eso es algo muy común en el tema que abordamos. Así los migrantes internacionales se clasificarían en: trabajadores migratorios temporales, trabajadores “invitados” por un cierto período de tiempo; trabajadores altamente cualificados o de negocios; migrantes irregulares, o indocumentados; refugiados, de acuerdo con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951; solicitantes de asilo, que se encuentran en espera del reconocimiento de su estatus como refugiado o que no necesariamente reúnen los requisitos de la Convención de 1951, pero que también buscan protección; migrantes forzados o desplazados forzosamente, que incluiría los dos anteriores, aquellos que pueden acogerse a la “protección temporal” por razones humanitarias y también aquellos desplazados por otros motivos, como catástrofes naturales o expropiaciones de sus tierras; personas que se reunifican con algún miembro de su familia que emigró con anterioridad; retornados, quienes migran de vuelta a su país de origen. Algunos autores incluyen en esta tipología a los desplazados internos, que estarían entre aquellos migrantes forzados definidos por Castles, pero con la característica de que el desplazamiento se produce dentro de las fronteras de un país²⁷.

Nuestra sociedad globalizada parece a la vista de todos cada vez más compleja, en su estructura, en sus relaciones. Sin embargo, y como hemos recogido en este apartado, la necesidad de migrar no es nueva. Las razones, diversas, han existido siempre y, como veremos, han empujado a las personas a dejar atrás familia, hogar, amistad, trabajo, patria y vida por aquello de lo que huyen o por aquello que

²⁶ Partimos de la clasificación que realiza Castles, ampliándola. Dicha clasificación es la siguiente: temporary labour migrants; highly skilled and business migrants; irregular migrants; refugees; asylum-seekers; forced migrants; family members; and return migrants. CASTLES, op. cit., pp. 270-271.

²⁷ International Organization for Migration, *World Migration Report 2003: Managing Migration, Challenges and Responses for People on the Move*, Geneva, IOM, 2003, pág. 10.

persiguen y anhelan. Llegados a este punto, debemos afrontar la realidad: la migración es un fenómeno que va a persistir y que está presente de tal modo que no puede ser ignorado ni rechazado, de lo contrario nos condenamos eternamente a la regresión, al conflicto y a la desigualdad. Y, por ello, pasamos a ver en qué condiciones se da actualmente esta migración irregular.

2. Aproximación al contexto socio-político contemporáneo

2.1. Una sociedad globalizada en movimiento

a. Algunas cuestiones de fondo de la economía global

Antes de atender al ámbito socio-político en el que se da la migración, vemos necesario acercarnos, siquiera someramente, al contexto económico y demográfico que, junto a otras características como las culturales o las geográficas, dibujan el panorama tanto del siglo XX como del actual. Con ello entenderemos mejor el marco en el que se produce la regulación de los procesos migratorios y asimismo las circunstancias en las que se produce la migración irregular. En todo caso, bien sabemos que estas cuestiones han sido amplia y competentemente estudiadas principalmente por sociólogos, así como por politólogos, economistas y antropólogos, entre otros, por lo que nuestra incursión como juristas será meramente informativa.

Si bien el fenómeno migratorio es antiguo, no es hasta el siglo XX cuando alcanza su mayor auge dado el mayor distanciamiento económico entre países ricos y países pobres, cuando tiene las características por las que hoy lo conocemos y, sobre todo, cuando su contabilización, más interesada que nunca, no resulta tan complicada como en épocas anteriores. Sin embargo, sería superficial atribuir únicamente a factores económicos tanto las motivaciones como los condicionantes de las personas que migran.

Con anterioridad, la migración era vista generalmente como una opción de vida y ejemplo de ello es que ningún país europeo restringía el movimiento de personas, salvo en casos de epidemias. En algunos casos la migración no era una opción sino una necesidad o un deber. La migración por las más diversas razones - pobreza, conflictos, discriminación, desastre ecológico, entre otros- se acrecienta en las últimas décadas y tras ello se extiende a su vez el control de fronteras, el rechazo de entrada en su territorio y otro tipo de trabas. Y es esta asimetría entre el derecho a emigrar o libertad de movimiento y la restricción de la entrada por el país de destino la que da lugar al surgimiento de la migración irregular.

Tal disyuntiva entre el deseo personal y el rechazo al mismo por parte de un Estado se produce en un contexto determinado. Hemos de tener presente que tal contexto posee algunas peculiaridades. Entre estas peculiaridades es significativa la globalización de las empresas de comunicación que permite ver prácticamente en cualquier lugar del mundo imágenes sobre el resto del planeta²⁸. Ello, sin duda, nos permite ver catástrofes de todo tipo, guerras y demás circunstancias de otros países, asimismo el elevado nivel de consumo, los denominados “programa-basura” u otros tipos de series de ficción y “espectáculos” televisivos que enmascaran una sociedad consumista e impersonalizada bajo el cariz de otra rica y feliz con fácil acceso a todos los bienes de consumo²⁹. Y no creemos necesario entrar en valoraciones morales acerca de la legitimidad de quien no vive en esta sociedad “afortunada” y desea participar de ella; sin embargo, no nos resistimos a reprochar tal exposición de simpleza y grosería de quienes, en acopio de una imagen reducida en su

²⁸ “Películas, periódicos, libros, juegos deportivos, televisión y programas de radio muestran un mundo diferente, liberal y rico, a unas personas que esperan el establecimiento en su país de fuerzas de modernización y democratización”, según Graciela Malgesini. Idea que contrasta con la percepción, en ocasiones despectiva, que muestran de la inmigración tanto los debates, como los discursos políticos y otros medios. MALGESINI, Graciela, «Migración y comunicaciones. Los medios de comunicación y el “efecto demostración”», en Unidad de Estudios Humanitarios, *Movimientos de población. Migraciones y acción humanitaria*, Barcelona, Icaria, 2004, pág. 46.

²⁹ Es lo que Graciela Malgesini denomina “efecto demostración” afirmativo, en especial los relacionados con el consumo de bienes simbólicos o caros que juegan “un papel importante en la promoción de la emigración desde el pobre Magreb a la rica Europa”. La autora señala la incoherencia de tal argumento pues el efecto demostrativo negativo no previene los flujos migratorios. Por ello concluye que la influencia de los medios en determinar los procesos migratorios es relativamente pequeña y que aquellos no informan adecuadamente sobre aspectos importantes para aquella persona que va a migrar. MALGESINI, op. cit., pág. 48.

representación pero ampliamente difundida, ignoran de tal manera la realidad de otros -tanto de los mismos países desarrollados, como de los que no lo son-.

No obstante, el término globalización no incluye únicamente los aspectos económico y comunicativo, sino también los tecnológicos, los políticos, los sociales y los culturales, como vamos a ver someramente. Dejando de lado las diferentes teorías sobre el proceso globalizador³⁰ que lo sitúan entre un fenómeno completamente nuevo y otro heredero de las relaciones pre-existentes, nos limitaremos a destacar algunas contradicciones que plantea y que efectivamente se interrelacionan con el proceso migratorio.

La contradicción más evidente de este proceso globalizador es la que presenta el antagonismo entre la libre circulación de bienes y capitales frente a la restricción de la libre circulación de personas, fundamentada ésta última en la reafirmación de la soberanía nacional frente a la conexión global existente que sí permite aquella otra libre circulación. Aún es más, se viene a demostrar con ello que el trazado de las fronteras para una y otra libertades se produce por medio de las diferentes relaciones -relaciones que se dan principalmente en el plano económico- que, fuera ya de las manos de los poderes gubernativos, quedan al criterio de elementos transnacionales, generalmente conglomerados empresariales transnacionales.

Otra contradicción, como señala De Lucas, se da “entre el ideal universalista o al menos cosmopolita de los derechos y la ciudadanía como regla de exclusión

³⁰ La idea, ampliamente generalizada, de que el sistema capitalista global está basado en la creencia de que los mercados financieros tienden hacia el equilibrio es contestada por economistas reconocidos como Soros: “Financial markets are given to excesses and if a boom/bust sequence progresses beyond a certain point it will never revert to where it came from. Instead of acting like a pendulum financial markets have recently acted more like a wrecking ball, knocking over one economy after another”. SOROS, George, *The Crisis of Global Capitalism. Open Society Endangered*, London, Little, Brown and Company, 1999, pág. XVI.

Es lo que Soros denomina “market fundamentalism”, idea que llevará al sistema capitalista global a destruirse a sí mismo en las condiciones actuales. Entre otros problemas y defectos del actual sistema nos encontramos con una economía global sin una sociedad global, asimismo es necesaria la toma de decisiones políticas colectiva, y por tanto la necesidad de subordinar la soberanía de los Estados al Derecho internacional y a instituciones internacionales. SOROS, op. cit., pág. XXIX y ss.

El sistema capitalista global es como un imperio que regula una civilización entera y para el que todos lo que se encuentran fuera son bárbaros. No tiene soberanía, ni una tendencia al equilibrio, pero sí una tendencia a la expansión que Soros define como “influence over people’s lives”. SOROS, op. cit., pág. 103 y ss.

“Truth be told, the connection between capitalism and democracy is tenuous at best. Capitalism and democracy obey different principles”. SOROS, op. cit., pág. 111.

necesaria (al menos justificada como inevitable) que se aplica a los inmigrantes y con más contundencia a los irregulares”³¹. Si esta incoherencia se produce de fronteras adentro, en el exterior es más evidente, los ricos son más ricos y los pobres, más pobres. Y no sólo es así, sino que el proceso está ciertamente consolidando esta tendencia.

Igualmente se han de tener en cuenta otras circunstancias de la sociedad moderna que inciden en la percepción, más bien negativa, de la migración³². Así, con carácter general, vemos una relación acusada entre inmigración y tres factores: desempleo, delincuencia (interior y, más recientemente, internacional, sobre todo terrorismo) y temor al mestizaje. Por otra parte, existen cuestiones de gran importancia tales como las geográficas, las demográficas o las ecológicas o la feminización de las migraciones, que enseguida veremos.

Centrándonos en el factor desempleo, distintas estadísticas demuestran que no hay ninguna relación entre tasa de desempleo y porcentaje de migrantes respecto a la población total³³, a lo que hay que añadir que, generalmente, la población migrante entraña más riqueza y empleo, no sólo por el trabajo que realiza, sino porque implica más personas que acceden a los servicios educativos y sanitarios, con la consecuente mayor necesidad de personal especializado en ambas labores, etc.

Si entendemos que no existe correlación demostrada entre migración y desempleo, tampoco apreciamos relación, al menos de modo significativo, entre migración y nivel de salarios. Según un estudio de la OCDE de 1998, en Estados

³¹ DE LUCAS, Javier, «Las condiciones de un pacto social sobre la inmigración», en FERNÁNDEZ SOLA, Natividad; CALVO GARCÍA, Manuel (eds.), *Inmigración y Derechos*, (II Jornadas de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Universidad de Zaragoza), Zaragoza, Mira, 2001, pág. 42.

³² En un reciente estudio, se analizó la opinión respecto a la migración en España sobre cuestiones como el uso del sistema sanitario o de las prestaciones sociales. A pesar de que los datos son claros, “los inmigrantes dan más de lo que reciben” en términos económicos, la opinión pública se preocupa por los puestos de trabajo que aquéllos puedan disputarles y existe la creencia de que gastan más del erario público en proporción, por ejemplo, en recepción de becas. Por lo tanto, las percepciones no se basan en cifras y hechos, sino que tanto lo subjetivo como, probablemente, los mensajes recibidos incitan a tal sentimiento xenófobo. MORENO FUENTES, Francisco Javier; BRUQUETAS CALLEJO, María, *Inmigración y Estado de bienestar en España*, Colección Estudios Sociales Núm. 31, Obra Social La Caixa, 2011, 214 p.

³³ Entre los distintos documentos consultados, podemos destacar el estudio realizado en 2001 por el Círculo de Empresarios al respecto. Círculo de Empresarios, *El fenómeno de la inmigración: Aportación a un debate*, Madrid, Círculo de Empresarios, 2001, pág. 25.

Unidos, con una larga tradición como receptor de inmigración, “la elasticidad de los salarios respecto de la inmigración ha sido, como mucho, de 0,1 de forma que un incremento del diez por ciento en el volumen de inmigración reduciría los salarios en no más del uno por ciento”³⁴. Pero además, si nos atenemos al carácter económico de una manera puramente matemática, apreciaremos que los resultados de diversos países, como Estados Unidos o Australia, demuestran que los migrantes, en algunos casos, reciben transferencias sociales en una primera etapa, posteriormente se reduce e iguala el volumen de transferencias con el de los nacionales y, en cierta proporción, se convierten tales transferencias en aportaciones netas a los presupuestos estatales³⁵.

No compartimos en absoluto este criterio utilitarista, en este caso respecto al desempleo y el nivel de salarios, sin embargo ante la idea de que los migrantes supongan un “gasto” o perjuicio al país que los acoge nos parece apropiado recordar que en caso de que los migrantes requieran en un momento determinado de las transferencias sociales -caso de prestaciones de desempleo, como ejemplo- se estará produciendo simplemente la realización de un derecho adquirido -por su cotización continuada a la Hacienda pública, en el ejemplo de prestaciones de desempleo-.

Otra característica, asimismo paradójica, de la sociedad globalizada es la internacionalización de la pobreza y la desigualdad. Resulta paradójico que, ante la abundancia de recursos y el exacerbado consumo, la pobreza y la desigualdad no desaparezcan ni entre las distintas regiones del mundo ni dentro de los mismos países desarrollados. Ello se disfraza con la idea de la “sociedad de consumo” que ofrece una visión de riqueza y bienestar a través, principalmente, de los medios de comunicación y del turismo. Sin embargo tal visión es, como decimos, un disfraz que esconde las desigualdades sociales internas e internacionales. La hipocresía de la comodidad no da licencia a alternativas al modelo económico que sostiene semejante exclusión, por lo que la situación se agrava y, en definitiva, la migración es la única

³⁴ Estudio citado en Círculo de Empresarios, op. cit., pág. 27. Según los autores, en España esa elasticidad debe ser mucho menor, dado que la inmigración es un fenómeno reciente. Indican que esa variación dependerá también del sector económico al que hagamos referencia y será menos clara en países con rigidez institucional, como los europeos. Por lo general, raramente se aprecia una variación del nivel de salarios, pero hay sectores en los que resulta complicado obtener datos, dada la existencia de economía sumergida, que normalmente no es denunciada.

³⁵ Según el estudio mencionado, Círculo de Empresarios, op. cit., pág. 31.

posibilidad para las zonas más pobres del planeta, así como lo fue el desplazamiento del campo a la ciudad durante la Revolución Industrial.

Por último, y no menos importante, hemos de referirnos a la feminización de la migración. Si bien hasta hace unas décadas los movimientos migratorios tanto de trabajadores como de refugiados eran predominantemente masculinos, en los que la mujer migraba bajo el paraguas de la reagrupación familiar; hoy día la mujer juega un rol especial, sobre todo como trabajadora y cabeza del hogar -así lo hemos podido ver en España con mujeres procedentes de países del Este europeo o de países latinoamericanos-. Sin embargo, hemos de tener presente que la feminización de las migraciones no es únicamente una cuestión cuantitativa sino principalmente cualitativa. La asunción de la mujer del rol central de persona que migra y las circunstancias y consecuencias que conlleva requiere de una perspectiva diferente y de una aproximación a sus necesidades.

Asimismo, junto con esta feminización, aumentó la proporción de mujeres y niños refugiados a principios de los noventa hasta un 80 % del total de los veinte millones de personas refugiadas que había en ese momento³⁶. La feminización conlleva necesariamente un replanteamiento de las políticas migratorias y de los estudios al respecto, replanteamiento que resulta crucial en los países de origen por el rol familiar que ejerce la mujer. Por otra parte, tanto en los países de destino como en los de origen y tránsito, han de tenerse en cuenta las peculiaridades que supone: doble discriminación, situaciones de esclavitud, explotación sexual, trata, entre otros problemas y vulnerabilidades.

b. Un mapamundi de las migraciones

En los movimientos migratorios de la actualidad, ya casi ningún país es exclusivamente país de origen o país de destino, sino que por regla general se combinan estas condiciones, incluso junto a la condición de país de tránsito. No obstante, existen algunas áreas geográficas en las que el mayor desplazamiento es el

³⁶ Datos recogidos por Amnistía Internacional. Amnistía Internacional, *Los derechos humanos, un derecho de la mujer*, Madrid, EDAI, 1995, pp. 20 y ss.

de personas que intentan salir, siendo a su vez áreas de tránsito o destino en menor medida. Se trata mayormente de los países africanos, centroamericanos, sudamericanos y parte de los asiáticos³⁷. En todas estas áreas geográficas se han producido grandes oleadas de refugiados, junto a las cuales apreciamos también masivos flujos migratorios hacia otras zonas; pero, como hemos anticipado, no son únicamente flujos que parten de allí, sino que también llegan o van de paso, claro ejemplo de ello es México.

África se caracteriza por su pasado colonial que dejó huella en todos sus territorios. Sudáfrica ha sido el país que más flujos migratorios ha recibido, pero también han recibido migrantes Costa de Marfil o Nigeria y otros países, como Argelia o Sudán, han acogido refugiados. Desde luego paradójico es el caso de Sudán, pues en los últimos años ha sido país de origen de desplazados y refugiados. Como es conocido y por desgracia nada novedoso, la situación del Continente africano es especialmente grave, situación que ha producido un éxodo principalmente hacia el Continente europeo. De algunos de los países africanos se han producido migraciones a las antiguas metrópolis, así ha ocurrido en Argelia y Marruecos de donde han partido migrantes hacia Francia.

En América Central y del Sur, se sigue el patrón mencionado. Así, Venezuela, Brasil o República Dominicana han sido países receptores fundamentalmente, pero también han sufrido la emigración. Otros han sido más bien países de origen, como Ecuador que, sin embargo, recibe a su vez refugiados colombianos. Y prácticamente todos los países de Centroamérica forman parte de una vía importante de tránsito, la que se dirige a Estados Unidos de América; con la particularidad de México que sufre una gran catástrofe humana al recibir gran número de migrantes latinoamericanos, unos con la intención de quedarse y otros con

³⁷ Para una referencia más amplia a los datos geográficos que recogemos, véase CASTLES, Stephen; MILLER, Mark J., *The Age of Migration. International Population Movements in the Modern World*, London, McMillan Press, 1993, pág.7 y ss.

Véase también División de Población del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la Secretaría de las Naciones Unidas, *World Population Prospects: The 2006 Revision*, Nueva York, Naciones Unidas, 2007.

la de “entrar de mojados” en Estados Unidos y al padecer también el propio éxodo al Norte³⁸.

En Asia nos encontramos, por un lado, con Oriente Próximo y, por otro, con el Centro y el Este de Asia. En Oriente Próximo, los principales países de origen son aquellos que no cuentan entre sus riquezas el gas o el petróleo, o incluso el agua, o aquellos en los que el hecho de poseer tales riquezas naturales se ha convertido en el origen de graves conflictos, generando grandes exilios y numerosa población refugiada, como es el caso de Palestina o de Irak³⁹. En el resto de Asia, existen países clásicamente de origen, como Sri Lanka o Bangladesh; y otros que combinan origen y destino, como Pakistán o Irán, que, siendo países de origen, han recibido refugiados de Afganistán⁴⁰.

³⁸ Así lo atestigua el informe de la Relatoría Especial de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de los Migrantes de la misión realizada a la frontera entre México y Estados Unidos en 2002. En dicho informe menciona, entre otros los siguientes riesgos que corren los migrantes: “desprotección del migrante en el cruce irregular de la frontera frente al tráfico de personas, el migrante frente al problema de la trata de personas, el uso excesivo de la fuerza contra los migrantes, el cruce de frontera por zonas peligrosas, la vulnerabilidad de la niñez en la frontera, actitudes racistas, xenófobas y discriminatorias y las condiciones de detención de migrantes indocumentados, sobre todo cuando se encuentran bajo custodia de agencias de seguridad privadas”. Informe presentado por la REM a la CDH, Misión a la frontera entre México y Estados Unidos en 2002, E/CN.4/2003/85/Add.3, 30 de octubre de 2002.

Véase asimismo el informe de la REM sobre su visita a México en el mismo año. En este informe se resalta, por un lado, la condición de México de país de origen, destino y tránsito. Y, por otro lado, respecto a las condiciones en que migran los mexicanos advierte un cambio tras las últimas reformas legislativas más restrictivas de Estados Unidos, endurecimiento del control en frontera y “el consecuente aumento de los costos del cruce irregular en términos monetarios y de riesgos que implica, los emigrantes mexicanos han tendido a asentarse en los Estados Unidos de forma permanente” y menos a desplazarse por temporadas como hacían anteriormente con más frecuencia. Informe presentado por la REM a la CDH, Visita a México en 2002, E/CN.4/2003/85/Add.2, 30 de octubre de 2002.

³⁹ Ya en 2003, según fuentes oficiales iraníes recogidas por la REM en su visita a Irán, había unos 202000 iraquíes en Irán. Hemos de suponer que tras la invasión de Irak por el eje Estados Unidos de América-Reino Unido, y España a la sombra, y la guerra iniciada por estos países este número se haya incrementado considerablemente. Informe presentado por la REM a la CDH, Visita a la República Islámica de Irán en 2004, E/CN.4/2005/85/Add.2, 14 de enero de 2005.

Según el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, a finales de 2006 el número de iraquíes refugiados ascendía a 1,5 millones, de los cuales 1,2 millones se habían dirigido a Jordania y Siria. Irak es el segundo país de origen en número de refugiados, tras Afganistán. UNHCR, *2006 Global Trends: Refugees, Asylum-seekers, Returnees, Internally Displaced and Stateless Persons*, <http://www.unhcr.org/statistics/STATISTICS/4676a71d4.pdf>, pág. 7. Afganistán sigue siendo el primer país de origen de personas refugiadas de acuerdo con el último informe del ACNUR, UNHCR, 2012, pág. 3.

⁴⁰ Pakistán e Irán, por este orden, son los países que más refugiados reciben. Aunque pudiera preverse una situación distinta, la realidad es que la mayoría de refugiados son acogidos por países en vías de desarrollo, como recoge el ACNUR en su último informe. UNHCR, 2012, pág. 6.

Y, por otra parte, están aquellas áreas geográficas principalmente de destino y que son, asimismo, lugares de origen o tránsito de flujos migratorios. Entre estos destacan, por un lado, Estados Unidos de América, Canadá, Australia, Nueva Zelanda y Argentina⁴¹, caracterizados por haber recibido ya grandes flujos de migración en las primeras décadas del siglo XX y cuyas poblaciones consisten especialmente en migrantes europeos y sus descendientes; y, por otro lado, los países europeos occidentales, iniciados más recientemente en la recepción de grandes flujos migratorios, pero cuyo aumento numérico ha sido considerable. Tal cambio de sentido de las migraciones se ha producido más recientemente en los países del Sur de Europa -España, entre ellos- y actualmente se está produciendo en los del Centro y Este de Europa -Hungría o Polonia son ejemplos de ello-.

Junto a estos dos grandes grupos de países de destino, nos encontramos con otros dos más recientes⁴²: los países del Golfo Pérsico y los asiáticos. Los primeros, los países del Golfo Pérsico, tras su explosivo crecimiento económico han recibido muchos trabajadores de los países de alrededor. Se da la circunstancia de que esta área no tiene unos movimientos determinadamente de origen o de destino, por ejemplo, Turquía ha sido país de origen de migrantes, principalmente a Alemania, y también de destino, sobre todo de refugiados provenientes de Oriente Medio. Y, en segundo lugar, el otro grupo emergente son los florecientes territorios asiáticos: Japón, Hong Kong, Taiwán, Singapur y China. A los que, en menor medida, se unen Tailandia o Malasia. Todos ellos han recibido tanto refugiados, de Indochina u otros países, como trabajadores migrantes, debido a su próspera economía.

Por otro lado, encontramos una variable relevante en la sociedad actual y en las migraciones que se producen tanto a finales del siglo pasado como en el presente, la demografía. Según el informe al respecto de la División de Población de Naciones Unidas de 2007⁴³, entre 2005 y 2010 la migración al menos doblaría la contribución al crecimiento natural de población -esto es, nacimientos menos defunciones- en al menos ocho países o áreas del mundo, éstos son Bélgica, Canadá, Hong Kong,

⁴¹ CASTLES; MILLER, op. cit., pág. 5.

⁴² Para ampliar al respecto véase CASTLES; MILLER, op. cit., pp. 5-8.

⁴³ División de Población del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la Secretaría de las Naciones Unidas, *World Population Prospects: The 2006 Revision*, Nueva York, Naciones Unidas, 2007.

Luxemburgo, Singapur, Suecia, Suiza y España, donde los diferentes estudios han lanzado la preocupación acerca de la baja tasa de natalidad y el envejecimiento poblacional, por lo que no es desdeñable el valor de tal estudio de la ONU al respecto.

Estados Unidos es el país que mayor número de inmigrantes, en términos absolutos, recibe, alcanzando un número anual aproximado de 800.000 inmigrantes. Sin embargo, en términos porcentuales respecto a la población total del país, es superado por Australia y Canadá con 21% y 17% respectivamente frente al 9,8% de Estados Unidos⁴⁴.

Característica propia de los siglos XX y XXI es el progresivo descenso del índice de natalidad, que se estima por debajo de la tasa de re-emplazamiento poblacional en, al menos, 83 países⁴⁵. Unido este descenso de la natalidad a una mayor esperanza de vida, nos encontramos obviamente con un envejecimiento de la población; preocupante sobre todo tras la jubilación de la generación del “baby boom” a partir de 2010, dando lugar a una mediana de edad muy superior a la registrada durante siglos⁴⁶.

⁴⁴ Círculo de Empresarios, cit., pp. 8-9. El porcentaje en el año 2010 de personas migrantes en Estados Unidos de América era del 13,5 %, frente al 21,3 % tanto en Australia como en Canadá, United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2011). *Trends in International Migrant Stock: Migrants by Age and Sex* (United Nations database, POP/DB/MIG/Stock/Rev.2011) - Última visita: 7 de agosto de 2012..

⁴⁵ Estos países están habitados por 2700 millones de habitantes, esto es, el 44% de la población mundial, sin una correlación entre grado de desarrollo económico y descenso de natalidad. Entre las previsiones de los países que tendrán menor tasa de fertilidad para los períodos de 2000-2005 y 2045-2050 se encuentra España -sexto y tercer lugar, respectivamente-. Círculo de Empresarios, op. cit., pág. 13.

⁴⁶ En Estadística una mediana es el valor de la variable que deja el mismo número de datos antes y después que él, es decir, el conjunto de datos menores o iguales que la mediana representarán el 50% de los datos, y los que sean mayores que la mediana representarán el otro 50% del total de datos de la muestra.

Ello significa que la mitad de la población tiene una edad inferior a la mediana y la otra mitad de la población supera esa edad. Actualmente sólo África subsahariana mantiene, y mantendrá durante los próximos 25 años, una mediana de edad en torno a los 20 años. Para los países avanzados la mediana es de 37 años en la actualidad y será de 43 años en el 2025, según las previsiones del *Bureau of Census* de Estados Unidos. Como ejemplo, Japón tendrá en 2025 más del 20% de la población con una edad superior a 70 años; y tan dramático es el caso de China, donde para ese año la población de 65 años o más ascenderá a 200 millones de personas, la séptima parte de su población total. Círculo de Empresarios, cit., pp.14-15.

Los datos de la ONU reflejan el mismo problema: para mitad del siglo XXI España será el país más envejecido, con una edad media de 55,2 años, según el *Population Report* 2000, División de

Este trastorno demográfico podrá afectar negativamente al nivel de vida en el mundo industrializado si la tasa de dependencia -esto es, la proporción entre los mayores de 65 años y la población en edad de trabajar- se mantiene, pues debe tenerse en cuenta, entre otros factores, la presión sobre el gasto social en los presupuestos públicos de las prestaciones por jubilación. Para paliar este trastorno, el *Bureau of Census* norteamericano indicó en 2001 “que, en el área europea, el volumen de inmigración requerido para evitar la caída de la población asciende a casi el doble del actualmente registrado” o el cuádruplo si se desea evitar un deterioro de la tasa de dependencia⁴⁷. En el mismo sentido se manifestó la ONU en 2004 a través de su División de Población.

Paradójicamente se constata que la esperanza de vida disminuye en algunas áreas del planeta. En la era del desarrollo tecnológico, el revés lo pone el desastre natural, provocado o no por la mano humana, que dificulta la supervivencia a multitud de personas entre otros motivos por la escasez de agua, la desertización, la deforestación, la contaminación, o el cambio climático. La sociedad global debiera tener en cuenta que cada vez más personas se verán forzadas a migrar debido a razones ecológicas -dando lugar a un nuevo tipo de desplazado al que habrá que ofrecer soluciones-, así como que hay que velar por la supervivencia del planeta y de los que lo habitamos⁴⁸.

2.2. Cuestiones socio-políticas

Visto el panorama de la sociedad globalizada, veamos cuál es el enfoque socio-político que han tenido los Estados hacia el fenómeno migratorio. Al respecto nos detendremos en dos temas relacionados con este ámbito: por un lado, la política

Población de Naciones Unidas: <http://www.un.org/esa/population/unpop.htm> - Última visita: 25 de junio de 2007.

⁴⁷ “El dilema europeo consiste, por lo tanto, en aprender a integrar a esa cuarta parte de población foránea, asumiendo como positiva la pluralidad racial, o resignarse a una caída relativa del nivel de vida, un deterioro de las prestaciones sociales, e importantes cuellos de botella en las estructuras productivas”, Círculo de Empresarios, op. cit., pp.16-17.

⁴⁸ El último informe de la OIM recoge explícitamente las causas mediambientales como nuevo factor predominante en las migraciones internacionales. IOM, 2011.

migratoria que siguen los países en el sentido estrictamente administrativo, es decir, cómo se gestiona el proceso migratorio; y, por otro lado, el contenido propio de la política migratoria desde una perspectiva global mundial en las últimas décadas del siglo XX y el comienzo del presente.

En primer lugar, atendiendo al aspecto administrativo de la política migratoria que los países receptores establecen, podríamos diferenciar dos grupos distintos: aquellos cuya política se fundamenta en otorgar permisos temporales, ligados a las circunstancias eventuales, y generalmente con distintos departamentos implicados en esta competencia; y aquellos otros cuya política es históricamente más abierta y funcionalmente más definida, pues suelen tener un solo departamento que gestiona esta política. Entre los primeros, se encuentran los de la Unión Europea o Japón; entre los segundos, los que tradicionalmente han sido países de inmigración, Estados Unidos de América, Canadá o Australia.

Las dificultades de estas políticas migratorias aumentan cuando nos referimos a la migración irregular. Esta política consiste básicamente en aplicar un cierre de fronteras a todos aquellos que no cumplan los requisitos legales exigidos para la entrada en el territorio nacional. Podemos afirmar, por tanto, que son predominantes las políticas migratorias tendentes a luchar contra la migración irregular reforzando las fronteras, los controles y las devoluciones. Como resultaría obvio deducir atendiendo al fenómeno en los últimos años, esta propuesta de rechazo de la entrada de personas migrantes no está teniendo ningún efecto disuasorio y, por ende, el resultado es de dudosa efectividad.

Si por un lado, el cierre a cualquier entrada no parece funcionar en la dirección que proponen los Estados, por otro, la política sobre migración irregular debiera proponer soluciones para aquellas “bolsas” de migrantes irregulares que ya se encuentran en el país. En algunos países, como Estados Unidos de América, el número de personas que se encuentran en situación irregular es tan grande que la regularización de estas personas pareciera la única salida digna para las autoridades. Sin embargo la política de los dos grupos de países referidos arriba parece encontrar un punto común en este tema concreto: se aprecia como única solución, con carácter

general, la expulsión o deportación de los migrantes y, en casos muy excepcionales, la regularización.

Dado que nos estamos refiriendo en este primer capítulo al contexto global de las migraciones internacionales, nuestro propósito no va más allá de una referencia general, esto es, de lo que ha sido la evolución y la consolidación de una política migratoria desde una perspectiva internacional en las últimas décadas del siglo XX. Si bien la política va ligada al ámbito jurídico que veremos más adelante con mayor detenimiento, aquí procuramos destacar algunos aspectos o tendencias que a nuestro parecer han sido claves en el desarrollo de las más recientes actuaciones políticas y por consiguiente de las consecuentes reformas o iniciativas legislativas.

Un hecho constatado y derivado de la globalización del siglo pasado es el cuestionamiento del Estado-nación y en ello ha tenido influencia indudablemente la migración⁴⁹. Si, por un lado, la soberanía estatal en muchos países se ha visto voluntariamente mermada gracias a los diferentes procesos de integración regionales; por otro, se encuentra cuando menos perturbada debido a las dificultades en el control de fronteras tanto por los países que sufren la salida de personas como por los que las reciben.

Desde una perspectiva crítica a las políticas generales de los países, hemos de recordar que los países de origen pierden credibilidad en su capacidad de generar desarrollo, por el hecho de que las personas deban recurrir a la emigración, lo que implica una falta de recursos y expectativas en su propio país. A su vez se muestran incapaces de proteger a sus nacionales en el extranjero en demasiadas ocasiones. En cuanto a los países de destino, éstos muestran un inexorable e ineficaz procedimiento de actuación. Su cierre de fronteras, y los distintos acuerdos adoptados en tal sentido, no suponen la erradicación de la migración irregular. Asimismo muestran una repetida contradicción al favorecer por un lado el intercambio cultural y económico mediante la apertura a los movimientos de capital, bienes e información y al turismo y, por otro, restringirlo al movimiento de personas, salvo cuando se trata de turistas, inversores y trabajadores altamente cualificados -incluyendo en este grupo a los

⁴⁹ Incluso pudiéramos ir más allá, coincidiendo con Stephen Castles, determinando que la migración desafía o pone en entredicho al Estado-nación. CASTLES, op. cit., pp. 278-279.

deportistas de élite-. Esto sin duda crea desconcierto entre las personas que desean migrar por uno u otro motivo y que se moverán dentro o, casi inevitablemente, fuera de los cauces regulados al efecto.

Igualmente el Estado como ente que representa la unidad territorial, política y cultural de un pueblo aparece cuestionado en las últimas décadas. Tal unidad ha sido y es en muchos casos ficticia, como apunta Castles⁵⁰; dicha unidad se ha visto erosionada por diversos factores: en ocasiones por los movimientos nacionalistas, en otras por integraciones regionales, y, no cabe duda, que la migración supone otro agente más en tal erosión. En todo caso, aunque hoy día se utiliza el argumento de la homogeneidad étnica y cultural para denostar la multiculturalidad que la migración supone, tal homogeneidad no ha sido tan escrupulosa como se ha hecho creer, como veremos a continuación.

Si la migración ejerce su influencia sobre el concepto de Estado-nación, éste y los poderes fácticos ejercen a su vez la suya en el desarrollo de una política migratoria a su beneplácito, esto es, modelada según sus intereses. De este modo, apreciamos algunas características de dicha política teñidas de argumentos divorciados de aquellos otros argumentos referidos o abogando en el discurso político respecto a otras cuestiones, como los derechos humanos por ejemplo.

Nos referíamos a la homogeneidad étnica y cultural como argumento denostador de la migración y de lo que ésta ofrece a la sociedad de acogida en clave de multiculturalidad. Tal argumento, en nuestra opinión claramente racista, ha encontrado cobijo en tendencias políticas más reaccionarias y, desgraciadamente, crecientes en el último período y resulta intrínseco y evidente en los movimientos de tendencia xenófoba y racista, que no son únicamente los movimientos juveniles violentos, sino también partidos políticos, que por su presencia institucional tienen una representatividad digna de ser considerada⁵¹. Sin embargo dicha evidencia no es propia de otras tendencias políticas, por lo que resulta preocupante que puedan albergarse tales argumentos en las mismas. Nos referimos a políticas que,

⁵⁰ CASTLES, op. cit., pág. 279.

⁵¹ Son los casos, por ejemplo, de Alianza Nacional en Italia -de G. Fini que junto con U. Bossi sacó adelante la reforma de la ley migratoria en 2002-, del Frente Nacional en Francia -de J-M. Le Pen-, del Partido Liberal de Austria -de Haider-, o más recientemente de Amanecer Dorado en Grecia.

denominándose democráticas, ofrecen por el contrario ideas como la asimilación o la expulsión⁵², sin contemplaciones, como opciones a la variedad étnica y cultural. Estas tendencias contrastan con otras que proclaman el multiculturalismo como medio de integración y, por tanto, la participación de todas las personas residentes en la conformación del Estado y de su identidad. Nos parece indudable que esta opción evitaría, con todos sus matices, la exclusión social así como pondría en cuestión la falseada noción de identidad nacional homogénea. Al respecto han de tenerse en cuenta las diferentes teorías sobre la integración de los migrantes y como unas u otras apuestan por diferentes mecanismos y modelos que en definitiva llevan a mayor o menor nivel de integración. Así, Castles y Miller diferencian varios grados que van desde la asimilación individual hasta la aceptación relativa de la diferencia cultural a largo plazo, como ejemplos: Canadá, Australia y Suecia desde la década de los 70 optaron por garantizar los derechos culturales y políticos de las minorías; otros países que se oponen al asentamiento permanente así como al pluralismo, pues lo ven como amenaza a la unidad e identidad nacional; y países, como Francia, que aceptando el asentamiento piden una asimilación cultural individual como “precio” por garantizar sus derechos y ciudadanía⁵³.

La otra característica de la política migratoria que ya mencionábamos es la criminalización de la migración. La migración se ha visto fatalmente ligada a generación de desempleo, aumento de la delincuencia y al riesgo del mestizaje y hemos dejado conscientemente la cuestión de la criminalización para el final, pues no es sólo una característica de la sociedad globalizada, sino que se ha convertido en el adalid del discurso político.

Como afirma Menéndez⁵⁴, los migrantes son el “chivo expiatorio” perfecto para ser culpados de la pérdida de identidad nacional y colectiva, a pesar de que en un mundo más global el mestizaje es connatural. Pero se podría decir más, al encontrar un culpable, asimismo permite dirigir la opinión social hacia un rechazo al

⁵² El ejemplo más claro, y conocido, es el de Francia con su política asimilacionista de aplicación directa.

⁵³ CASTLES; MILLER, op. cit., pág. 13.

⁵⁴ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, F, «La retórica de las identidades: inmigración, ciudadanía y política», en PRESNO LINERA, Miguel Ángel (coord.), *Extranjería e inmigración: Aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pág. 319.

migrante en lugar de dirigirla a prestar atención y criticar la incompetencia e incoherencia a la hora de regular los flujos migratorios u otras cuestiones que quizá están queriendo ser invisibilizadas con este argumento. En definitiva, resulta populista -y en este caso efectivo- recordar constantemente que “lo normal”, la comodidad y, por qué no mencionarlo, “nuestra” identidad se ven amenazadas y para ello ningún argumento más sencillo que la generación de desempleo -o empeoramiento de las condiciones de “nuestro” empleo- y aumento de la delincuencia. Este último ha sido ampliamente explotado tanto en su vertiente interna como en la internacional, en la primera relacionándolo con delincuencia o con el propio término de “ilegal” para referirse a los migrantes, en la segunda, con las mafias o con el terrorismo.

En relación con esta criminalización de los migrantes, discrepamos de aquellos que ven el 11 de septiembre de 2001 como razón de ser de la misma, pues por contra consideramos que no ha sido la razón, sino la excusa perfecta para reforzar ese discurso de criminalización. La conexión entre migración y delincuencia viene de tiempo atrás, baste recordar las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere en octubre de 1999⁵⁵ o la propia Ley de extranjería española de diciembre de 2000 que, como sabemos, modifica la de enero del mismo año tras la obtención de la mayoría absoluta del Partido Popular⁵⁶.

Si la conexión venía de antes de la mencionada fecha, ¿por qué resulta la excusa para la criminalización de los migrantes? Para responder a ello, hemos de hacer balance del breve recorrido de este siglo XXI. Por un lado, las reformas legislativas han sido abrumadoras -Reino Unido, Estados Unidos de América, Australia, la propia Unión Europea-; por otro lado, el cambio político no ha sido

⁵⁵ A pesar de que el contenido recogido en las Conclusiones de la Presidencia de este Consejo eran menos estrictas que lo que hoy consideramos la política de la UE en materia de asilo e inmigración, se empieza a relacionar peligrosamente los términos delincuencia e inmigración, lo que no dejará de ser una constante en el lenguaje comunitario. Asimismo comienza a forjarse una política dirigida casi exclusivamente al control de fronteras. Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999.

⁵⁶ En palabras del entonces Secretario de Estado para la Inmigración, Fernández Miranda, la ley -la aprobada en enero de 2000 por un amplio consenso parlamentario, salvo el del Partido Popular- era demasiado permisiva, una ley libertina. El Secretario de Estado, refiriéndose a la no inclusión de ciertos derechos en la ley, incluso “tuvo la torpeza de decir que los derechos políticos no son derechos fundamentales”, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, op. cit., pág. 325.

menor -evidencia de ello es el giro dado en la política de inmigración y asilo de la UE, sobre todo tras el Consejo Europeo de Sevilla, con la Presidencia española, de 2002⁵⁷-. La pregunta que debemos hacernos, como bien comenta Faist, es por qué unos pocos occidentales han recurrido a las fantasmagóricas amenazas representadas por los migrantes, incluso antes del 11 de septiembre de 2001⁵⁸.

Si bien algunos autores consideran que la respuesta a ello es la soberanía que los Estados todavía mantienen sobre el control de fronteras⁵⁹, nos sentimos más cercanos a la opinión contraria que sitúa precisamente en la erosión de la soberanía y, por ende, del control de fronteras como motivo principal, puesto que hacer visible la migración, en especial la irregular -por medio de su criminalización y de la generación constante de temor social mediante argumentos como el de la amenaza del terrorismo internacional- permite un ejercicio más perceptible y por tanto más evidente del control de fronteras y evitar así la imagen de porosidad de las mismas que cotidianamente se transmite.

Además, y en relación con el ya mencionado racismo implícito, hemos de recordar que el 11 de septiembre de 2001 sí tuvo un grave efecto respecto al foráneo. Si los controles migratorios se han ligado a la lucha contra el terrorismo, el sujeto identificado como “culpable” ha pasado a ser de un origen étnico y una religión concretos. Tal perfil ha de ser considerado racista, pues ha puesto a toda la comunidad musulmana y/o de origen árabe bajo el punto de mira de una neurótica obsesión generada, no ha de olvidarse, principalmente por un país aunque seguida

⁵⁷ Sin duda las Conclusiones de la Presidencia consolidan la idea del control de fronteras y abren la puerta de la expulsión y repatriación como la “otra” medida “para luchar contra la inmigración ilegal”, asimismo se declara la intención de acelerar los trabajos legislativos sobre definición de una política común de asilo e inmigración. Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Sevilla, 21 y 22 de junio de 2002.

⁵⁸ El autor lo denomina una “securitization of migration”. La pregunta que plantea es ciertamente inteligente, seguida de una argumentación que, a nuestro parecer, defrauda al acogerse a la retórica de Huntington y de la bendición del neoliberalismo como exportador de democracia y de derechos humanos, confundiendo gravemente los términos. FAIST, Thomas, «“Extension du domaine de la lutte”»: *International Migration and Security before and after September 11, 2001*», en *International Migration Review*, Vol. 36 (1), Center for Migration Studies of New York, Spring 2002, pp. 7-8.

⁵⁹ Entre ellos, Thomas Faist, aunque coincidimos con el autor que el control más estricto de fronteras no constituye un medio apropiado para combatir el terrorismo. FAIST, op. cit., pp. 12-13.

por otros, cuando la lucha contra el terrorismo por su naturaleza no es estatal, sino que ha de ser global⁶⁰.

Las consecuencias no se dejaron esperar, como veníamos apuntando, tanto en política como en legislación al respecto. Así la UE aceleró el proceso para que llegara a aprobarse y aplicarse la Directiva 2001/55 de 20 julio, *relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida*, por el temor al aumento de solicitudes de asilo -provenientes en su mayoría de afganos, temor demostradamente infundado dadas las cifras de solicitantes de asilo de esa procedencia; probablemente se pensaba en aquellas personas que podrían haber huido del conflicto en los Balcanes, lo cual también hubiera sido falta de motivos-. El nexo creado entre fundamentalismo islámico y terrorismo aumentó la sospecha sobre todos aquellos solicitantes de asilo musulmanes.

La fórmula perfecta para cerrar fronteras fue, y sigue siendo, el argumento de la seguridad nacional, que se materializa en tres amenazas que sintetizan todo lo expuesto hasta aquí: el desafío policial o militar -la delincuencia y el terrorismo de “la mano de los migrantes”-; la amenaza identitaria -los ya mencionados racismo, xenofobia o temor al mestizaje-; y la amenaza al Estado de bienestar -los extranjeros ocupan empleos y acceden a los servicios sociales-.

3. Una decisión: migrar en el limbo de la irregularidad

Partamos de una idea: en principio, y en condiciones iguales, los seres humanos sólo considerarán la migración como una posibilidad si con ello mejoran sustancialmente en un tiempo razonable su situación personal y/o familiar. Si bien esto ya es suficientemente complicado de comprobar, aún lo es más en el caso de que tal migración se produzca en situación de irregularidad, pues a las motivaciones que

⁶⁰ Coincidiendo con la opinión de Elspeth Guild, en BROUWER, Evelien; CATZ, Petra; GUILD, Elspeth (eds.), *Immigration, Asylum and Terrorism. A Changing Dynamic in European Law*, Nijmegen, Recht & Samenleving 19, 2003, pág. 2.

puedan existir a la hora de tomar la decisión de migrar ha de añadirse el riesgo asumido con tal decisión. Sin embargo, acercarse a lo que pudieran ser esos motivos y a las circunstancias que lo acompañan es un intento que creemos necesario.

3.1. Los precedentes del migrante en situación irregular

Cuestión principal de la que se debe partir cuando se analiza el fenómeno migratorio es el por qué, las causas que producen la migración o, en definitiva, cuales son las motivaciones de una persona para decidirse a migrar. En primer lugar, esas causas generalmente aparecen interrelacionadas y, por tanto, normalmente no se migra debido a una única causa, sino a varias que actúan conjuntamente. En segundo lugar, aparentemente no tienen porqué ser diferentes las razones de un migrante en situación irregular de las razones del que migra por los cauces regulares; las razones concretas que les empujan a emigrar pueden ser y, de hecho, son comunes. Sin embargo, el riesgo adicional asumido por quien migra de manera irregular supone un detalle no menor que debiera desincentivar a priori a tomar tal decisión.

Identificar las razones de la migración es importante por tres motivos, como recuerda Patrick Taran⁶¹. Primero, nos permitirá reconocer qué personas precisan de protección y no deben ser retornadas a lugares donde sus vidas o integridad corran peligro. En segundo lugar, identificando las verdaderas causas que producen la migración podremos dirigir nuestros trabajos para aliviar, acabar e incluso prevenir las mismas cuando ello resulta necesario para el respeto a la dignidad y los derechos humanos de las personas. Y por último, aseguraremos que la migración voluntaria pueda ser facilitada y dispuesta de tal forma que beneficie tanto a las personas como a los Estados que se ven afectados por los flujos migratorios.

Entendemos que para llevar a cabo un estudio jurídico acerca de la irregularidad, hemos de conocer previamente, aunque no sea de manera profunda, los precedentes de un migrante en situación irregular, esto es, cuál es el origen de su decisión para migrar en el limbo de la irregularidad. En este sentido, la causa que

⁶¹ TARAN, Patrick A., «Human Rights of Migrants: Challenges of the New Decade», en *International Migration*, Vol. 38 (6), Oxford, Blackwell Publishers, 2000, pág.12.

aparece como más obvia es la económica, entendiéndose como tal la diferencia de ingresos, de empleo o de nivel de vida de la población entre unos países y otros. Pero no es la única, como veremos seguidamente, las razones del que emigra son variadas -aunque en ocasiones éstas tengan un trasfondo económico-: demográficas, culturales, educacionales, sociales, familiares, políticas, catástrofes no naturales, catástrofes naturales, ecológicas, y personales, entre otras.

Atendiendo en primer lugar a las razones demográficas, esta cuestión está relacionada con circunstancias o aspectos estructurales, tales como la fertilidad, la mortalidad o la distribución de la edad⁶², en consecuencia de las cuales las estructuras demográficas de los países de origen y de destino producen un movimiento migratorio natural. Encontramos una población joven -a causa de una menor esperanza de vida y una alta natalidad- y numéricamente grande en los primeros; y una población con una mediana de edad mayor⁶³, envejecida -debido a la mayor esperanza de vida y baja natalidad- y numéricamente menor en los segundos. La relación entre “excedente” en los países de origen y “carencia” en los receptores produce una migración natural de población de aquéllos a éstos. En palabras de Domingo Valls, “la inmigración no es una opción, es la incógnita despejada y necesaria de dicha ecuación, a la que creo no se está dispuesto a renunciar”⁶⁴. Asimismo, otros autores, como Matthew Connelly y Paul Kennedy, consideran el crecimiento demográfico directamente relacionado con la migración internacional⁶⁵. El acercamiento a la demografía es tan variado como los autores que pudiéramos referir, así Zlotnik⁶⁶, estudia para establecer dicha relación las procedencias que tomaban los migrantes en los años sesenta y en especial la elección de destino por

⁶² Sobre los aspectos estructurales, véase RECIO, Eugenio M., «Origen, significado y resultados de los flujos migratorios masivos por motivos económicos en el mundo actual», en MARZAL, Antonio (coord.), *Migraciones económicas masivas y derechos del hombre*, Barcelona, Bosch, 2002, pp. 34-36.

⁶³ Véase supra nota 46.

⁶⁴ DOMINGO VALLS, Andreu, «Reflexiones demográficas sobre la inmigración internacional en los países del Sur de la Unión Europea», en *Actas del III Congreso de la inmigración en España*, Vol.2, Granada, 2002, pp.197-212.

⁶⁵ CONNELLY, Matthew; KENNEDY, Paul, «Must it be the rest against the West?», *Athlantic Monthly*, 1994, 274, 1, pp. 61-84.

⁶⁶ ZLOTNIK, Hania, «The Concept of International Migration as Reflected in Data Collection Systems», *International Migration Review*, 21, 4 (Winter), pp. 925-946.

parte de los europeos hacia países con un crecimiento demográfico menor, en términos comparativos. Por otra parte, esta relación es criticada por otra masa de expertos en la materia, como Kritz, al encontrar que las divergencias en los procesos migratorios hacia Norteamérica y Europa muestran una escasa base para sustentar el crecimiento demográfico como relación directa con la migración internacional⁶⁷. En todo caso, parece necesario constatar la relevancia de este factor en los flujos migratorios.

Educacional y/o culturalmente, se aprecia una diversificación de aquellos que emigran. Tendrán más razones para hacerlo aquellos que conozcan o sepan encontrar las oportunidades de trabajo que les interesan y, sin duda, algo que lo posibilita es la facilidad de las comunicaciones al permitir la difusión de las condiciones y las ofertas laborales de cualquier punto del planeta. Asimismo, es más común que se emigre de un país a otro cuando ambos están unidos culturalmente, sea por una previa relación colonial, por pertenecer a la misma área geográfica o hablar el mismo idioma.

Puede entenderse como motivo cultural o social, la inclinación -“atracción mitificada”⁶⁸- de las personas que viven en los países de origen por el estilo de vida “occidental”, un modo de vida consumista, confortable, y en apariencia digno y seguro, que atrae a muchas personas; así como otras circunstancias sociales que impiden el desarrollo de una vida digna en su lugar de origen, tales como no hallar vivienda, la condición de la mujer o de los menores.

La motivación familiar es también relevante y se produce, por un lado, por el hecho de que algún familiar cercano haya emigrado -reagrupación familiar- y, por otro lado, como “estrategia de diversificación de los ingresos destinada a reducir el riesgo”⁶⁹. En el primer caso, nos referimos a lazos afectivos -sean vínculos sanguíneos u otros, como es el caso de las parejas de hecho- que provocan la

⁶⁷ KRITZ, Mary M. «Population Growth and International Migration: Is There a Link?», en ZOLBERG, Aristide R.; BENDA, Peter M., *Global Migrants, Global Refugees. Problems and Solutions*, New York/Oxford, Berghahn Books, 2001, pp. 19-41.

⁶⁸ Según Paloma Gómez Crespo, citando a De Wenden. GÓMEZ CRESPO, op. cit., pág. 23.

⁶⁹ OYARZUN DE LA IGLESIA, Javier; MOLINA SÁNCHEZ, Luis, *Movimientos migratorios internacionales: Un análisis económico*, Documento de Trabajo 2002-013, Universidad Complutense de Madrid, 2002, pág. 4.

reunificación de los miembros de la familia. En el segundo caso, se trata de una planificación familiar para que alguien de la familia pueda apoyar económicamente al resto -las remesas, que constituyen un apoyo indiscutible para la familia, permiten el estudio de hijos o hermanos, etcétera, y que también suponen uno de los mayores aportes al producto interior bruto en numerosos países de origen-. Esta estrategia, por otra parte, diversifica la economía familiar -si el sector en el que trabaja la familia que permanece en su país de origen funcionara mal, el emigrante podría suplir esa situación económica desfavorable-.

En quinto lugar, apreciamos razones políticas que, por su gravedad o condición, no suponen motivo suficiente para solicitar asilo y obtener el estatuto de refugiado al amparo de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. Este tipo de motivaciones puede ser, como apunta Gómez Crespo⁷⁰, la desestabilización de aquellos países sumidos en la pobreza, en la falta de democracia o en la corrupción, incluso la situación de algunos de ellos, aparentemente estables, pero autoritarios y nada respetuosos de los derechos humanos. La desestabilización puede provenir de catástrofes -las guerras, los conflictos armados y todo tipo de invasiones y de violencia, denominadas en la actualidad con diversos eufemismos- producidas por el ser humano a sabiendas de la condición de pobreza de la población -y las dificultades que ello supone para migrar- y están relacionadas mayormente con motivaciones políticas. Podríamos incluir entre estas motivaciones de carácter político -sea su origen la propia situación interna o la intervención externa- la persecución de cualquier tipo -política, religiosa, racial, sexual- que obliga a la persona a la migración forzada, en muchas ocasiones bajo la definición de refugiada por las motivaciones de tal persecución⁷¹.

También los factores ecológicos provocan migraciones. Podríamos clasificar estos factores o causas en desastres naturales -terremotos, inundaciones, etc.-,

⁷⁰ GÓMEZ CRESPO, op. cit., pág. 23.

⁷¹ A lo largo de los últimos 20 años, la migración forzada supone que unos 60 millones de personas en el mundo tengan que abandonar sus países de origen. El 50 % de la migración forzada por motivos políticos se ha dado en África subsahariana, “donde en los últimos 15 años alrededor de 30 millones de personas han sido expulsadas de sus casas y comunidades, y donde al menos 15 millones están viviendo crónicamente como desplazados”. CARBALLO, Manuel; FLORES, Reinaldo, «Migraciones: causas e implicaciones», en Unidad de Estudios Humanitarios, *Movimientos de población. Migraciones y acción humanitaria*, Barcelona, Icaria, 2004, 158 pp. 65-66.

desastres industriales urbanos⁷² y la degradación y explotación de recursos⁷³. Ello implica que toda la población afectada por tales desastres, con independencia de su situación económica, se vean forzados a migrar, en ocasiones dentro del país afectado y en otras fuera de él. Asimismo, supone un obstáculo al desarrollo de una vida digna al producirse la degradación del medio ambiente y de los recursos naturales de los que generalmente se nutre la población -por el uso indiscriminado del mismo-, la contaminación intensa de diversas áreas con el mismo resultado, el exterminio de determinadas especies animales, etcétera.

Por otra parte, como hemos apuntado, nos encontramos con un trasfondo económico detrás de muchas de las causas hasta aquí recogidas, pero también como causa en sí misma de la migración. La constatación de la diferencia de ingresos, de empleo o de nivel de vida entre unos países y otros empuja a moverse en busca de esas mejores condiciones. Si el sistema económico es entendido como medio para ordenar los recursos y satisfacer las necesidades de toda la población, ese resultado no parece haber sido obtenido. Se puede afirmar de tal modo que la disparidad entre teoría y realidad tiene una relación directa con la intensidad de los movimientos migratorios⁷⁴.

Sin embargo ni siquiera la división en “sistemas económicos nacionales” ha facilitado la labor de “transformar los recursos de ese territorio para satisfacer las necesidades de la población que vive dentro de las fronteras con las que se han

⁷² Ejemplo de estos desastres son los de Bhopal o Chernobyl. En opinión de Manuel Carballo y Reinaldo Flores, en estos casos es más común que la gente tienda a permanecer dentro de sus países. Si bien esa es la tendencia, también se producen migraciones internacionales. CARBALLO; FLORES, *ibídem*.

⁷³ Clasificación recogida por William Wood. WOOD, B. William, «Ecomigration: Linkages between environmental change and migration», en ZOLBERG, Aristide R.; BENDA, Peter M., *Global Migrants, Global Refugees. Problems and Solutions*, New York/Oxford, Berghahn Books, 2001, p. 50.

El autor recoge el término “ecomigrantes”, cuyo ejemplo clásico serían los nómadas. Hoy día, un ejemplo de este tipo de migrante sería la persona jubilada que se mueve estacionalmente, en búsqueda de un clima más acogedor, sin duda una migración mucho más cómoda y facilitada. WOOD, *op. cit.*, pág. 52.

⁷⁴ Coincidimos con Georges P. Tapinos que, a pesar de tal relación el modelo de predicción es débil, pues, como vemos al apreciar distintas motivaciones y circunstancias del migrante y su interrelación, como seres humanos no seguimos una pauta descrita por un análisis meramente económico sino conforme a diferentes variables, como intentamos recoger en este apartado. TAPINOS, Georges Photios, «Globalisation, regional integration, international migration», en *International Social Science Journal*, Number 165, Oxford, Blackwell Publishers, September 2000, pág. 303.

separado unos sistemas económicos de otros”. La razón es que no se respeta esa distribución de recursos de manera equitativa y justa, esto es, algunos países utilizan más recursos de los que disponen en su territorio y otros no tienen los suficientes recursos como para cubrir sus necesidades, “con lo cual podemos entender cuál es el origen de la problemática migratoria por motivos económicos”⁷⁵. A tal desequilibrio de distribución de la propiedad de los recursos debiéramos añadir la acumulación de los mismos en manos de dirigentes u oligarquías, acumulación que evidencia el empobrecimiento de gran parte de la población de esos países. Tal sistema económico no puede crear nunca, en tales condiciones, justicia social y económica.

La migración económica puede ocurrir sin necesidad de que las personas vivan en su país en condiciones de miseria⁷⁶, es el caso de muchos migrantes regulares, quienes frecuentemente emigran porque aspiran a un nivel de vida superior al que tienen en su lugar de origen o unas mejores expectativas -como “un futuro” para sus hijos-. De hecho, según algunos autores, puede que se produzca a la inversa, como afirma Stephen Castles: “Departures from the very poorest areas may be rare, because people lack the economic capital needed to travel, the cultural capital needed to become aware of opportunities elsewhere, and the social capital (or networks) needed to successfully find work and to cope in a new environment”⁷⁷. Es decir, también son argumentos económicos los que frenan o modifican la migración: el coste del desplazamiento; la carencia de recursos propios; y la dificultad de acceder a recursos económicos, créditos u otros. Estos últimos factores son los que llevarían, entre otros, a migrar irregularmente y ahí hallan su interés económico otros agentes: las redes migratorias, legales o no.

Sin embargo, la motivación económica se debe generalmente a factores de miseria, discriminación, desigualdad, como son la situación de desempleo o

⁷⁵ Todas las citas de Eugenio M. Recio, en RECIO, op. cit., pág. 22.

⁷⁶ Círculo de Empresarios, op. cit., pp. 6-7, citando diversas fuentes, los autores reflejan en un cuadro como la ratio del PIB per cápita del país de origen con respecto al PIB per cápita del país receptor difiere según los casos. Destaca Estados Unidos de América por ser el que más diferencia de PIB per cápita tiene con los países de origen de sus personas inmigrantes, la ratio de éstos respecto de EEUU es de un 22%, y Suecia por todo lo contrario, la ratio del PIB de los países de origen es de un 90% de su PIB.

⁷⁷ CASTLES, op. cit., pág. 272. En el mismo sentido se pronuncia G. Ph. Tapinos, TAPINOS, op. cit., pág. 304.

subempleo⁷⁸ en el país de origen; o por las expectativas de mayores ingresos laborales en el país de destino⁷⁹, ya que son países en fuerte expansión económica, que además sufren escasez de mano de obra nativa en determinados sectores productivos y/o de mano de obra dispuesta a trabajar en esos sectores, que precisan de cotizantes -dada la baja natalidad- y que, por último, tienen la “posibilidad” de pagar unos salarios más bajos a aquellas personas que están irregularmente⁸⁰-esta ventaja es en todo caso a corto plazo, puesto que la productividad generalmente se ve reducida-; a lo que hay que añadir la ventaja económica que producen las remesas en los países de origen⁸¹.

Esa comprensión de las remesas como una inversión se ve reforzada con la idea de la mejora social de los hijos, la idea de la subsistencia familiar, pero sobre todo del futuro familiar, apreciándose en muchas ocasiones como se dedica el dinero exclusivamente para el ahorro, dejando “todo lo demás (especialmente la inversión personal que podría favorecer la integración social)... en un asunto secundario”⁸².

Por último, existen motivaciones subjetivas, razones propias del individuo que, independientemente o en relación directa con las razones anteriores, lo empujan a emigrar. Pueden ser la aspiración personal, el afán de independizarse o de autonomía y libertad, inquietudes propias, habilidades prácticas, aquellas que no pueden entenderse como razones colectivas -de la sociedad o de la familia- o

⁷⁸ Además “cuanto mayor sea la distancia entre los salarios relativos del trabajo cualificado y no cualificado, más probable es que los flujos estén compuestos por trabajadores con mayor nivel de instrucción”, Dolado y Fernández Yusta, citados por Oyarzun y Molina. OYARZUN DE LA IGLESIA; MOLINA SÁNCHEZ, op. cit., pág. 4.

⁷⁹ Tapinos apunta a la interacción entre el coste del movimiento migratorio y el ingreso en el país de origen como posibles razones para que la diferencia de ingresos de un país a otro sean o no la causa para migrar. Señala el elemento del riesgo o incertidumbre como un elemento débil en la relación del diferencial salarial. TAPINOS, op. cit., pág. 304.

⁸⁰ OYARZUN DE LA IGLESIA; MOLINA SÁNCHEZ, op. cit., pp. 5-6. Estos autores añaden que, curiosamente, en aquellos países en el que el nivel de inmigración es mayor, el nivel de desempleo es menor, y viceversa, siendo en su momento ejemplo de ello España, OYARZUN DE LA IGLESIA; MOLINA SÁNCHEZ, op. cit., pp. 6-7.

⁸¹ “The use of remittances for consumption and investment can only be fully understood through a “whole-household-economy” approach”, E.J. Taylor (1999), *The new economics of labour migration and the role of remittances in the migration process*, in «International Migration», 37, p.63-88, citado por Stephen Castles. CASTLES, op. cit., pág. 272.

⁸² MALGESINI, op. cit., pág. 45.

contextuales -económicas, políticas, etc.- que sólo la persona en cuestión entiende como razón suficiente para desplazarse.

Una razón genérica concluyente, que engloba todas estas diferentes motivaciones de las migraciones, es la desigualdad Norte-Sur o entre países desarrollados-no desarrollados⁸³, una desigualdad que muestra su cara más cruel en todos los aspectos mencionados y cuya supresión es condición indispensable para que los movimientos migratorios se den de una manera más humanamente equilibrada y recíprocamente productiva. Pues la migración es a su vez resultado y causa del desarrollo.

3.2. El negocio de los otros

Mientras el aumento de los flujos internacionales de capital se ha acelerado en las últimas décadas en el ejercicio de su libertad, no ha ocurrido lo mismo con su “principal factor complementario, el trabajo”, dado que éste ha sufrido restricciones a su entrada en los países desarrollados⁸⁴, “en la realidad, el trato que se dispensa a las mercancías es, en varios sentidos, mejor que el dispensado a los inmigrantes”⁸⁵.

Aunque tradicionalmente los movimientos migratorios se han producido con la ayuda de familiares o conocidos, o individualmente, con el tiempo se ha creado alrededor de aquellos una red mayor que pretende facilitar dicho movimiento a cambio de un beneficio económico. En esta red nos encontramos con organizaciones, abogados, agentes, traficantes, ayudantes, explotadores u otras personas, que

⁸³ En relación a la desigualdad, las relaciones Norte-Sur y las consecuencias de las desigualdades entre ambos hemisferios -entendidos de manera simbólica, aunque bastante cercana a la realidad-, véase, entre otros, el estudio de Oliveres, profesor de Economía Aplicada, OLIVERES, Arcadi, *Contra el hambre y la guerra*, Barcelona, Angle Editorial, 2005, 150 p.

⁸⁴ Según los profesores Oyarzun y Molina, “la proporción, a nivel mundial, de países que aplican medidas para reducir el número de inmigrantes ha aumentado considerablemente entre 1976 (6%) y 1995 (33%). Esta tendencia ha sido especialmente intensa en los países desarrollados, en particular en Europa (del 25% en 1976 al 56% en 1995). La política inmigratoria de no-intervención ha desaparecido en la mayor parte de los países desarrollados: 59% en 1976 y 18% en 1995”. Citando un informe de Naciones Unidas de 1997, OYARZUN DE LA IGLESIA; MOLINA SÁNCHEZ, op. cit., pág. 2.

⁸⁵ OYARZUN DE LA IGLESIA; MOLINA SÁNCHEZ, op. cit., pág. 3. Tal regulación no tendría razón de ser desde el punto de vista de la teoría económica, según analizan los autores a lo largo de este documento de trabajo.

obtendrán tal beneficio a cargo de la deuda adquirida por los migrantes y que mantendrán vivo su “interés” en que el fenómeno migratorio siga produciéndose.

Dado que las diferencias entre países ricos y pobres son crecientes, que el deseo y la necesidad de migrar existen, que en gran número de ocasiones no existen los medios y las oportunidades para hacerlo regularmente y que siempre asoman esos otros agentes dispuestos a hacer negocio, resulta obvio que aquellas personas que quieren migrar lo hagan por cualquier medio y a veces a cualquier precio. Esto nos conduce al reconocimiento de la existencia de explotación -sobre todo sexual y laboral-, redes y mafias -entendidas como crimen organizado- de trata y de tráfico de personas que, aun a pesar de los esfuerzos principalmente en el ámbito internacional y los logros en el reconocimiento de derechos humanos, siguen proliferando.

La esclavitud supuso antaño la propiedad de una persona por otra. Coincidiremos en que hoy día no está completamente erradicada en aquel sentido, siquiera su acepción se ha ampliado conforme a las exigencias del nuevo modelo económico contemporáneo. Los esclavos “modernos” son la infancia explotada sexual y/o laboralmente, aquellos que sufren la explotación sexual u otras servidumbres, o las víctimas de la trata, entre otros. Esta es una concepción nueva de un término ya antiguo, que a pesar de estar prohibida por diversas convenciones específicas de la ONU⁸⁶ y por el artículo 4 de la DUDH⁸⁷, se ampara en la cobertura de mecanismos, nuevos y viejos, de sometimiento del ser humano.

Si bien se estima que al año son víctimas del tráfico unos cuatro millones de personas en el mundo⁸⁸, tal número es difícilmente calculable dadas las características del fenómeno. Tales delitos conllevan unas ganancias considerables para explotadores y traficantes. Ha de destacarse la abrumadora predominancia, entre

⁸⁶ Convención sobre la Esclavitud, 25 de septiembre de 1926; Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, por la Resolución 317 (IV) de la Asamblea General, de 2 de diciembre de 1949; la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, de 15 de noviembre de 2000, y sus dos Protocolos contra la trata y el tráfico; numerosos artículos de la CDN; además de los siguientes preceptos: art. 8 del PIDCP; art. 10.3 del PIDESC; art. 6 de la CEDCM; o el art. 11 de la CTM, entre otras disposiciones internacionales.

⁸⁷ “Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas”.

⁸⁸ Cifras de Naciones Unidas, recogidas por De León. DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pág. 20.

las personas víctimas de estos delitos transnacionales, de mujeres que son víctimas de la trata y de menores explotados sexual o laboralmente o secuestrados para el tráfico de órganos o para la complacencia del instinto paternal y maternal de muchas familias -es decir, vendidos para la adopción-.

De acuerdo con el Protocolo contra el tráfico, el tráfico de personas supone “la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”⁸⁹ y por tanto su definición se limita a la contraprestación que conlleva aquella facilitación de la entrada. No es efectivamente una simple entrada irregular en el territorio de un Estado y en todo caso la vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima es amplia sobre todo por la “deuda” contraída.

Por otro lado, de acuerdo con el Protocolo contra la trata, ésta consiste en “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”⁹⁰ y ha de tenerse en cuenta que cuando la víctima sea un menor no será necesario el uso de ninguno de esos medios. La gravedad de la trata no recae únicamente en los medios y consecuencias que tiene para la víctima y que agravan enormemente su vulnerabilidad, sino también y, sobre todo, en la manifestación de la desigualdad todavía arraigada que sufre la mujer tanto en los países menos desarrollados como en los más desarrollados.

⁸⁹ Art. 3.a del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, 15 de noviembre de 2000.

⁹⁰ Art. 3.a del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, 15 de noviembre de 2000.

Consideramos, en completo acuerdo con De León⁹¹, que la necesidad y los efectos que la marginación social y económica ha generado en la sociedad actual son el germen de la trata. La desigualdad de género es maquillada con una hipócrita visión del problema, deteniéndose en la parafernalia mediática de ciertos aspectos, no por ello menos importantes como es el caso de la violencia doméstica, y obviando los orígenes de una relación de poder de género, que incluye otro tipo de poder como el económico o el político y que sin duda es acogida también en los países más desarrollados. Como tendremos ocasión de analizar, el tráfico y, sobre todo, la trata reflejan por un lado esa hipocresía que comentamos y, por otro, una triple vulnerabilidad y discriminación: por mujer, por migrante y por encontrarse en situación irregular.

Junto con el objetivo claro de ambos Protocolos de regulación y condena, por un lado, e investigación, persecución y eliminación, por otro, de estas situaciones degradantes que violan los derechos humanos y las libertades fundamentales; existe otro objetivo igualmente importante, mas en ocasiones no tan presente, cual es el reconocimiento, la protección y la garantía de dichos derechos y libertades de la persona víctima de tal situación.

Esta persona -que forzada o voluntariamente es transportada o empleada irregularmente y, por supuesto, cuando existe algún tipo de explotación- corre un mayor riesgo de ver vulnerados sus derechos y libertades. En unos casos, las circunstancias ofrecen fácilmente a los empleadores y a diversos agentes sin escrúpulos la posibilidad de explotar a migrantes en situación irregular. En otros casos, les permiten aprovecharse de dicha situación para extorsionar y reclamar sumas de dinero por los diversos “servicios” ofrecidos -sobre todo en el caso del tráfico de seres humanos-; y en las peores situaciones, se aúnan ambas produciéndose literalmente casos de esclavitud y/o trabajo forzado, solicitando a los migrantes cantidades descomunales de dinero que han de pagar con su trabajo hasta que salden su deuda. Éste es claramente el caso de la trata, que en muchos casos se produce en condiciones de explotación sexual. Todas estas realidades tienen en común otra circunstancia: el temor generalizado a ser ignorado, expulsado, o a no ser

⁹¹ DE LEÓN VILLALBA, op. cit., pág.19.

defendido, ni protegido que tiene la persona que se halla en situación irregular y que le lleva a no acudir a los tribunales, ni siquiera a ONGs, para reclamar sus derechos y libertades y/o denunciar violaciones de los mismos.

En tal sentido, consideramos que debieran adoptarse medidas que eviten la difusión de información engañosa acerca de la migración, sin embargo la comunicación actualmente se centra en datos que colocan la atención en la víctima más que en los empleadores de la economía sumergida, explotadores y traficantes de personas. Asimismo, creemos que éstos debieran ser investigados con más vehemencia y sancionados efectivamente, muy especialmente en los casos en los que la violencia, la fuerza, el engaño o las amenazas son utilizadas.

3.3. Lugar de destino: Ni dulce, ni hogar

Pudiera afirmarse que los migrantes irregulares son un capital humano importante, tanto por su aportación al país de acogida como por su capacidad para acumular conocimientos⁹². Por un lado, como cualquier trabajador en la economía sumergida, trabajan por menor sueldo que un trabajador regular; no suponen gasto público puesto que se les dificulta el acceso a posibles servicios sociales⁹³; y además contribuyen al crecimiento económico⁹⁴. Reiteramos que partimos de la base de no

⁹² Dolado, Goría e Ichino se refieren a estas dos vías como fuentes de riqueza y de crecimiento económico. Asimismo llegan a la conclusión de que el crecimiento de la población por medio de la inmigración no amenaza de ningún modo la economía del país de acogida, puesto que tales migrantes llegan como trabajadores ya formados. DOLADO, Juan; GORÍA, Alessandra; ICHINO, Andrea, *Immigration and growth in the host country*, Documento de trabajo nº 9309, Banco de España, 1993, pág.62.

⁹³ Coincidiendo con Ángeles Solanes que el padrón “debería utilizarse como mecanismo jurídico de inclusión de los extranjeros en general y especialmente de los irregulares, es decir, como una forma de garantizar el ejercicio práctico de los derechos”, hemos de afirmar como la autora que su uso está siendo el contrario, limitando indirectamente el acceso a los derechos, primero por las dos leyes de extranjería del año 2000 y posteriormente por la polémica reforma del 2003 -la LO 14/2003-. De ello nos haremos eco más adelante. SOLANES CORELLA, Ángeles, «Las limitaciones indirectas de los derechos de los inmigrantes desde la administración local», en APARICIO WILHELMI, Marco; ILLAMOLA DAUSÀ, Mariona; MOYA MALAPEIRA, David; RODERA RANZ, Susana, *Las fronteras de la ciudadanía en España y en la Unión Europea. Actas del II y III Encuentro de jóvenes investigadores en derecho de inmigración y asilo*, Girona, Documenta Universitaria, 2006, pág. 249.

⁹⁴ Los profesores López y Ridruejo analizan el aumento del ratio de dependencia, esto es, el incremento en el cociente entre el número de pensionistas y el de cotizantes. Este aumento se debe principalmente a tres factores: la mayor esperanza de vida; la reducción de la natalidad; y el adelanto

compartir estos argumentos utilitaristas, sin embargo no podemos negar la obvia ganancia económica de los empresarios sin escrúpulos y el valor de la labor realizada por estas personas, que sin duda es una fuerza de trabajo no desdeñable. Por otro lado, traen consigo los conocimientos que adquirieron con anterioridad; y tras su llegada, acumulan un capital humano diferente del de los nacionales o pueden influir en el mismo. Asimismo debe criticarse por razones éticas el primer bloque apuntado, el económico y laboral, pues, mientras su contribución a la sociedad es realmente importante, se les niegan derechos fundamentales y servicios públicos que se conciben como universales.

Las políticas referidas a la migración irregular tienen una consecuencia clara y contundente: generaliza la idea de que estos migrantes plantean problemas sociales y policiales, no aportan nivel educativo y sufren explotación, en definitiva, identifica inmigración con delincuencia, marginalidad o explotación, entre otros. Esta identificación implica que se olvide aquello que la migración puede aportar a la sociedad de acogida social, económica y culturalmente, pero sobre todo olvida el carácter humano de la misma.

Por otra parte, regular la migración irregular no sólo resulta difícil y paradójico sino que implica a algunos sectores interesados en que la situación se mantenga en similares circunstancias, pues la existencia de trabajadores irregulares significa mano de obra explotada, barata y conformada a la fuerza. Lo que no puede olvidarse en todo caso es que la ley nacional debe respetar los compromisos internacionales adquiridos en derechos humanos, respecto de lo cual no es necesario

efectivo de la edad de jubilación. Apuntan una posible solución al problema que ese incremento de ratio supone: el aumento del contingente de inmigración, “lo cual permitiría no sólo resolver el problema de las pensiones a corto plazo, . . . , sino que, adicionalmente, generaría una reactivación de la acumulación del capital humano agregado, y con ella un mayor crecimiento de la pensión por jubilado a largo plazo”. LÓPEZ DÍAZ, Julio; RIDRUEJO, Zenón J., *Crecimiento y pensiones. El papel de la inmigración*, Documento de Trabajo FAE 00/01, Universidad de Valladolid, 2000, pág.12.

Cfr. Cardona y Mancera. Estos autores argumentan lo siguiente: “Immigration weakens the bargaining position of the union [se refieren a las uniones en el mercado laboral] by increasing the offer of labour in the economy. As a consequence, it favours the entrepreneurs of this economy by reducing wages. Moreover the welfare of the union is reduced because both decrease in the wage of the economy and a reduction in the probability of a native to find a job. So, it introduces a loss of welfare equivalent to the rents earned by immigrant workers. This loss of welfare is mitigated as the policy is more effective; or in other words, the bargaining power of the union is weaker. Hence, a weak position in the labour market could benefit the union because the reduction of his welfare produced by a low probability of finding a job is smaller”. CARDONA, Daniel; MANCERA, Francisco M., *Why do we let the immigrants come in?*, Documento de trabajo nº 5, Universidad de Málaga, 1998, pág. 15.

que un tribunal nacional se pronuncie. No se trata de “promocionar” la migración irregular, sino de respetar y proteger los derechos humanos de todos seres humanos⁹⁵.

II. Conceptos intencionadamente relevantes: *migrante e irregular*

El uso apropiado de los términos jurídicos no es una cuestión banal, ni una cuestión de aceptabilidad jurídica, ni de capricho personal, pues en dichos términos se hallan asimismo insertas acepciones morales, sociales e incluso políticas. Por ello, consideramos que determinar claramente los términos que creemos adecuados es fundamental para un uso correcto del lenguaje y su consecuente significado, que en esta materia que abordamos frecuentemente es desatendido⁹⁶. En todo caso, las cuestiones que esto podría plantear son: si es relevante la determinación de estos términos; si “migrante en situación irregular” puede considerarse un concepto jurídico indeterminado a efectos de la normativa internacional; y si la protección jurídica depende o no de la determinación de dicho concepto. Las dos últimas cuestiones serán atendidas más adelante.

Pasemos, en primer lugar, a analizar la primera cuestión planteada: ¿es relevante la determinación de estos términos, migrante e irregular? Esta aclaración viene requerida, creemos, por el uso y abuso de cierta terminología poco apropiada

⁹⁵ Para no respetarlos o protegerlos no se puede alegar que -en el supuesto de la obligación de los Estados de proporcionar alimentos y servicios a los migrantes irregulares, recogido en diversos tratados internacionales de derechos humanos, especialmente en el PIDESC- los compatriotas de estos migrantes “que permanecen en su país tienen aún más derecho a esos beneficios, puesto que se encuentran tan necesitados como los emigrantes y, al menos, no han violado las leyes” de otro país. Tal declaración viene recogida por el Círculo de empresarios haciendo referencia en sus afirmaciones a Yuengert. Círculo de Empresarios, *El fenómeno de la inmigración: Aportación a un debate*, Documento de 19 de diciembre de 2001, pág. 23.

Sentimos la necesidad de considerar inaceptable un argumento de ese tipo, pues no es lógico, ni justo, un argumento que se basa en la incapacidad de otro -en este caso el país de origen- para justificar la inactividad, falta de compromiso o desdén de uno mismo. Los derechos son universales y la responsabilidad de que sean respetados, protegidos y garantizados es de cada Estado bajo cuya jurisdicción nos encontremos.

⁹⁶ Aprovechamos el inciso, para advertir de nuestra intención de no utilizar un lenguaje sexista o discriminatorio. Sin embargo ello es inevitable en el frecuente caso de citas textuales e incluso de los textos normativos. Sin dejar de ser criticable, únicamente en estos casos y en los que la facilitación de la lectura lo requiera cederemos en nuestra intención.

en la materia migratoria y por el hecho de que en todo nuestro trabajo hagamos uso de vocablos poco comunes en el lenguaje político, social, periodístico e incluso jurídico.

1. Por qué *migrante*

1.1. Razones subjetivas para el uso del término “migrante”

Si bien, sobre todo la doctrina y la normativa internacional, aunque no de manera generalizada, son más proclives a utilizar “migrante”, las normativas nacionales y regionales generalmente hacen uso de las expresiones “inmigrante” o “extranjero”, cuando no simplemente de la locución “no nacional”, lo mismo ocurre en la política, la sociedad y, sobre todo, las empresas de comunicación. Para explicar nuestro uso y preferencia del término migrante hemos de poner de relieve las impropiedades de las otras expresiones, junto con la propiedad o acierto de aquel.

En primer lugar, atendiendo a la locución “trabajador migratorio”, consideramos incorrecta la identificación entre persona que migra y trabajador-a por dos razones principalmente. La primera es porque no todo el/la que migra trabaja, por tanto no responde a la realidad social ni a la que queremos abarcar en este trabajo. La segunda razón es que creemos que no es adecuado identificar los seres humanos con las actividades que realizan en un momento dado de su vida, aun a sabiendas de que esto es frecuente y aceptado, incluso administrativamente⁹⁷, pero no por ello nos deja de parecer impropio de un lenguaje tan escrupuloso como el jurídico. Además la propia expresión recoge una idea de transición más que de un estado, como si habláramos de un trabajador nómada. Por tanto, descartamos “trabajador migratorio”, salvo cuando vayamos a referirnos a tal categoría de

⁹⁷ Los NIE (Número de Identidad de Extranjero, recogido en el art. 101 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, en adelante el Reglamento), concretamente la tarjeta de identidad de extranjero -que es el soporte físico o documento- reflejan el carácter personal, laboral, familiar -artículo 105.9 del Reglamento-, de estudiante y de trabajador transfronterizo -artículo 106 del Reglamento-. Los documentos de identidad españoles no incluyen ninguna información acerca de la ocupación de cada persona.

migrante “que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”⁹⁸.

En cuanto a “extranjero” e “inmigrante” son dos acepciones que reflejan una visión etnocéntrica por parte del país receptor que no compartimos en absoluto. Consideramos necesario rechazar tal visión dado que tratamos un tema muy sensible, del que nos sentimos partícipes y ante el que no deseamos permitir ninguna grieta al nacionalismo e individualismo que expliquen los fenómenos que ocurren en la Historia, explicaciones basadas en una “teoría de ombligo” o en una única concepción de los acontecimientos y las ideas. Asimismo se ha de tener en cuenta que, sobre todo en el caso de aquellas personas que se encuentran en situación irregular, es imposible saber con certeza si van a poder permanecer en el país o incluso si desean hacerlo, es decir, no existe *a priori* una intención de permanencia definida, con la que podríamos identificar la acepción “inmigrante”. Incluso aquellos que ya se encuentran regularizados muestran deseos de volver en algún momento a sus lugares de origen⁹⁹, tal sentimiento parece únicamente desaparecer en las segundas generaciones, las que ya nacieron en el país de acogida y que, valga la oportunidad de apuntar lo obvio, ya no serían migrantes si hablamos con exactitud. En cuanto a extranjero, que es aquel que procede de otro país, es decir, el no nacional, eliminando definitivamente la comprensión del fenómeno de emigración, pues sólo contempla la inmigración siendo, por tanto, una visión exclusiva del que recibe a los de “fuera”. En cualquier caso, las dos acepciones cargan una connotación clara de discriminar al otro. Nos referimos a “discriminar” en el sentido de

⁹⁸ Artículo 2.1 de la CTM.

⁹⁹ No existen estudios de gran fiabilidad sobre el retorno de aquellos que han permanecido un tiempo prolongado en otro país. Sin embargo, podemos ver en diversos informes y encuestas -como Eurostat 2004, Labour Force Survey- que un importante número de nacionales de terceros países en la UE han estado el año anterior en otro país miembro de la Unión o en un país tercero, lo que abunda en nuestro argumento de que la intención de permanencia en un país concreto no se da siempre ni en la mayoría de los casos. EUROSTAT, *Labour Force Survey*, European Communities, 2004.

Asimismo, según el informe francés *L'accueil des immigrants et l'intégration des populations issues de l'immigration* de 2004, en el que se incluía un estudio sobre la derivación al extranjero de las pensiones de jubilación en 2001 : “Selon cette estimation, le nombre total minimal des départs (époux et enfants exclus) aurait approché 24200 personnes pour les ressortissants de l'Union européenne et 12516 personnes pour les 38 pays ayant conclu avec la France des conventions bilatérales en matière de sécurité sociale”. *L'accueil des immigrants et l'intégration des populations issues de l'immigration*, Rapport au Président de la République suivi des réponses des administrations et des organismes intéressés, noviembre 2004.

diferenciar o segregar que, sin más apelativos, conlleva la distinción de la persona que por no pertenecer a nuestra nacionalidad soporta la no pertenencia a “nuestra” comunidad y el no disfrute de “nuestros” derechos. Nos percatamos del atrevimiento que comporta esta argumentación, pero la consideramos necesaria para la comprensión de lo que a renglón seguido se referirá.

Por lo tanto, nos resulta más apropiado y cercano a su significado real el término migrante, pero como adelantábamos estos son meros argumentos subjetivos basados en nuestra comprensión de las migraciones internacionales.

1.2. Razones objetivas para el uso del término “migrante”

Para argumentar objetivamente el uso del vocablo “migrante” tenemos únicamente que recurrir al ámbito en el que desarrollamos nuestro estudio, el Derecho Internacional Público y las Relaciones Internacionales. Ateniéndonos a este ámbito, es ineludible hacer referencia a la Organización de las Naciones Unidas y a lo que supuso sin duda la evolución del Derecho Internacional en el siglo XX en el sentido en el que hoy lo conocemos. Como Organización que incluye prácticamente a todos los países del mundo sus decisiones no pueden, ni deben, ignorarse, no sólo por la magnitud de las mismas, sino porque además son los Estados, representados en sus órganos, los que toman esas decisiones. De este modo, las Resoluciones de la Asamblea General son de forzosa relevancia.

Los órganos y agencias de las NU han utilizado indistintamente dos expresiones para referirse a la persona que migra: migrante o trabajador migratorio. Ésta última es una expresión utilizada tanto por la AG como por el Consejo Económico y Social y la Organización Internacional del Trabajo con clara limitación por dichos órganos a aquellas personas que se desplazan con el objetivo de trabajar¹⁰⁰. Por otra parte el ECOSOC también optó por declarar que “el problema de

¹⁰⁰ Como sabemos, la OIT es el organismo especializado en Naciones Unidas y dedicado desde su creación, que se remonta a los mismos inicios de la Sociedad de Naciones, al fomento de los derechos laborales, a la elaboración de normas que regulen las condiciones laborales y asistencia técnica, por lo que es de esperar que se refiera a la migración desde la perspectiva laboral. En el inicio de la etapa que consideramos en nuestro estudio, aprobó el Convenio relativo a los trabajadores migrantes,

la migración es más vasto que el problema del trabajo, que no es más que uno de sus aspectos”¹⁰¹, pasando a utilizar con cierta oscilación los términos *trabajadores migrantes* o *inmigrantes*¹⁰² y *migrantes*, como podemos apreciar en la resolución de 1948 en la que establece tal afirmación.

Ya en 1990, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares establecería, en su artículo 2.1, que:

“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”.

Visto esto, hay que decir que la CTM está pensada para proteger a los trabajadores migratorios, como el título de la misma indica, excluyendo otras categorías delimitadas en el artículo 3 de la misma. Por ello nos da una definición parcial, limitándose a la actividad remunerada, pero a la vez nos ayuda con el concepto de “migratorio” o migrante, pues se establece que este carácter viene determinado por hallarse en un “Estado del que no sea nacional”.

Como avanzábamos, la expresión “trabajador migratorio”, si bien puede ser certera para designar a aquellos que realizan una actividad remunerada en un país del que no son nacionales, no lo será para aquellos familiares que acompañan al trabajador pero no trabajan, o aquel que habiendo trabajado cesa en su actividad debido a su jubilación u otras circunstancias. Consideramos que en el ámbito de la OIT¹⁰³, Organización dedicada principalmente al fomento de los derechos laborales y a la regulación de las condiciones laborales, es adecuada, pero no así cuando queremos referirnos desde la perspectiva internacional a toda persona que migra, con

Convenio núm. 97 de 1949, que revisaba el Convenio núm. 66 de 1939, entrando en vigor el 22 de enero de 1952.

¹⁰¹ Resolución de 10 de agosto de 1948 (documento E/983), 156 (VII) *Migración. A. Distribución de funciones*, del Consejo Económico y Social, en la que toma nota de la opinión de la Comisión de Asuntos Sociales.

¹⁰² Resolución 315 (IV). *Medidas de discriminación tomadas por ciertos Estados contra los trabajadores inmigrantes y especialmente contra los trabajadores contratados entre los refugiados*, de 17 de noviembre de 1949, de la AG.

¹⁰³ El artículo 11 del Convenio núm. 97 de la OIT declara: “1. A los efectos de este Convenio, la expresión *trabajador migrante* significa toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta, e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante”.

independencia de su situación laboral o personal. En todo caso, ha de tenerse en cuenta que estas dos acepciones son las que vienen siendo utilizadas en el espacio de las NU y por tanto ambas son aceptadas desde una perspectiva jurídica internacional.

Por otra parte, y ateniéndonos al caso español, la LOEX¹⁰⁴ delimita el concepto del siguiente modo en su artículo 1:

- “1. Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española.
2. Lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte.
3. Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables”.

Y se dedica el siguiente artículo a establecer las exclusiones de la mencionada noción:

“Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley:

- a) Los agentes diplomáticos y los funcionarios consulares acreditados en España, así como los demás miembros de las misiones diplomáticas permanentes o especiales y de las oficinas consulares y sus familiares que, en virtud de las normas del Derecho internacional, estén exentos de las obligaciones relativas a su inscripción como extranjeros y a la obtención del permiso de residencia.
- b) Los representantes y delegados, así como los demás miembros y sus familiares, de las Misiones permanentes o de las Delegaciones ante los Organismos intergubernamentales con sede en España o en Conferencias internacionales que se celebren en España.
- c) Los funcionarios destinados en Organizaciones internacionales o intergubernamentales con sede en España, así como sus familiares, a quienes los Tratados en los que sea parte España eximan de las obligaciones mencionadas en el párrafo a) de este artículo”.

El contenido del artículo primero fue reformado en noviembre de 2003, debido a la consolidación de una política común de inmigración y asilo y

¹⁰⁴ Salvo que especifiquemos lo contrario, nos referiremos siempre a la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su versión consolidada tras las reformas por las Leyes Orgánicas 8/2000, 11/2003, 14/2003, 2/2009, 10/2011 y 4/2013.

concretamente a la creación del concepto de ciudadanía europea, por lo que ya no pueden ser considerados los ciudadanos europeos como extranjeros, salvo en lo que la LOEX les sea más favorable. Es lo que ha pasado a denominarse como ciudadano o “extranjero comunitario” distinguiéndolo del “extranjero no comunitario o extra-comunitario”¹⁰⁵, dependiendo de la nacionalidad de la persona.

Si nos fijamos en otros textos, veremos el uso de otras acepciones, generalmente la de “migrante” - *migrant* en inglés-. Así según la OIM¹⁰⁶:

Migrant “should be understood as covering all cases where the decision to migrate is taken freely by the individual concerned, for reasons of "personal convenience" and without intervention of an external compelling factor”. “... By contrast, the term "migration" is descriptive of the process of the movement of persons, and thus includes the movement of refugees, displaced persons, uprooted people as well as economic migrants”¹⁰⁷.

En este sentido la OIM entiende “migrantes internacionales como aquellos que residen en países distintos de los de su nacimiento durante más de un año”. En esta definición se añaden dos características: la residencia y la duración de la estancia.

Si atendemos a la actividad que la OIM desarrolla, veremos que en ella se incluyen toda clase de personas que salen de su país, y que alcanza a trabajadores, refugiados, desplazados, menores, mujeres, como grupos diferenciados, pero también como un conjunto unitario. Esto es así puesto que hoy resulta cada vez más difícil e inadecuado clasificar de acuerdo a definiciones tradicionales. Estas personas que conforman los diferentes grupos de migrantes caen en un “área gris” de la migración, y son muy frecuentemente discriminadas, sometidas a abusos e ignoradas, por eso

¹⁰⁵ Así ya lo recogían algunos autores con anterioridad a la reforma legislativa española y a la confirmación de la ciudadanía europea. Véase FERNÁNDEZ SOLA, Natividad, «Distintas aproximaciones de la Unión Europea al fenómeno de la inmigración. Variedad tipológica de inmigrantes en la Unión Europea», en FERNÁNDEZ SOLA, Natividad; CALVO GARCÍA, Manuel (eds.), *Inmigración y Derechos*, (II Jornadas de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Universidad de Zaragoza), Zaragoza, Mira, 2001, pp.125-146.

¹⁰⁶ Organización intergubernamental creada en 1951, y consagrada al principio de que “la migración en condiciones humanas y de forma ordenada beneficia a los migrantes y a la sociedad”, está formada por 124 Estados miembros y 94 Estados, organizaciones internacionales y ONGs Observadores. Más información en su web: <http://www.iom.int/>.

¹⁰⁷ PERRUCHOUD, R., «Persons Falling Under the Mandate of the International Organization for Migration (IOM) and to Whom the Organization may Provide Migration Services», *International Journal of Refugee Law*, 1992 (4), pp. 205-209.

deben ser consideradas unitariamente, sin tener en cuenta el hecho de residir durante más o menos tiempo. En todo caso, y a pesar de la disparidad de definiciones de la misma Organización, la expresión utilizada por la OIM es “migrante”.

Pasemos a fijarnos en las Resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos que crean, sucesivamente, el Grupo de Trabajo de expertos intergubernamentales de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de los Migrantes y la Relatoría Especial de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de los Migrantes¹⁰⁸. Estas Resoluciones dan por válida la acepción de “migrante” y asimismo determinan que toda persona tiene los derechos y libertades incluidos en la DUDH, que todo Estado debe garantizar a toda persona bajo su jurisdicción los derechos del PIDCP - algo que ya determina el propio Pacto en su art. 2.1¹⁰⁹-; estas Resoluciones presentan ciertas características por las que se consideraba necesario crear ambos mandatos como las siguientes: preocupación por las manifestaciones de racismo, xenofobia y otras formas de discriminación y trato inhumano y degradante contra los migrantes; situación de vulnerabilidad en que se encuentran, debido entre otras cosas a que no viven en sus Estados de origen y a las dificultades que afrontan a causa de las diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para el regreso de los migrantes, que no poseen documentos o que se encuentran en una situación irregular, a sus Estados de origen; necesidad de un enfoque centrado y coherente sobre los migrantes como grupo vulnerable específico, en particular las mujeres y los niños migrantes.

El Grupo de Trabajo de expertos intergubernamentales -que funcionó hasta 1999 cuando se crea la REM- utilizó y, posteriormente, la Relatoría Especial viene utilizando el mismo término “migrante”.

¹⁰⁸ Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1997/15, E/CN.4/RES/1997/15, de creación del Grupo de Trabajo de expertos intergubernamentales de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de los Migrantes; y Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1999/44, E/CN.4/RES/1999/44, de creación del mandato de la Relatoría Especial de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de los Migrantes.

¹⁰⁹ Este artículo reza lo siguiente: “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 los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Como vemos, los órganos de Naciones Unidas y las Organizaciones -tanto Agencias Especializadas de la ONU como Organizaciones cercanas a la misma, caso de la OIM- son proclives a denominar migrante a conceptos que, con sus diferencias, vienen a intentar precisar el sujeto de nuestro estudio.

2. Por qué *en situación irregular*

2.1. Razones subjetivas para el uso de la expresión “situación irregular”

En cuanto a la circunstancia de irregularidad resulta más complicado, aunque no por ello nos conformamos con los términos más comunes, como son: ilegal, indocumentado, desautorizado¹¹⁰, “sin papeles”, “espalda mojada”¹¹¹, clandestino, alegal, incluso el mismo adjetivo de irregular. Esta ya no es una cuestión de detalle, sino de deber, puesto que las personas que se encuentran en dicha situación no son de ningún modo y en ningún caso personas irregulares, ilegales o alegales. Desafortunadamente es muy común el uso de estos calificativos, sobre todo el de ilegal, en todos los ámbitos que venimos mencionando -social, político, jurídico, periodístico-. Contamos para esta explicación con dos argumentos nada desdeñables.

En primer lugar, ninguna persona es ilegal, en todo caso lo son sus actos¹¹²; y el mismo razonamiento cabe con el resto de calificativos. Lo que se pretende indicar con dicha expresión es una idea que dependerá de la legislación nacional, y que, por

¹¹⁰ El adjetivo “unauthorised” es muy común en el ámbito de las organizaciones de defensa de los derechos humanos en los países anglosajones. Resulta bastante acertado en su significado. Véase como ejemplo en el informe *Unauthorized Migrants: Numbers and Characteristics* del Pew Hispanic Center: “the term “unauthorized migrant” to mean a person who *resides* in the United States, but who is *not* a U.S. citizen, has *not* been admitted for permanent residence, and is *not* in a set of specific authorized temporary statuses permitting longer-term residence and work”. PASSEL, Jeffrey S., *Unauthorized Migrants: Numbers and Characteristics*, Pew Hispanic Center, edición electrónica: <http://pewhispanic.org/files/reports/46.pdf>, 2005, pág. 2.

¹¹¹ Esta expresión se origina en América para referirse a toda persona de origen latino que cruza la frontera del sur de Estados Unidos de Norteamérica.

¹¹² Argumento defendido ampliamente por la doctrina, entre otros, el profesor Chueca Sancho: “Las personas somos siempre legales; los ilegales son en algunos supuestos nuestros actos, pero no las personas en sí mismas”, CHUECA SANCHO, Ángel Gregorio, «El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros», en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 1, Lex Nova, 2002, pág. 11.

tanto, no va ligado a la persona en sí, sino a su condición de persona bajo la jurisdicción de uno u otro Estado.

En segundo lugar, hemos de añadir que ese término, el de “ilegal”, no es una mera expresión, sino un epíteto con “una connotación peyorativa muy fuerte”¹¹³, que supone una presunción por parte del Estado de la situación circunstancial de esa persona y una vinculación con una presunción de delincuencia. Por ello, no nos preocupa únicamente la inexactitud de la expresión, sino también la consecuencia inmediata de despojar al migrante de la condición humana y la protección que por ella misma merece; al tachar a alguien de irregular o ilegal se está reforzando la idea de este calificativo por encima de la situación -en numerosas ocasiones situación de víctima-, que pueda estar soportando y por encima de su condición de ser humano.

En el caso del calificativo “ilegal”, su uso es común en los ámbitos anteriormente mencionados -social, político, jurídico, periodístico-, salvo en el académico y el ámbito internacional, más concretamente el de Naciones Unidas, donde resulta más frecuente leer y escuchar “irregular”. Podremos convenir en que estos dos ámbitos no son muy influyentes en la “formación” e información de la sociedad, lo contrario que aquellos otros, lo que nos lleva a reflexionar, por tanto, acerca de la necesidad de insistir en ello y de recordar continuamente tanto a empresas de comunicación y a la esfera política y jurídica del uso apropiado del lenguaje en esta disciplina. El por qué de nuestra obstinación ya lo adelantábamos: el fenómeno migratorio está siendo utilizado como tema de conflicto y el uso de unos vocablos, aunque pueda parecer insignificante, refuerza ciertos argumentos, en nuestra opinión, xenófobos.

Mención especial requiere el término “indocumentado”, puesto que generalmente se identifica con el de aquella persona en situación irregular, pero a diferencia de las otras expresiones referidas, ésta se da con la buena intención de no hacer referencia a la ilegalidad. Sin embargo, no resulta preciso, puesto que alguien puede estar documentado y no por ello en situación regular, como sería el caso de alguien que pudiendo entrar con el pasaporte en vigor durante un corto período de tiempo, sobrepasa dicho período; y viceversa, alguien puede estar indocumentado

¹¹³ MALGESINI; GIMÉNEZ, op. cit., pág. 261.

pero no por ello estar en situación irregular, el ejemplo más palpable sería el de un solicitante de asilo que no conserva su documentación consigo.

Consideramos, por una parte, que el uso de algunos de estos adjetivos menosprecia el sentido de la DUDH en cuanto al reconocimiento de la personalidad jurídica de todo ser humano, artículo 6 de la Declaración¹¹⁴. Por otra parte, estamos convencidos de que tales expresiones inciden en una finalidad -no tan encubierta- de convertir a los migrantes en responsables de dicha situación, obviando para ello que son los gobiernos, con sus regulaciones y políticas, los responsables directos de la misma, es decir, son éstos los que crean y atribuyen la irregularidad, en definitiva los que irregularizan. Por ello podríamos concluir que la acepción más correcta sería “irregularizado-a”, o en su defecto “en situación irregular” o “desautorizado” como apuntábamos antes.

2.2. Razones objetivas para el uso de la expresión “situación irregular”

Retomando el uso apropiado e inclusivo de “migrante en situación irregular” o “migrante irregularizado” -locuciones que utilizaremos indistintamente en nuestro trabajo-, se ha de reconocer de nuevo la labor de diversos órganos y organismos internacionales que han reiterado su oposición al uso de términos exclusivos, y en ocasiones xenófobos, por los diversos agentes -políticos, sociales, etc.- que venimos mencionando.

Advertimos un distanciamiento entre las expresiones y maneras de referirse al fenómeno migratorio por parte de la AG y del ECOSOC, así como un progresivo cambio en el uso de cierta terminología por la propia AG. Creemos que tanto el distanciamiento como el posterior cambio por parte de la Asamblea se deben al contexto socio-político de esa etapa del siglo XX, tal y como vimos en los dos primeros apartados de este capítulo primero. Así podemos ver que, en 1947, no había reparo en utilizar “inmigración ilegal”¹¹⁵.

¹¹⁴ “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

¹¹⁵ Resolución de la AG 136 (II). *Cooperación Internacional para prevenir toda inmigración susceptible de perturbar las relaciones de amistad entre las naciones*, de 17 de noviembre de 1947:

Décadas más tarde, tras los trabajos de redacción del texto internacional dedicado a los trabajadores migrantes, la CTM, el resultado sería un artículo 5 que nos determina la diferencia entre situación regular e irregular:

“A los efectos de la presente Convención, los trabajadores migratorios y sus familiares: a) 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; b) Serán considerados no documentados o en situación irregular si no cumplen las condiciones establecidas en el inciso *a* de este artículo”.

Como ya hemos mencionado, la CTM está pensada para proteger a los trabajadores migratorios, excluyendo, por tanto, a estudiantes u otras categorías delimitadas en la misma. Por ello, somos conscientes de la parcialidad de esta definición, sin embargo tras más de medio siglo de trabajo por diversos órganos y organismos especializados en la ONU la expresión adoptada para el concepto que vamos a analizar en profundidad es “no documentado-a o en situación irregular”.

Por deducción de este precepto de la CTM y por la práctica de los Estados, siempre habrá que atenerse al desarrollo de este concepto por parte de la normativa del Estado en el que se encuentre el o la migrante¹¹⁶, es decir, en términos generales será aquella persona que entre, se halle o trabaje en un país en situación no acorde con la legalidad vigente, o sin el permiso o tarjeta que dicho país exige para hacerlo, si hablamos en término burocrático o administrativo.

Sin embargo, si acudimos a las normas internas, generalmente en éstas no aparece una definición de “irregular”, más aún ni siquiera se determina la situación de irregularidad, sino que se alude exclusivamente a la “entrada de forma legal” o expresiones afines.

“Invita a los Miembros a negar su ayuda y protección a toda persona u organización que se dedique a fomentar o poner en práctica la inmigración ilegal, o a actividades destinadas a promover la inmigración ilegal”. Tanto el título de la Resolución como su contenido reflejan la preocupación mayor que en aquel momento era el desplazamiento masivo de personas, principalmente refugiados y “personas desalojadas” como consecuencia de la II Guerra Mundial.

¹¹⁶ Curiosamente tras la aprobación en 1990 de la Convención, se pronunció el Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 12 del PIDCP. “La cuestión de si un extranjero se encuentra “legalmente” dentro del territorio de un Estado es una cuestión regida por el derecho interno, que puede someter a restricciones la entrada de un extranjero al territorio de un Estado, siempre que se adecuen a las obligaciones internacionales de ese Estado.” Observación General 27, 2 de noviembre de 1999, sobre la libertad de circulación, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9.

Así, por ejemplo, entendemos, junto con Espejo Meana y Romero Solís¹¹⁷, que la ley de extranjería española delimita el ámbito de aplicación de la misma a aquellos que no sean nacionales determinando únicamente los requisitos que una persona no nacional debe tener para entrar en España de forma regular, artículo 25¹¹⁸ de la LOEX. En el artículo 29 enumera cuáles son las “situaciones de los extranjeros”¹¹⁹. Sin embargo, a pesar de no dejar claro en estos preceptos lo que se concibe como entrada irregular, la LOEX hace referencia en su contenido en varias ocasiones a entrada y estancia irregulares, adaptándose, principalmente a los compromisos adquiridos internacionalmente¹²⁰.

¹¹⁷ Véase ESPEJO MEANA, Regla; ROMERO SOLÍS, Eduardo, «Las situaciones de los extranjeros en España», en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina (coord.), *Extranjeros en España: régimen jurídico*, Murcia, Laborum, 2001, pp. 326 y ss.

¹¹⁸ “Artículo 25. Requisitos para la entrada en territorio español.

1. El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios. (*Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000*)

2. Salvo en los casos en que se establezca lo contrario en los convenios internacionales suscritos por España o en la normativa de la Unión Europea, será preciso, además, un visado. No será exigible el visado cuando el extranjero se encuentre provisto de la tarjeta de identidad de extranjero o, excepcionalmente, de una autorización de regreso. (*Redactado conforme a la Ley Orgánica 14/2003*)

3. Lo dispuesto en los párrafos anteriores no será de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por lo dispuesto en su normativa específica.

4. Se podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en los párrafos anteriores cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España. En estos casos, se procederá a hacer entrega al extranjero de la documentación que se establezca reglamentariamente.

5. La entrada en territorio nacional de los extranjeros a los que no les sea de aplicación el régimen comunitario, podrá ser registrada por las autoridades españolas a los efectos de control de su período de permanencia legal en España, de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. (*Introducido por la Ley Orgánica 2/2009*)”.

¹¹⁹ Art.29. “Enumeración de las situaciones. – 1. Los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia o residencia. 2. Las diferentes situaciones de los extranjeros en España podrán acreditarse mediante el pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, visado o tarjeta de identidad de extranjero, según corresponda”.

¹²⁰ “También se incorpora la Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, a cuyo fin se perfecciona uno de los tipos sancionadores previstos en la ley”. Así lo recoge la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.

Por todo ello, y aunque a veces ello venga de un cierto discurso de lo “políticamente correcto”, existe una clara tendencia a expresarse propiamente y hablar de “migrante en situación irregular”. Independientemente, por las razones esgrimidas nos parece la expresión más apropiada a utilizar en este trabajo.

PARTE SEGUNDA. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL

CAPÍTULO SEGUNDO.

**LA MIGRACIÓN IRREGULAR EN EL DERECHO
INTERNACIONAL.**

**HACIA UNA DEFINICIÓN JURÍDICA DE MIGRANTE EN
SITUACIÓN IRREGULAR**

Es una noción básica de Derecho internacional¹, al menos de una concepción no basada exclusivamente en la soberanía e independencia de los Estados, como lo es la concepción tradicional, que los presupuestos sobre los que se basaba la preeminencia del Estado se diluyen en el presente². Desde la Filosofía del Derecho, la aproximación al Derecho Internacional se ha producido desde la concepción de la sociedad internacional, de tal modo se ofrecen predominantemente, aunque no exclusivamente, dos posiciones paradigmáticas y opuestas son las de Rawls y Habermas. Rawls entiende la sociedad internacional desde una perspectiva comunitarista, entendiendo que el Derecho Internacional tiene como fin crear una sociedad estable y justa en la que los pueblos se respeten y toleren³. Habermas, por el contrario, parte de una perspectiva individualista, entendiendo que el Derecho Internacional tiene como fin la promoción de los derechos humanos garantizando un nivel de vida digno para todos los seres humanos⁴.

¹ El Derecho Internacional es la rama del Derecho que engloba el conjunto de normas y principios destinados a regular las relaciones entre Estados y otros sujetos.

De acuerdo con el artículo 53 de la Convención de Viena, “una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

² Véase CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 17-21.

El profesor Pastor Ridruejo concuerda con esa idea tomando, precisamente, palabras del profesor Carrillo Salcedo y proponiendo “una interpretación del Derecho Internacional en función de la comunidad internacional y de los límites que ésta impone a los rasgos de subjetivismo, discrecionalidad, voluntarismo y relativismo que la soberanía imprime al Derecho Internacional”, PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2002, reimp. (8ªed.), pág. 287.

Esa “nota de historicidad” se mantiene asimismo en la concepción del profesor Diez de Velasco aunque con un marcado acento en el protagonismo del Estado que sigue siendo, según este autor “la estructura elemental e irreductible desde la que se construyen las relaciones internacionales y su ordenamiento jurídico”. DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 62-63.

³ RAWLS, John, *El derecho de gentes y “Una revisión de la idea de razón pública”*, Barcelona, Paidós, , 2001, 224 p.

⁴ HABERMAS, Jürgen, *La constelación nacional. Ensayos políticos*, Barcelona, Paidós, 2000, 217 p.

Circunstancias como la rapidez actual de las comunicaciones y los desplazamientos o la dependencia de los Estados de organizaciones regionales y/o globales, así como una concepción finalista de la soberanía que tiene el fin del bien de su población -dejando atrás el carácter que prevalecía en el Estado absolutista- afectan los mencionados presupuestos y, sin duda, el Derecho evoluciona conforme lo hace la sociedad de la que proviene. Por ello, los Estados han venido obligados a asumir una erosión del carácter absoluto de su soberanía y, sobre todo, a asumir que existen cuestiones fuera del alcance de su control individual.

Junto a este cambio en la situación internacional, se ha producido otro efecto añadido que relativiza la soberanía del Estado. El individuo ha adquirido una posición relevante en Derecho internacional que, si bien es una subjetividad limitada, resulta determinante en lo que ha venido siendo la evolución del Derecho, en especial el Derecho internacional de los derechos humanos⁵. Tal progresivo protagonismo de la persona no se produce hasta el siglo XX, concretamente desde el final de la II Guerra Mundial⁶.

De tal modo, nos movemos en un orden mundial que, tras un proceso dilatado, ha reconocido al ser humano como sujeto de derechos inalienables, indivisibles y universales⁷. Sin embargo, la complejidad jurídica aparece en las

⁵ CRESPO NAVARRO, Elena, *Nuevas formas de protección del individuo en Derecho Internacional. La erosión del vínculo de la nacionalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pág. 23. La autora habla de un proceso de institucionalización y de humanización del Derecho Internacional contemporáneo y menciona expresamente casos, como el del ámbito de integración comunitaria europea, en los que la cesión de soberanía es voluntariamente aceptada.

⁶ Protagonismo recogido, entre otros autores, por: ALSTON, P.; STEINER, H. J., *International Human Rights in context: Law, Politics, Morals*, Oxford, Oxford University Press, 2000, XXXIII, 1497 p.; BLANC ALTEMIR, A. (ed.), *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Madrid, Tecnos, 2001, 329 p.; CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 2001, 2ªed. (1ªed. 1995), 186 p.

El profesor Díez de Velasco denomina “tópico en la doctrina actual” a esa superación de la clásica concepción del Derecho internacional cuya evolución es un “doble proceso de humanización y socialización”, en el que se tiende a reconocer cierta personalidad jurídica internacional del individuo, “si bien todavía sujeta a fuertes restricciones”. DÍEZ DE VELASCO, op. cit., pp. 250-251.

Como bien expresa el profesor Pastor Ridruejo, [s]ostendremos en este sentido una concepción humanista del Derecho Internacional, esto es, que nuestra disciplina, pese a su problematicidad y a la relevancia de la soberanía del Estado, tiene, en definitiva, a la protección de valores de la persona humana”, PASTOR RIDRUEJO, op.cit., pág. 27.

⁷ Declaración de Viena de la Conferencia Mundial de derechos humanos, 25 de junio de 1993.

ambigüedades e incertidumbres que enfrentamos, más si cabe si desde una perspectiva clásica se desea abordar problemas contemporáneos.

Se ha criticado el pretendido carácter embrionario⁸, incluso parcial y limitado, del Derecho internacional; tendremos ocasión de rebatir esta versión. Asimismo se ha censurado a la comunidad internacional como un medio social escasamente vertebrado y poco institucionalizado, en ocasiones incluso inexistente, inadecuado por tanto para servir de base a un ordenamiento jurídico que merezca tal nombre⁹. Al respecto también opondremos nuestros argumentos. Sin embargo, como prolegómeno a ambos tipos de líneas discursivas podemos enunciar lo siguiente: ¿no serán prueba de lo contrario los encuentros globales que tanto a nivel gubernamental como no gubernamental están teniendo lugar?

Entre los encuentros globales de carácter gubernamental se encuentra el “Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo”, que sin duda ha tenido un efecto considerable en las relaciones intergubernamentales, o la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, que funcionó entre diciembre de 2003 y diciembre de 2005, cuyo mandato consistía en “situar las migraciones internacionales en la agenda mundial, analizar los vacíos existentes en las políticas sobre migración actuales y examinar las interrelaciones entre las migraciones y otras problemáticas”¹⁰.

Entre los segundos, los encuentros que no surgen de iniciativas gubernamentales, podemos citar aquellos que reflejan una considerable organización de la sociedad civil y/o de organizaciones no gubernamentales a nivel mundial como es el Foro Social Mundial de las Migraciones, cuya andadura comenzó en 2005 en

⁸ Así se manifestó el profesor Rigaux, en el III Séminaire Doctoral International et Européen, Institut du Droit de la Paix et du Développement, Université de Nice-Sophia Antipolis, Niza (Francia), 31 de agosto de 2004.

Pastor Ridruejo lo caracteriza más bien de problemático, dadas las carencias que presenta el Derecho internacional en el plano institucional, en la solución de controversias o en la prevención y sanción de las violaciones -entre otras-, PASTOR RIDRUEJO, op.cit., pág 21 y ss.

⁹ Así lo han manifestado, por ejemplo, Serge Latouche o Samuel Huntington, para quienes no existe ninguna sociedad mundial digna de ser llamada así.

Sin embargo, que la comunidad internacional no presente el grado de organización de las comunidades nacionales no resta ni excluye la juridicidad del ordenamiento jurídico internacional.

¹⁰ Web de la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales: <http://www.gcim.org/es/>.

Porto Alegre seguida de dos ediciones en Rivas Vaciamadrid (España, 2006 y 2008), una cuarta edición en Quito (Ecuador, 2010) y una quinta en Manila (Filipinas, en noviembre de 2012¹¹).

Como preveníamos, sirvan estas referencias de primera muestra de una mayor organización internacional tanto de los Estados como de la comunidad internacional, a pesar de que, como en dichos foros se advierte, la implicación y el compromiso en el tema migratorio no sea el deseable para un acercamiento a los problemas que engloba este fenómeno que dé lugar a una verdadera propuesta conjunta global.

El estudio de la evolución normativa sobre migración y, concretamente, sobre migración irregular es, inevitablemente, el estudio del tratamiento jurídico de cuestiones tales como el control de fronteras, los pasaportes, los derechos de los extranjeros o la libertad de circulación, entre otras. El tratamiento del migrante ha venido siempre relacionado con las obligaciones positivas y negativas del Estado respecto a aquel y tales obligaciones han evolucionado conforme lo ha hecho el Derecho internacional y especialmente en lo que éste se refiere a la protección del individuo. De tal modo, por un lado, el ser humano ha conseguido amparo por el Derecho Internacional, que le dota no sólo del reconocimiento de un amplio abanico de derechos sino también de la capacidad de reclamarlos -al respecto se ha estudiado, por ejemplo, la protección consular y/o diplomática que el nacional puede invocar y que ha dado lugar, como veremos, a la responsabilidad de los Estados por lesiones al extranjero cuando el Estado de éste ha utilizado los instrumentos que por medio de aquella protección puede discrecionalmente utilizar-. Y por otro lado, el Estado, por medio de su legislación y del desarrollo de su política, limita tales derechos, especialmente cuando el individuo no “pertenece” al Estado en cuestión¹². Cabe mencionar que parecen caminos divergentes cuando el que se encuentra entre ambos es una persona en situación irregular de acuerdo a la normativa del Estado bajo cuya

¹¹ Web del Foro Social Mundial de las Migraciones: <http://spanish.wsfm2012.org/>.

¹² La cuestión de la pertenencia al lugar donde se reside es sin duda arbitraria si a una perspectiva jurídica nos referimos. De tal modo, tradicionalmente sólo ha pertenecido al Estado el nacional, sin embargo podemos en la actualidad hacer referencia a un concepto más amplio de pertenencia, sobre todo desde la inclusión del concepto de ciudadanía, cuyo ejemplo más claro es la ciudadanía europea. No obstante, hemos de tener presente que tal perspectiva jurídica no puede abandonar la social y ética que, a nuestro entender, debe tomar como perteneciente a un Estado a todo aquel que asume como propio el lugar donde reside con ánimo de prolongar su estancia.

jurisdicción se encuentra. Por ello, consideramos necesario un análisis de la evolución y la perspectiva del Derecho internacional en esta esfera con el objetivo de situar el contexto normativo en el que se desarrolla el concepto de migrante en situación irregular.

I. Evolución normativa previa a la Sociedad de Naciones. Fase no reguladora

Nuestro punto de partida es la constatación de que las migraciones no han sido propiamente reguladas como objeto-fin específico de la norma hasta el pasado siglo XX; y de que, por tanto, las referencias normativas previas corresponden a ámbitos estatales -si podemos siquiera considerarlos como tales- que, sin embargo, han tenido enorme influencia en el posterior desarrollo normativo, ya sí internacional, desde la Paz de Westfalia¹³. Si ello es así respecto a las migraciones, más dificultades encontramos en el origen de la regulación de la circunstancia de irregularidad, objeto principal de nuestro estudio.

1. Atisbos en las Antiguas Civilizaciones

Para encontrar los primeros textos normativos que regularon de algún modo la extranjería, hemos de acudir a las leyes de la Antigüedad, y ello teniendo presente que en las antiguas civilizaciones esas leyes constituían parte de la religión o estaban profundamente relacionadas con ésta.

Aquellas antiguas civilizaciones trataron al ciudadano y al extranjero de diversas maneras, pero básicamente el tratamiento respecto al extranjero consistía en aceptarlo o no, con base en su pertenencia a la religión de la ciudad. Por tanto, no había una distinción entre regularidad o irregularidad, puesto que el extranjero era comúnmente aceptado y el que no lo era resultaba, por lo general, esclavizado u

¹³ El Tratado de Paz de Westfalia, en 1648, es el momento histórico en el que surge el Derecho internacional como hoy lo concebimos. CARRILLO SALCEDO, op. cit., pág. 33.

obligado a permanecer extramuros. Esto ocurría en el caso de los territorios conquistados donde los residentes eran esclavizados “en condiciones de igualdad”, esto es, sin ser diferenciados entre sí por motivos de clase social, religión, raza, como sí ocurrió posteriormente en el comercio de esclavos a América¹⁴. En todo caso, esclavos o no, los extranjeros no estaban sujetos a la ley y, por ello, no disfrutaban de los derechos inherentes a la ciudadanía (*de civis*).

Si partimos de la discrepancia en cuanto al estatuto del extranjero en la Grecia clásica, encontramos que, según Juliano, el extranjero al no formar parte de la religión tampoco tenía derechos¹⁵. Sin embargo, para otros autores como Tiburcio, el extranjero no era maltratado, sino de hecho en algunos casos bienvenido. Esta autora recoge cuatro categorías de extranjeros¹⁶: *isoteles*, que poseían algunos o todos los derechos civiles; *meteques*, quienes podían vivir en la ciudad pero con limitaciones importantes y estaban representados y supervisados por el patrón, *prostate*; los extranjeros no residentes, que vivían temporalmente en la ciudad o sin autorización, con más limitaciones que los *meteques*, y estaban representados y supervisados por el patrón, *proxene*; y los *barbarians*, aquellos que vivían al margen de la civilización, no tenían derechos ni protección alguna. Paradójicamente existía una fuerte tradición de hospitalidad; tal paradoja se debe, como indica Lillich, al mantenimiento del orden legal y político, por encima de un sentimiento de temor o amenaza y se manifestaba en dos estrategias legales: la garantía unilateral por las ciudades-Estado de ciertos derechos a los extranjeros con el objetivo de promover el establecimiento de artesanos foráneos en la ciudad; y la conclusión de tratados, conocidos como *isopolities*, entre ciudades-Estado para garantizar mutuamente a los ciudadanos de las respectivas ciudades ciertos privilegios¹⁷.

¹⁴ Como recogía el profesor Cassese, este otro comercio de esclavos sí estaba basado en fuertes criterios racistas, sólo las personas de raza negra eran esclavizadas. CASSESE, Antonio, *International Law in a Divided World*, Oxford, Clarendon Press, Oxford University Press, 1994, XVI, p. 52.

¹⁵ Así la Ley de Licurgo limitaba los derechos del extranjero. JULIANO, Dolores, “Fronteras de género”, en Maquieira, Virginia; Vara, M^a Jesús (eds.), *Género, clase y etnia en los nuevos procesos de globalización*, Madrid, Instituto Universitario de Estudios de la Mujer, 1997, pág. 216.

¹⁶ TIBURCIO, Carmen, *The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2001, pág. 27.

¹⁷ LILLICH, Richard B., *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1984, pág. 5. El autor explica esta paradoja del siguiente modo: “The city-States of the Greek world were not ‘mere’ political entities as the nation-States of

Semejante era el trato en Egipto o en India, donde el extranjero era considerado el “paria”. El *Manu Smriti*, texto legal de la India antigua, recogía códigos de conducta de la sociedad e incluía el sistema de castas, entre muchas otras cuestiones. El sistema de castas, o *varnas*, era y es claramente una estratificación social, basada en la religión, y supone cuatro estratos sociales que, de generación en generación, impiden con base en sus creencias de origen hinduista el cambio de casta a lo largo de la vida de la persona, salvo por medio de la *reencarnación*. Si cada una de estas castas proviene de una parte del cuerpo de Brahmā, los parias ni siquiera son parte de su cuerpo, son los intocables, la clase más baja, tanto que no forman parte de las castas, y por ello eran relegados a realizar los trabajos de menor importancia. Esta discriminación, sobre todo la sufrida por los intocables, fue contestada por diversos sectores, en un principio por el budismo -la otra religión predominante de la India-, y -ya en el siglo XX- por los movimientos en defensa de los derechos humanos o por la independencia de la India, como fue el liderado por M. Gandhi.

En Roma, antes de las XII Tablas, el extranjero era bienvenido con la condición de “romanizarse”. Con esta codificación en el siglo V a.C., el extranjero pasó a considerarse enemigo, *hostes*; ambos, extranjero y enemigo se situaban en la misma categoría. La diferencia, que en un principio hacía el Derecho Romano entre ciudadano y el que no lo era, se basaba en el criterio de encontrarse en la *civitas* o no, por tanto de una tolerancia más amplia, que posteriormente se fue restringiendo¹⁸. En todo caso, y como hemos mencionado que ya ocurriera en la civilización griega, la condición del extranjero se debía a razones religiosas y no a temores o amenazas.

Probablemente el desarrollo más importante en esta primera etapa, y desde luego interesante para los conceptos a los que venimos refiriéndonos, proviene del *ius gentium*. En Derecho romano, el *ius gentium*, frente al *ius civile*, aludía al derecho común a todos los hombres, basado en la razón y la equidad, y regulaba las relaciones en las que las partes no eran ciudadanos romanos, o al menos una de ellas no lo era, y para las cuales no quería aplicarse el *ius civile*.

today are. Rather, the city-States were simultaneously religious and tribal associations. A Greek from another city-State, therefore, was not simply a person owing a primary political allegiance to another sovereign. He was more in the nature of a trespasser on private property, or perhaps an atheist intruding into a religious sphere within which he had no status”.

¹⁸ JULIANO, op. cit., pág. 216.

En las antiguas civilizaciones, podemos hablar, con matices, de un concepto asimilacionista de ciudadanía. No obstante, la idea de hospitalidad se irá extendiendo progresivamente a todo ser humano, ya no sólo a aquel que se encuentre dentro de la *civitas*. Si bien algunos autores consideran que ello se debe en gran parte a los inicios del cristianismo¹⁹, discrepamos de tal idea, puesto que esta religión únicamente supondría posteriormente, con su extensión a otros territorios, una ampliación geográfica y numérica en cuanto a las personas consideradas dentro de dicha hospitalidad; sin embargo seguía discriminándose al foráneo, que en su caso no compartía esta religión y que, como veremos, llevaría a enfrentamientos mayores en la posteridad.

2. De los escasos avances de la Edad Media al revolucionario siglo XVIII

Al comienzo de la Edad Media, aquella tolerancia a la que nos hemos referido se convirtió en lo opuesto, en un criterio “nacionalista” -teniendo presente que todavía no existía el concepto de nación- y de temor hacia el extranjero que trajo consigo normas de diverso contenido. Tal diversidad de leyes, en cierta manera personales, procedía de los diferentes enfrentamientos entre las diversas tribus con el Imperio romano, en los que la adopción del Derecho romano no impidió la regulación específica por parte de cada tribu, como recoge Tiburcio²⁰, dando lugar a un mejor tratamiento del extranjero hasta los inicios del feudalismo.

Con el sistema feudal, el principio de territorialidad reapareció con más fuerza y toda persona era extranjera una vez cruzaba la línea fronteriza de otro feudo. Entre las muchas críticas que puede hacerse al feudalismo, está la discriminación que realizó del extranjero impidiéndole numerosos derechos, principalmente los relacionados con la propiedad, así encontramos el *ius commercii*, el *ius albiganii*, el *ius detractus*, o el *ius naufragii*²¹.

¹⁹ Así se manifiesta, entre otros autores, Carmen Tiburcio. TIBURCIO, op.cit., pág. 28.

²⁰ TIBURCIO, op.cit., pág. 28-29.

²¹ El *ius albiganii* daba al rey o señor feudal el derecho a heredar todos los bienes del extranjero fallecido en su territorio; el *ius detractus* abolía de alguna manera el *ius albiganii*, pero mantenía el

El otro fenómeno que caracteriza la Edad Media, junto con el feudalismo, es la extensión de la religión, sobre todo de la cristiana. Como habíamos adelantado, esta doctrina, a pesar de sus primarias pautas de hospitalidad e igualdad, supuso la unión de todos los cristianos, quienes verdaderamente no se discriminaban por su nacionalidad, frente a los “infieles”. Si bien la Biblia proclama la igualdad de todos los seres humanos, incluso la Iglesia lo recordó en sus primeros Concilios, el rumbo que tomó la institución desvirtuó en gran manera la hospitalidad y demás proclamas de sus escrituras originarias. Si tal situación no se hubiera encontrado con otra religión, el Islam, que procedía en términos similares, probablemente la Historia hubiera sido diferente, quizá la cristianización hubiera “equiparado” a las personas de todos los lugares conquistados religiosamente. Sin embargo, el Islam confirmaba su oposición al Cristianismo desde Oriente. En tierras musulmanas, el extranjero podía entrar y vivir por un tiempo limitado y poseía algunos derechos, pero tenía limitados o denegados otros -así, por ejemplo, como en el sistema feudal, no podía heredar-; no obstante, de acuerdo con el Islam se ha de convertir al pueblo no musulmán. El encuentro, o más bien desencuentro, de ambas religiones daría lugar a las luchas religiosas que se suceden entre los siglos XI y XIII, las Cruzadas y la Yihad.

En todo caso, si por un lado, el extranjero tenía grandes limitaciones en sus derechos debido a motivaciones feudales o religiosas, por otro, y debido a las cruzadas y conquistas que llevaban a los nacionales a tierras foráneas, se produjo paulatinamente una protección de todos aquellos que emigraban.

Con el Tratado de Paz de Westfalia, en 1648, termina la Guerra de los Treinta Años y da comienzo una nueva era, en la que los intereses comunes de los Estados y la búsqueda del equilibrio dentro de una comunidad internacional son primordiales. Es el origen del Derecho internacional.

El cambio más evidente en esta nueva etapa es el producido en el ejercicio del poder, de los señores feudales a los reyes, cambio que en principio supone una relativa mejora para los extranjeros, aunque ello depende de los diversos Reinos y,

privilegio sobre los bienes del extranjero por medio de impuestos; el *ius naufragii* daba el derecho de apoderamiento de los bienes naufragados. Por otra parte, el extranjero sí tenía garantizado el derecho a comerciar, por medio del *ius commercii*.

por tanto, sin un criterio uniforme. Siguen existiendo, en todo caso, restricciones para el extranjero como el mencionado *ius detractus*, que sustituyendo en cierto modo al *ius albiganii*, mantenía el privilegio sobre los bienes del extranjero por medio de impuestos.

En este contexto se producen algunas de las aportaciones más valiosas del Derecho internacional: las de Francisco de Vitoria, Francisco Suárez y Hugo Grocio, que pudieran considerarse el fundador, el filósofo y el compilador del Derecho internacional, respectivamente²². El avance intelectual de estos autores se refleja en su defensa de diversos derechos y libertades tanto para los nacionales que emigraban como para los extranjeros. Promueven cuestiones como la igualdad entre todas personas, el derecho a migrar, incluso el refugio -en términos más amplios de lo que hoy sería considerado como tal-.

Precediendo a Francisco de Vitoria, otros eminentes religiosos habían manifestado su preocupación acerca de los derechos humanos, sobre todo en lo referente a los indios de América, con la evidente precaución que deben leerse unos postulados lejanos en la distancia temporal y fuertemente marcados por el componente religioso efervescente en esa época²³. Matías de Paz, entre otros religiosos, continuaría ese camino de la doctrina indiana rechazando el dominio despótico y la esclavitud respecto de los indios, pero estableciendo claramente que los límites al poder vienen del “Papa, que es el dueño de todo el orbe”. La evangelización es la justificación, por tanto si los indios la aceptan no es necesaria la invasión; si no la aceptan, no se puede declarar la guerra sin antes haber amonestado de forma debida²⁴.

²² Idea generalmente compartida por autores como: TIBURCIO, op.cit.; CAVALLAR, Georg, *The Rights of Strangers: Theories of International Hospitality, the Global Community and Political Justice since Vitoria*, Aldershot, Ashgate, 2002.

²³ Tras un sermón de Fray Antón de Montesinos en la isla de La Española, otros clérigos seguirían el camino de defensa de los pobres y de los indios. El sermón que le conllevó amonestación real incluía increpaciones como la siguiente: “Decid ¿con qué derecho y con qué justicia reducís a esclavitud y servidumbre a los indios? ¿Con qué autoridad les habéis hecho tan detestables guerras? ¿Es que no son hombres? ¿Es que no tienen ánimas racionales?”, en HERNÁNDEZ MARTÍN, Ramón, (O.P.), *Francisco de Vitoria y su «Relección sobre los indios»*. *Los derechos de los hombres y de los pueblos*, Madrid, EDIBERSA, 1998, pág. 36.

²⁴ HERNÁNDEZ MARTÍN, op.cit., pp. 38-40.

La visión de Matías de Paz contrasta con la actual y atrevida propuesta de Francisco de Vitoria quien, a diferencia de aquel, rechaza el poder universal de los Papas y parte del derecho natural y de gentes al establecer su doctrina. Alguien que condena la conquista de las Indias y las composiciones canónicas, teniendo en cuenta su formación clerical y el contexto en el que vive, sin duda nos deja boquiabiertos por su avidez, osadía e inteligencia. En ambos autores encontramos la idea clara de que una cosa es el derecho y otra lo que conviene: *summum ius summa iniuria* (la suma justicia es la máxima injusticia)²⁵.

Francisco de Vitoria osará, en esos tiempos difíciles para determinados argumentos, cuestionar los títulos que legitiman la conquista y así como que el derecho positivo del Viejo Mundo justifique la misma²⁶:

“Aunque la fe haya sido anunciada a los bárbaros de un modo racional y suficiente, y éstos no la hayan querido recibir, no es lícito, sin embargo, por esta razón, hacerles la guerra no despojarlos de sus bienes”²⁷.

Ambos “mundos” han de tener la misma base de argumentación de manera que la comprensión mutua sea posible. La existencia de este entendimiento mutuo entre ambos por medio de convenios no imposibilita, como resulta lógico, que se pongan condiciones internamente, sin embargo, entendía Vitoria, ello no impide a su vez que cualquier persona pueda entrar si ello no causa perjuicio a los habitantes del territorio que la recibe. Nos parece que la doctrina de Vitoria, complementada en muchos aspectos e incluso mejorada, está sufriendo un revés en este siglo en el que la comprensión y la solidaridad de los pueblos -fraternidad entre los hombres, en palabras de Vitoria- resulta una utopía.

²⁵ HERNÁNDEZ MARTÍN, op.cit., pág. 47.

²⁶ Como recuerda Hernández, Vitoria examina en una de sus relecciones esos títulos, “considerándolos sin ninguna fuerza para justificar ni la ocupación de las propiedades de los naturales, ni la apropiación de su soberanía, ni la guerra que iba a motivar ambas cosas”, HERNÁNDEZ MARTÍN, R., op.cit., pág. 48.

²⁷ Sexta proposición de la Segunda Parte de la Relección sobre los Indios, *De los títulos no legítimos por los cuales los bárbaros del Nuevo Mundo pudieron venir a depender de los españoles*, en VITORIA, Francisco de, *Relecciones sobre los indios y el derecho de la guerra*, Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1947, pág. 92.

Aunque resulta obvio y ocioso, es necesario anotar la actualidad del pensamiento de Francisco de Vitoria y su aplicabilidad directa en la cuestión que abordamos.

En aquel concreto momento la libertad de los holandeses de comerciar con las Indias, Hugo Grocio defendía el derecho de todo Estado a extender los viajes de sus naturales a todo lugar, entendiendo tal derecho como principio o regla primaria del Derecho de Naciones²⁸.

Importante es la aportación de Emmer de Vattel²⁹, quien ya en el siglo XVIII abre el camino de lo que serán las modernas leyes de inmigración, considerando que el soberano tiene derecho a denegar la entrada al extranjero, pero una vez que ha permitido la misma ha de protegerlo al igual que a sus súbditos y, aunque tienen ciertas limitaciones como los límites a la propiedad, sometida al deseo del soberano, poseen numerosos derechos, incluido el derecho a la naturalización o el derecho a salir del país. Esta libertad de circulación está recogida en términos parecidos a la proclamada en la DUDH, con la peculiaridad de distinguir entre aquellos que dejan su país por motivos legítimos³⁰, llamados emigrantes, y aquellos que lo hacen obligados por una orden de expulsión o destierro, llamados exiliados³¹.

En este período que recorremos, ya imbuidos por el siglo XVIII, encontramos dos de los pasos más prometedores para la protección de la persona, proclamando los principios de libertad y dignidad de todos seres humanos: la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* y la *Declaración de Derechos de Virginia*, de Francia y Estados Unidos de América, respectivamente³².

²⁸ GROCIO, Hugo, *De jure belli ac pacis*, París, 1625, libro II, cap. 2 sección XIII. Y GROCIO, Hugo, *Mare Liberum*, extraído del capítulo XII de la obra *De Indis*, Leiden, 1609, cap. 1.

²⁹ TIBURCIO, op.cit., pág. 32 y ss.

³⁰ De Vattel considera legítima la salida del país cuando los negocios lo requieran y pueda ausentarse del país sin perjuicio para el mismo. Así lo recoge Inglés en INGLÉS, José D., *Study of discrimination in respect of the rights of everyone to leave any country, including his own, and to return to his country*, New York, United Nations, 1963, pág. 2.

³¹ Es lo que Tiburcio recoge como “those who are obliged to leave the country, or as he put it, with a mark of infamy”. TIBURCIO, op.cit., pág. 33.

³² La Declaración de Derechos de Virginia de 12 de junio de 1776, nos parece más parca en contenido de derechos humanos y libertades fundamentales que la Declaración francesa, dado que se refiere principalmente a la división de poderes del Estado. Por ello pasaremos a referirnos a la Declaración francesa.

En todo caso hemos de insistir y tomar como punto de partida que la Declaración francesa se centra en el ciudadano, parte de una visión centrada en el “hombre” -que se ha mantenido hasta hoy día como *droits de l’homme*, expresión inadecuada para referirse en francés a los derechos humanos- y surge de una concepción burguesa del cambio. En nuestra opinión ha de tenerse en cuenta que aunque prometedora es imperfecta, lo que no obsta a que creamos que su mayor aportación a la evolución de la protección de los derechos humanos y de la sociedad internacional es la certeza de que el cambio es

3. De fines del siglo XVIII a principios del siglo XX

Al debate que culminó con la redacción de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* y la *Declaración de Derechos de Virginia* contribuyeron autores como J. Althusius, J. Locke, J.-J. Rousseau, T. Paine y T. Jefferson, quienes establecieron la relación entre el individuo y la autoridad. Tal relación proviene principalmente de las interesantes discusiones del Renacimiento y la Ilustración acerca de la dignidad individual, empujadas por el “descubrimiento” del Derecho Romano y por autores como Maquiavelo, tal y como lo atestiguan Eide y Alfredsson³³.

Las siguientes palabras dan comienzo a la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*:

“...[C]onsiderando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los Derechos del Hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobernantes, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre[...]

Artículo 1º - Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las diferencias sociales no pueden tener otro fundamento que la utilidad común”³⁴.

La *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, de gran importancia para todo el desarrollo normativo posterior de los derechos humanos, que distinguía entre ciudadano y el resto de “hombres”, el primero poseía todos los derechos debido al contrato social y los segundos participaban de los derechos de la sociedad de la que eran miembros. No podemos olvidar que tal noción es revolucionaria, en el sentido de suponer una brecha en la concepción de la

posible, de que nada es estático de por vida y de que, por tanto, podemos aspirar a que sigan produciéndose “revoluciones” en el pensamiento humano.

³³ ALFREDSSON, Gudmundur; EIDE, Asbjørn, *The Universal Declaration of Human Rights. A Common Standard of Achievement*, The Hague, Kluwer Law International/Martinus Nijhoff Publishers, 1999, pág. xxvi.

³⁴ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional francesa el 26 de agosto de 1789.

universalidad de los derechos humanos, como reconocibles a toda persona, una ruptura con el Antiguo Régimen.

Los cambios que la Revolución Francesa y la Ilustración supusieron son considerables y entre ellos destaca la labor realizada para poner fin a los límites y restricciones que sufrían los extranjeros. De tal modo una de las primeras decisiones de la Asamblea Constituyente francesa fue derogar el *ius albiganii*³⁵. Posteriormente se concedería el derecho a heredar, incluyendo a parientes franceses. Estos cambios se confirmarían en la Constitución de 1791, concediéndoles asimismo derechos civiles. Tales limitaciones que soportaban los extranjeros permanecían para las cuestiones procesales.

Aún con todo, a pesar de los avances en concesión de derechos al extranjero, la consolidación de los nacionalismos llevaba a mirar a aquel como una amenaza o peligro. Esta idea es defendida por Rousseau en el “Contrato social”³⁶, para quien unos deben mantenerse al margen de otros para conservar la paz. Esta noción de nacionalismo que propugna Rousseau es, a nuestro parecer, el causante de tales propuestas contra el extranjero, ya que considera que las personas de lugares ajenos son diferentes -argumento más o menos obvio-, y que ello les lleva a actuar de manera diferente, mantener sus costumbres y, finalmente, a no tomar parte del proceso de aprendizaje -idea que no compartimos y que, sin duda, tiene que ver con el aprendizaje al amor a la patria, a la exaltación de lo nacional, que tantas consecuencias negativas ha traído hasta nuestros días-.

Con la Revolución Francesa y el comienzo del siglo XIX, se asientan dos concepciones que nos parecen, cada una a su manera, las bases de la contemporánea noción de extranjería: el nacionalismo y la ciudadanía³⁷. Comienza de este modo la distinción básica entre lo que vendrá a ser el estatuto de los ciudadanos y el de los extranjeros: el ejercicio de los derechos políticos. Y, por tanto, es el comienzo del

³⁵ La igualdad de los hombres es confirmada en un Decreto posterior a la Declaración de la Asamblea Nacional francesa, de 6 de agosto de 1790, que declaraba la igualdad de nacionales y extranjeros respecto al derecho privado y abolía el *ius albiganii* mencionado antes.

³⁶ ROUSSEAU, Jean Jacques, «Contrat social», en *Oeuvres complètes*, Paris, Bureau de la Societé des Publications Illustrées, 1846, Tomo I, pp. 639-699.

³⁷ Este es un concepto de ciudadanía que recoge la idea de participación en la administración del Estado y de poseer los derechos políticos, opuesto al individuo ordinario que posee los derechos humanos básicos

control migratorio que se reflejaría en las primeras normas restrictivas a la entrada de extranjeros por parte de Inglaterra en 1793 y por parte de Francia en 1795³⁸, a los que seguirían otros ejemplos.

A fines del siglo XIX, el Instituto de Derecho Internacional formulaba las Reglas internacionales sobre la admisión y la expulsión de extranjeros. En este documento podemos apreciar la visión generalizada de los internacionalistas más prestigiosos del momento acerca del poder de los Estados en cuanto a la admisión de no nacionales. Gran parte de la doctrina -salvo excepciones como Oppenheim³⁹ quien defendía la discriminación en la admisión de no nacionales- consideraba que dicho poder no era absoluto. Por el contrario, consideraban que existía un derecho de entrada libre, salvo por motivos de interés público o muy graves. También es cierto que esos motivos graves podían ser, según los internacionalistas que redactaron las Reglas, diferencias fundamentales de civilización o “acumulación peligrosa de extranjeros que se presentaran en masa”⁴⁰. En cuanto a las circunstancias laborales, no cabe duda: no pueden ser motivo de denegación de entrada del no nacional, de hecho es un deber de los Estados aceptar a los migrantes trabajadores⁴¹.

Si bien hasta el final de la I Guerra Mundial no se puede hablar de regulación de las migraciones -supondría por tanto una primera fase no reguladora⁴²-, el siglo XIX supone, gracias a estos pasos mencionados, el reconocimiento del extranjero, de sus derechos y de algo asimilable a un estatuto jurídico, sobre todo en el plano

³⁸ La Ley de Extranjería -*Alien Hill*- de 1793 se promueve por el temor a la entrada creciente de franceses, cifrada en unas 8000 personas desde la Revolución Francesa tres años atrás, por lo que dicho temor se debe más bien, como indica Plender, a una popular “francofobia” acompañada del empeoramiento de las relaciones entre Inglaterra y Francia. PLENDER, Richard, *International Migration Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pp. 64-65.

³⁹ OPPENHEIM, Lassa, *International Law. A treatise*, Clark, Lawbook Exchange, 2005, XLIII, 799 p.

⁴⁰ Traducción propia. Institut de Droit International, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Vol. XII, Bruxelles, Institut de Droit International, 1892.

⁴¹ Artículo 7 de las Reglas Generales. *Annuaire de l'Institut de Droit International*, op. cit.:

“La protection du travail national n'est pas, à elle seule, un motif suffisant de non-admission”.

Ha de tenerse presente asimismo que los casos por los que una persona puede ser expulsada son varios y amplios, artículos 28 y 29 del mismo documento.

⁴² SCHINDLMAYR, Thomas, «Sovereignty, Legal Regimes and International Migration», en *International Migration*, Vol. 41 (2), Oxford, Blackwell Publishers, 2003, pág. 112. El autor distingue cuatro fases en la evolución de la migración económica, lo que la distingue de la clasificación que nosotros realizamos, pero con características comunes, principalmente en la fase de no regulación que llega hasta 1919, fecha de creación de la Sociedad de Naciones como a continuación explicamos.

civil⁴³. Esto es, se da una etapa de codificación de leyes de ciudadanía, que establecían quien tenía o no derecho a los beneficios del Estado, y asimismo se reconoce una libertad de movimiento asociada al liberalismo económico -como inevitable necesidad para el desarrollo industrial-.

La institucionalización de los aspectos relacionados a ambas cuestiones -ciudadanía y libertad de movimiento- da lugar a la proliferación de los documentos de identificación, a modo de los actuales pasaportes. En una primera fase, aparecen los visados, como documentos de viaje, que se daban por la autoridad del país de origen⁴⁴. Posteriormente, se propaga la institucionalización y nacionalización, como medio de control nacional, por parte del Estado, de los documentos de identificación como elemento del control de inmigración⁴⁵. Comienza así a surgir la distinción entre nacionales y extranjeros, distinción que se extiende a países, como Italia, Francia o Alemania, que recogerán esa nacionalización de la cuestión migratoria. En el trascurso de la I Guerra Mundial se impone de nuevo el control de pasaportes, en un primer momento de manera temporal y luego de forma permanente, que dará paso a una nueva fase reguladora dentro del marco normativo que afecta a la inmigración, en general, y a la que se produce en situación de irregularidad, en particular.

II. Evolución normativa desde el inicio del siglo XX. Fase reguladora

1. Avances normativos en el período de entreguerras, la Sociedad de Naciones

Con el fin de la I Guerra Mundial comienza una segunda fase en la distinción que venimos haciendo en la evolución normativa de la migración irregular. Es una

⁴³ Así diferentes normativas nacionales del siglo XIX reconocen los derechos civiles de todo ciudadano al extranjero, como el Código Civil italiano de 1865, en Inglaterra bajo diferentes normativas como el Estatuto de 1844 posteriormente ampliado en derechos para los extranjeros en 1870 o los países americanos que en algún caso, como Argentina, concedía más derechos a los inmigrantes con el fin de atraerlos.

⁴⁴ TORPEY, John, *The Invention of the Passport Surveillance, Citizenship and State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pág. 53.

⁴⁵ Así ocurre con la ley de inmigración estadounidense, Immigration Act de 1891.

nueva etapa que supone la regulación internacional específica de la cuestión migratoria.

Esta nueva fase reguladora se inicia a principios de siglo XX, concretamente en 1919 con la firma del Tratado de Versalles⁴⁶ que pone fin a la I Guerra Mundial y pretende ser el comienzo de una nueva etapa mundial en paz con la creación de la Sociedad de Naciones. El Tratado de Versalles supone además un importante punto de inflexión en cuanto que implica el comienzo de una preocupación, que desde entonces será constante en esta Organización internacional y su sucesora -la ONU-, acerca de la situación de los trabajadores migratorios. Asimismo constituye un primer intento de creación de una Organización mundial de Estados, con el espíritu que ello implica.

Sin embargo, los esfuerzos a nivel internacional chocan con la idea de control de fronteras, que se ha ido haciendo cada vez más fuerte en el Estado-nación. Para la formación del Estado-nación es fundamental la separación del ciudadano del extranjero, pues por medio de ello determina a quién protege y de qué, por tanto uno de los objetivos centrales del Estado será identificar al individuo. De este modo, tras la I Guerra Mundial termina el *laissez-faire* en migración y comienzan las restricciones, cada vez más rígidas, de los movimientos migratorios⁴⁷. Ello supone que, a pesar de los intentos, sobre todo de la OIT⁴⁸, se limitara con más rotundidad la entrada de personas extranjeras, se limitaran sus derechos y se mantuviera y alentara la idea de homogeneidad étnica que conllevará la noción de nacionalismo y de radicalismo de éste, que, entre otras consecuencias que también hoy podemos percibir, concluyó en la II Guerra Mundial. Esa idea de homogeneidad también se ha reflejado en el nuevo racismo y la xenofobia, que ha fundamentado subrepticamente

⁴⁶ Firmado el 28 de junio de 1919, tras el final de la I Guerra mundial y compuesto de catorce partes, supone la creación de la Sociedad de Naciones, así como de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT).

⁴⁷ Como recoge Torpey, en referencia a diferentes normas de Estados Unidos que establecen la rigidez de barreras, determinando el control de entrada y promoviendo la burocratización del mismo. TORPEY, op.cit., pág. 117.

⁴⁸ Cabe destacar su labor normativa en la que incide sobre el reconocimiento de derechos a los trabajadores migratorios: el *Convenio sobre la inspección de los emigrantes* y el *Convenio de la repatriación de la gente de mar*, ambos de 1926; el *Convenio sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes* de 1935; y el *Convenio sobre trabajadores migrantes* de 1939, revisado por el Convenio de 1 de julio de 1949 (revisado a su vez en 1967).

las políticas más restrictivas de cierre de fronteras y de negación de derechos a los migrantes.

Con anterioridad a 1919, existían convenios relativos a cuestiones laborales, que afectaban a cuestiones migratorias -tales como el reclutamiento por “carta de trabajo”-, sin embargo lo que supone el Tratado de Versalles es la internacionalización de esta preocupación por los asuntos laborales, hasta tal punto que el Tratado no sólo crea la primera Organización internacional de carácter mundial, la Sociedad de Naciones, sino también la gran Organización internacional en temas laborales, la OIT.

Estos primeros avances y confrontaciones en el plano normativo se reflejan asimismo en el plano académico -como ocurre en las primeras sesiones del Institut International de Droit Public-. En su primera sesión de 1927, M. Gaston Jèze presenta un informe acerca de las libertades individuales, en el que defiende la existencia de las mismas pero delimitándolas bajo el respeto al orden público. De tal modo, las libertades nunca son absolutas, siempre tienen el límite de la vida en sociedad, limitaciones que pueden desembocar en una restricción enorme de libertades, con el fin de mantener el orden público. El problema que plantea Jèze es la discrecionalidad de estas exigencias y cómo los individuos pueden defenderse ante la misma⁴⁹. Resulta interesante la discusión del informe, en la sesión de 1928, en la que el debate se centra en qué es una libertad. Ahí encontramos la siguiente opinión, muy acertada, opuesta al informe por parte de M. Duguit:

“il existe, affirme-t-il, des règles supérieures aux gouvernements; certes, les gouvernants sont les plus forts. Mais c’est le rôle du juriste d’établir des règles de droit qui s’imposent à eux”.

Duguit responde a Jèze acerca del criterio para distinguir lo justo de lo injusto que:

“pour lui, la liberté est le pouvoir de l’individu de développer son activité physique, intellectuelle et morale dans le milieu où il se trouve. Le législateur ne doit rien faire qui restreigne ce pouvoir et doit le protéger contre toute atteinte. Définir

⁴⁹ Institut International de Droit Public, *Annuaire de l’Institut International de Droit Public*, Paris, Les Presses Universitaires de France, 1929, pp. 162-186.

précisément la liberté ainsi entendue est certes chose difficile, mais non impossible. L'étude des faits sociaux permet d'établir des règles de droit supérieures au législateur. C'est au juriste qu'il incombe de le faire: car il doit être un directeur de conscience".

Jèze responde, en su defensa, que se mantiene la certeza de que la libertad individual nunca puede ser ilimitada y que el límite del orden público es, sin duda, algo imposible de definir de manera precisa, dado que nadie refuta ambas ideas propuestas⁵⁰.

Así comienzan discusiones profundas acerca de los derechos y libertades, discusiones que en mayor o menor medida darían como fruto años más tarde la Declaración Universal de Derechos Humanos.

2. Primeros pasos de la Organización de las Naciones Unidas

Una vez terminada la II Guerra Mundial, la intención de los Estados fue asegurar la paz mundial, de nuevo, y el reconocimiento de la dignidad e igualdad de las personas, dados la caótica situación mundial y el temor a los regímenes autoritarios y dictatoriales que asolaron diferentes puntos del planeta⁵¹. Y con tales fines, entre otros, se creó la Organización de las Naciones Unidas -en adelante ONU o Naciones Unidas-. Algunos países y organizaciones internacionales solicitaron que la Carta de las Naciones Unidas recogiera una declaración de derechos humanos⁵²; declaración que, sin embargo, tardaría tres años más en ver la luz, fuera de la Carta fundacional.

La aparición de la ONU supone una nueva etapa en cuanto a la regulación de algo asimilable a un estatuto jurídico del extranjero. Los principios fundamentales de la ONU y sus fines, brevemente mencionados, suponen otro punto de inflexión en la consideración del ser humano y la internacionalización del reconocimiento y

⁵⁰ Institut International de Droit Public, op.cit., pp.202-211.

⁵¹ Carta de las Naciones Unidas, firmada el 26 de junio 1945 en San Francisco, entró en vigor el 24 de octubre de 1945, de conformidad con el artículo 110 de la Carta. El capítulo I recoge los propósitos y principios de la Organización.

⁵² ALFREDSSON; EIDE, op. cit., pág. xxvii y ss.

protección de sus derechos⁵³, que por tanto salen del dominio reservado de la soberanía estatal para pasar a ser preocupación y responsabilidad de todas las naciones. Parece así predominar una tendencia global a mejorar el contexto jurídico que protege a los extranjeros, fortaleciéndose una visión internacionalista del mismo; tendencia esta que irá, como veremos en la evolución normativa producida a lo largo del siglo XX, encontrándose con los argumentos sempiternos estatales que apuntábamos más arriba.

En esta labor de las Naciones Unidas podemos diferenciar asimismo varias etapas, como veremos a continuación, caracterizadas por determinados pasos relevantes en el reconocimiento del migrante en situación irregular como sujeto de derechos humanos.

Las migraciones han sido desde el origen de la Organización una constante preocupación y así lo constatan las Resoluciones de la Asamblea General (AG) y del Consejo Económico y Social (ECOSOC) desde sus primeros años de funcionamiento. De especial relevancia son las Resoluciones del 10 de agosto de 1948 del ECOSOC⁵⁴ de su séptimo período de sesiones, porque en ellas establece una distribución de funciones de algunos órganos de la ONU respecto a este tema (en la Resolución A) y realiza algunas precisiones al respecto. En estas Resoluciones se decide que la Comisión de Población “emprenda estudios sobre los aspectos demográficos de la migración, sobre las relaciones entre los factores demográficos,

⁵³ La Carta recoge entre sus propósitos “[r]ealizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”, por tanto ya adelanta la importancia de la cuestión de los derechos humanos en la labor de la Organización y parte del principio de no discriminación.

Al respecto de este principio de no discriminación, resulta lógico pensar como Madra que “[a]lthough the non-discrimination clause does not expressly refer to the dichotomy of nationals and aliens, the alien may expect respect for his human rights and fundamental freedoms”. MADRA, Ömer, *Migrant Workers and International Law*, Ankara, Sevinç Matbaasi, 1986, pág. 35

⁵⁴ Documento E/983 del ECOSOC, Resoluciones 156 (VII) A y B del 10 de agosto de 1948. Aunque encontramos una Resolución anterior del ECOSOC respecto a la migración (Resolución del 29 de marzo de 1947 (documento E/403). 42 (IV)) y otra respecto a la trata (Resolución del 29 de marzo de 1947 (documento E/412). 43 (IV)), en ellas el Consejo únicamente pide o invita a examinar ambas cuestiones y, en el caso de la trata, pide al Secretario General que adopte las medidas necesarias para “traspasar a las Naciones Unidas las funciones anteriormente ejercidas por la Sociedad de Naciones, de conformidad con los convenios de 30 de septiembre de 1921 y 11 de octubre de 1933, relativos a la represión de la trata de mujeres y niños”. Sin embargo consideramos que las Resoluciones de 1948 suponen el primer paso estableciendo distribución clara de funciones y asignación inmediata de tareas.

económicos y sociales en materia de migración”, entre otras funciones; y que la Comisión de Asuntos Sociales prepare estudios y asesore al Consejo sobre el aspecto social de la migración.

A finales de ese mismo año, 1948, se adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵⁵ que confirma el reconocimiento de la igualdad en derechos de todos los seres humanos. Aunque no vamos a detenernos en el proceso de adopción de la DUDH, nos parece imprescindible destacar algunos aspectos. Por un lado, la Comisión de Derechos Humanos, presidida por Eleanor Roosevelt, tuvo que salvar las distancias de visiones muy diferentes al respecto, desde posiciones más liberales hasta otras más conservadoras -reto que puede ser considerado superado con gran éxito dada la importancia de la Declaración en la comunidad internacional y, sobre todo, en la política, que superó divergencias que en un principio parecían insalvables-. Por otro lado, a pesar de las diferentes tendencias, la cualificación de algunos de los componentes de la Comisión permitió la redacción de un texto innovador y progresista -como ejemplo, la participación de René Cassin supuso un apoyo considerable a los derechos económicos y sociales que daría lugar a su inclusión en el texto⁵⁶-.

Ha de recordarse que la DUDH es una Resolución de la Asamblea General y, por tanto, no una norma en sentido estricto; sin embargo, nace con una clara vocación normativa. En palabras del profesor Carrillo Salcedo estas resoluciones de la Asamblea son “jalones normativos de un proceso de creación y elaboración del Derecho internacional por etapas”, cuyo valor jurídico dependerá de la aceptación en la práctica de los Estados. Esa aceptación en el caso de la DUDH es clara por su desarrollo -ya sí normativo- por los Pactos de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales de 1966 -que más adelante mencionamos-, y por estar situadas entre los procedimientos tradicionales de positivación del Derecho internacional; estos procedimientos son los acuerdos entre Estados

⁵⁵ Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

⁵⁶ Con preceptos tan emblemáticos como el artículo 25 de la DUDH, que establece en su primer apartado el deber del Estado de garantizar a toda persona un nivel de vida adecuado “que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”, entre otros derechos recogidos en el resto del precepto.

soberanos -tratados y costumbre- y la práctica generalmente aceptada como Derecho por los Estados⁵⁷.

En otros términos, Pastor Ridruejo, declara que “la Declaración no es *per se* obligatoria para los Estados miembros de las Naciones Unidas. Pese a ello cabe decir que su peso político-jurídico y su significado moral son grandes”. Y más adelante se suma a la opinión del profesor Truyol: “la Declaración es indudablemente la expresión de la conciencia jurídica de la humanidad”⁵⁸. La profesora Escobar, por su parte, constata que, junto a la “función moralizadora” y promotora de los consiguientes textos normativos, la DUDH posee una cierta oponibilidad a los Estados “a pesar de su formal falta de fuerza jurídica obligatoria”. Esa matización de su oponibilidad viene de una “transformación parcial en normas consuetudinarias”. Escobar, apoyándose en los argumentos de Nikken, recuerda que sólo una parte de los derechos recogidos en la Declaración son exigibles, puesto que la Declaración en sí misma no se encontraría incorporada al Derecho internacional consuetudinario. Si esto fuera así, en palabras de Nikken, “habría que colegir que toda violación a cualquiera de los derechos por ella proclamados sería directamente una violación del Derecho internacional: afirmación ésta que no es sostenible”⁵⁹.

⁵⁷ CARRILLO SALCEDO, op. cit., p.130 y ss.

⁵⁸ PASTOR RIDRUEJO, op.cit., pp. 202 y 203.

⁵⁹ Entendemos que esta argumentación proviene principalmente de la naturaleza de la Declaración como Resolución de la AG, de otro modo no conseguiríamos compartir en modo alguno tal afirmación: ¿por qué una violación de un derecho humano no puede ser una violación del Derecho internacional? En este sentido, cabe recordar la polémica entre los profesores Carrillo Salcedo y Díez de Velasco. El primero declaraba que en “el examen de los derechos humanos en el ámbito de las Naciones Unidas sorprende que el profesor Díez de Velasco siga haciendo, en 1991, afirmaciones conservadoras acerca del valor de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, puesto que el Díez de Velasco hablaba de que la “importancia [de la DUDH] radica no tanto en su valor obligatorio, que no lo tiene, sino en el moral, y más aún en su enorme impacto sobre las Constituciones de la postguerra y en la opinión pública mundial”. A ello, Carrillo respondía, citando a Jiménez de Aréchaga, que “una resolución de la AG que claramente es de *lege ferenda* puede, por último, servir de punto de partida para que, posteriormente, y ajustándose a ella, la práctica de los Estados transforme la resolución en una norma de Derecho internacional consuetudinario” y que “dichas resoluciones de la Asamblea no crean Derecho, pero pueden probar su existencia”, citando ahora a Jorge Castañeda. Carrillo Salcedo, Juan Antonio, «Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos», en AA.VV., *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, pp. 167-178.

En el texto referido, prosigue Escobar con la constatación de que la DUDH puede ser considerada “como el paradigma material que permite evaluar, a falta de una norma convencional más específica, la adecuación del comportamiento de los Estados al estándar mínimo internacional en materia de derechos humanos”. ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, «La promoción y protección de los

Si tal es la discusión en la doctrina, más clara, a nuestro parecer, es la jurisprudencia. Cabe destacar la jurisprudencia de la CIJ, así en el caso Namibia invoca la DUDH como creadora de obligaciones para Sudáfrica: “the two basic international instruments directly imposing obligations upon South Africa, the Mandate and the Charter of the United Nations, as well as to the Universal Declaration of Human Rights”⁶⁰. Asimismo la aceptación de la DUDH en el Derecho español viene confirmada por su referencia expresa en el articulado constitucional, artículo 10.2 de la CE.

La DUDH va más lejos y recoge derechos nunca antes amparados por una norma, como es el caso del artículo 13, que especialmente nos interesa y al que nos dedicaremos seguidamente. Se reconoce por primera vez la protección de algunos derechos humanos que se habían visto reflejados hasta el momento de forma ambigua o dispersa. Entre ellos, además de la igualdad en dignidad y derechos de toda persona, por tanto con independencia de su situación administrativa regular o irregular, hemos de destacar el reconocimiento expreso del derecho de toda persona a buscar y disfrutar de asilo en cualquier país en caso de persecución⁶¹. Y, finalmente, junto con la fuerza del artículo 1 de la DUDH que declara que “[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, ha de defenderse el principio de no discriminación de un modo amplio, sin entender que la omisión de la nacionalidad como criterio de discriminación signifique su exclusión, sino más bien, como indica Lillich, como una lista que en modo alguno pretende ser

derechos humanos», en DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Las organizaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 2007, pág. 288.

Cabe concluir esta discusión con lo declarado por la CIJ, que apuntó el valor jurídico de la DUDH como *expresión de principios generales de Derecho* sobre los que existe aceptación general, Asunto Barcelona Traction (Belgium v. Spain), CIJ, Reports, 1970, sentencia de 5 de febrero 1970, parágrafo 34. A lo que el Instituto de Derecho Internacional añadiría años más tarde: “los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana. La obligación de los Estados de asegurar su respeto se desprende del propio reconocimiento de esta dignidad que ya proclaman la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos”, artículo primero de la Resolución de 13 de septiembre de 1989, del Instituto de Derecho Internacional, Santiago de Compostela.

⁶⁰ Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16. Parágrafo 92, pág. 46.

⁶¹ Artículo 14 de la DUDH, que vendrá a definirse con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951.

taxativa⁶². De este modo, únicamente los artículos 13.2 y 21 -sobre derechos políticos- son restringidos, de manera que sólo pueden hacerse efectivos en el país del que una persona es nacional.

2.1. Artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos

Sin duda, el artículo que merece nuestra especial atención es el artículo 13 de la Declaración que establece que:

- “1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.
2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país”⁶³.

⁶² LILLICH, op. cit., pág. 43.

⁶³ Compárese con los preceptos de los convenios de derechos humanos de carácter regional:

“Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.
4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.
5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.
6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.
7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.
8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.
9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros”.

De la CAMDH, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), 22 de noviembre de 1969, Serie Tratados OEA núm. 36, entrada en vigor 18 de julio de 1978.

“Artículo 12

1. Todo individuo tendrá derecho a la libertad de tránsito y de residencia dentro de las fronteras de un Estado, siempre que se atenga a la ley.

La libertad de circulación es así recogida por primera vez en un texto de carácter universal, si bien esta libertad o derecho a emigrar era reconocido hasta el momento como un derecho natural -tal y como hemos apreciado en nuestro recorrido histórico-, no es hasta este momento que se plasma por escrito con espíritu normativo⁶⁴.

Este artículo recoge cuatro derechos y libertades: un derecho de movimiento dentro de las fronteras de un Estado, “libertad de movimiento”; un derecho de residencia dentro de esas fronteras, “libertad de residencia”; un derecho de abandonar cualquier país, incluido el propio, “derecho de salida” o “derecho a emigrar”; y un derecho de retorno al país propio, “derecho de entrada” o “derecho a inmigrar”⁶⁵, aunque sería más bien un “derecho de retorno”, puesto que el derecho a

2. Todo individuo tendrá derecho a salir de cualquier país, incluido el suyo, y a retornar a su propio país. Este derecho sólo está sujeto a las restricciones estipuladas por la ley para la protección de la seguridad nacional, la ley y el orden, la salud pública o la moral.

3. Todo individuo tendrá derecho, cuando esté perseguido, a buscar y obtener asilo en otros países de conformidad con las leyes de esos países y los convenios internacionales.

4. Un extranjero legalmente admitido en un territorio de un Estado firmante de la presente Carta, sólo puede ser expulsado de él en virtud de una decisión tomada de conformidad con la ley.

5. La expulsión masiva de extranjeros estará prohibida. Expulsión masiva será aquella dirigida a un grupo nacional, racial, étnico o religioso”.

De la CAfDH, Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul), 27 de julio de 1981, documento de la OUA CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 [1982], entró en vigencia el 21 de octubre de 1986.

Artículo 2 del Protocolo 4 del CEDH:

“Libertad de circulación

1. Toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por él y a elegir libremente su residencia.

2. Toda persona es libre de abandonar cualquier país, incluido el suyo.

3. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros.

4. Los derechos reconocidos en el párrafo 1 podrán igualmente, en ciertas zonas determinadas, ser objeto de restricciones que, previstas por la ley, estén justificadas por el interés público en una sociedad democrática”.

Véase también el artículo 5 de la CEDR y el artículo 10 de la CDN.

⁶⁴ En relación con la libertad de circulación, es imprescindible el Documento de trabajo de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, sobre el derecho a la libertad de circulación y cuestiones conexas, E.CN.4/Sub.2/1997/22, 29 de julio de 1997.

⁶⁵ GRAHL-MADSEN, Atle; MELANDER, Göran; RING, Rolf, «Article 13», en ALFREDSSON; EIDE, op. cit., pág. 265.

inmigrar es un derecho cuya inclusión es discutida tanto por la doctrina como por los Estados.

Las dos primeras libertades, “derecho a circular libremente” y el derecho a “elegir su residencia”, lo serán de toda persona, tal y como establece la DUDH, esto es, incluyendo a extranjeros nacionales de otros países y apátridas. Lo que quedará al arbitrio del Estado es la admisión de la persona en su territorio, es decir, la definición de qué entrada y estancia es conforme a la ley. En todo caso el sentido de la Declaración es que una vez la persona se encuentra en el territorio de un Estado posee las libertades de movimiento y de residencia, sin discriminar, a nuestro entender y a tenor de la redacción del precepto, al migrante en situación irregular.

Entendemos, obviamente, que la libertad de residencia tiene los límites lógicos de la propiedad privada de otra persona, las zonas de seguridad militares e incluso aquellas áreas que puedan generar un conflicto con la protección del medioambiente. Algunos autores plantean la cuestión de si esta libertad de elección de residencia se extiende a los territorios en los que el Estado es internacionalmente responsable⁶⁶.

El tercer derecho que recoge el artículo 13 es el “derecho a salir de cualquier país, incluso el propio”. El derecho a emigrar fue adoptado bajo controversia, en el momento histórico de los dos bloques. Éstos paradójicamente propugnaron la denegación de salida, en el caso del bloque “comunista”, y la denegación de entrada, en el caso del bloque “capitalista”. Somos conscientes de esta generalización -de ahí el entrecomillado-, sin embargo no es banal hacer referencia a ello pues la paradoja proviene de que, sobre todo desde el segundo bloque, se produjo una crítica fuerte a la prohibición de salida mientras en sus territorios se denegaba la entrada con cada vez mayor rigor. Por ello, entendemos que más que una discusión de bloques era, y es en la actualidad, una discusión que pone de manifiesto la falta de consenso en reconocer y proteger por todos países de mutuo acuerdo las dos caras de este derecho: un derecho de entrada y un derecho de salida, en definitiva, dos conceptos interconectados en un derecho a migrar o *ius migrandi*.

⁶⁶ Así lo exponen Grahl-Madsen, Melander y Ring en GRAHL-MADSEN; MELANDER; RING, en ALFREDSSON; EIDE, op.cit., pág. 272.

Este derecho se da cualquiera que sea la duración de la estancia e implica unas obligaciones para el Estado de residencia y el Estado de nacionalidad. El primero, el Estado de residencia, sea cual fuere, está obligado a no interferir en la libertad de salida. El segundo, el Estado de nacionalidad, tiene la obligación de asegurar la posibilidad efectiva de emigrar facilitando los documentos de viaje necesarios. La única limitación vendrá determinada, lógicamente, por cuestiones criminales pendientes.

El derecho de retorno, cuarto derecho contenido en el precepto, tiene sentido principalmente para aquellos que tuvieron que vivir en el exilio, esa idea es el punto de partida de su reconocimiento. El problema, así al menos ha sido percibido por los Estados, se plantea cuando es un grupo de individuos el que pretende retornar. También encontramos dificultades, más bien efectos secundarios del ejercicio de este derecho, en el caso de “desnacionalización” de personas, con base por ejemplo en motivos raciales o políticos, al dejar el país voluntaria o involuntariamente o mientras residen fuera, como pudiera ser el caso de refugiados. En todo caso, estas son cuestiones que abordaremos más adelante.

Queda, por último, la cuestión del derecho de entrada. Existe un derecho de salida y un derecho de retorno. Sin embargo, en cuanto al derecho de entrada, o de inmigrar, se limita por cuanto no toda persona puede viajar de manera libre donde desee. Aunque no puede tener impedido de modo alguno su derecho a salir del país en que se encuentre, la facultad para permitir la entrada queda al arbitrio del país al cual se dirija. Sin embargo, existe en el Derecho internacional una limitación a este arbitrio que sería lo más cercano a admitir un derecho de entrada: el principio de *non refoulement*. Aunque los Estados tengan la prerrogativa final de decidir quién es admitido o no en su territorio, el carácter imperativo de este principio además del principio general de *pacta sunt servanda* les obliga a respetar los tratados y, concretamente el artículo 33 de la Convención sobre los refugiados de 1951:

“Artículo 33. -- Prohibición de expulsión y de devolución ("refoulement")

1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su

raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”.

Como vemos existe una excepción a esa prohibición de expulsión, pero la esencia del derecho al asilo se fundamenta en el principio de prohibición de expulsión. Y a pesar de la descontextualización histórica del texto, no olvidemos que habla en términos de la posguerra de las dos Guerras Mundiales, la gran mayoría de países han ratificado el texto y lo tienen presente en la teoría y, algo menos, en la práctica. En sentido muy próximo se manifiestan los artículos 22.8 de la CAMDH, 12.3 de la CAfDH o 18 de la CDF⁶⁷.

Respecto al concepto de libertad de circulación recogido en la DUDH podemos apreciar dos interpretaciones dispares: una primera, más restrictiva y extendida por ser la aceptada por los Estados, recuerda que el artículo 13 no habla en ningún momento de entrada en un país⁶⁸, aunque toda persona tenga derecho a salir de cualquier Estado, y por tanto esta posición legitima las restricciones impuestas por

⁶⁷ Supra nota 63, para CAMDH y CAfDH. La CDF declara en su artículo 18:

“Derecho de asilo

Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado de la Unión Europea y con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo denominados «los Tratados»)”.

Y el artículo 19 recoge la:

“Protección en caso de devolución, expulsión y extradición

1. Se prohíben las expulsiones colectivas.

2. Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, DOUE 2010/C 83/02 de 30 de marzo de 2010.

⁶⁸ STC 94/1993, F.J.4º, de 22 de marzo, Sala 1ª, Ponente: Sr. De la Vega Benayas: “La libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art.10.1 CE y STC 107/1984, FJ 3º), ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano...”.

los Estados⁶⁹; una segunda, más amplia en su análisis, pero minoritaria, interpreta el artículo literalmente y determina que la DUDH no establece en ningún momento la prohibición de entrada en un país, y por ende al determinar el “derecho a salir de cualquier país”⁷⁰, y entendiendo que una persona cuando se marcha de su lugar de origen no permanece en aguas internacionales, o sea, no permanece en la nada, en el limbo, por lo que se presupondría un derecho a entrar en otro país, aun siendo sólo el derecho a solicitar su entrada o como tránsito hacia otro país de destino⁷¹. Además, según esta opinión, si fuera de otra manera, hablaríamos de limitaciones a la circulación y no de “libertad de circulación”, puesto que los tratados internacionales y la DUDH ofrecen un marco de protección a “derechos supraestatales a los que los Estados están vinculados y subordinados”⁷², es decir, según esta segunda teoría, ciertos derechos, que Ferrajoli considera “supraestatales” porque están por encima de los Estados, siguen siendo individuales, pero vinculan a los países por el hecho de plasmarse en el Derecho internacional. Naturalmente, esto entra en confrontación con la soberanía de los Estados, que no permite que el Derecho internacional obstaculice o intervenga en aquello que les compete. Por lo que debería entenderse como un derecho que precisa de la condescendencia del Estado, esto es, una persona tienen derecho a solicitar la entrada donde quiera, cosa distinta será que el Estado acepte dicha entrada.

Visto el contenido del artículo 13 de la DUDH, es destacable que el derecho a emigrar se ve amparado así por primera vez en una norma de carácter universal y dará lugar a un posterior desarrollo de su contenido, así como a una paralela y progresiva limitación por parte de los Estados.

⁶⁹ Siempre respetando el derecho de solicitud de asilo y refugio, que establece el artículo 14.1 de la DUDH y lo referido respecto al principio de *non refoulement*.

⁷⁰ “Borders should generally be open and that people should normally be free to leave their country of origin and settle in another”. “Citizenship on Western liberal democracies is the modern equivalent of feudal privilege –an inherited status that greatly enhances one’s life chances. Like feudal birthright privileges, restrictive citizenship is hard to justify when one thinks about it closely”. CARENS, Joseph H., «Aliens and Citizens: The Case for Open Borders», en KYMLICKA, W., *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 331-332.

⁷¹ Cfr. GRAHL-MADSEN; MELANDER; RING, en ALFREDSSON; EIDE, op. cit., pp. 276-277, según estos autores “It has been said that the right to enter a foreign country is a logical corollary of the right to leave one’s own country, yet only the latter, perhaps rightfully, has been considered a human right”. “What comes closest to a right of entry is the protection offered by the rule of *non-refoulement*”. Véase artículo 33 de la Convención del refugiado, de 1951, recogido arriba.

⁷² FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pág. 55.

Si bien es cierto que no existe un consenso universal acerca de los derechos humanos⁷³, es indudable a su vez el valor histórico, humano, político y jurídico que la DUDH posee cuando cumple 60 años de su aprobación mientras escribimos esta tesis. No sólo ha influido en el desarrollo de políticas y legislaciones acordes con el espíritu de los derechos humanos, sino también en decisiones judiciales o en mecanismos de protección de los derechos humanos, y ello en parte por el hecho de no estar abierta a la firma o ratificación por los Estados, lo que permite su aplicación universal y la negación de argumentos de carácter interno para justificar su incumplimiento⁷⁴. Su aprobación como declaración y no como convención se debe fundamentalmente a una cuestión estratégica: cuanto más factible fuera su consideración como texto vinculante, menor iba a ser su contenido⁷⁵. Lo que no impide en absoluto su valor jurídico, discutido por parte de la doctrina, como derecho consuetudinario de acuerdo al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁷⁶ -idea con la que concordamos y defendida por autores como Eide, Alfredsson o Carrillo Salcedo-; o, incluso yendo más allá, como fuente del Derecho⁷⁷.

⁷³ Las divergencias son amplias con las teorías posmodernistas, que parten de la diferencia cultural como premisa -así las teorías islamistas o las de origen asiático- o la misma se convierte en argumento -como es el caso de las teorías relativistas que cuestionan el eurocentrismo u occidental-centrismo de la teoría de los derechos humanos-. En todo caso, a pesar de ser un debate interesante, queda fuera de nuestro objeto de estudio.

⁷⁴ ALFREDSSON; EIDE, op. cit., pág. xxxi.

⁷⁵ SAMNØY, Åshild, «The Origins of the Universal Declaration of Human Rights», en ALFREDSSON; EIDE, op. cit., pág. 10.

⁷⁶ El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es parte integrante de la Carta de Naciones Unidas. El artículo 38 del Estatuto de la CIJ establece que “1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: [...] b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”.

⁷⁷ Alfredsson y Eide recogen la defensa por parte de algunos autores del valor como fuente de Derecho de la Declaración con base en el mismo artículo 38. ALFREDSSON; EIDE, op.cit., pág. xxxi. Aunque los editores y autores de esta obra sobre la DUDH dejan claro que no pretenden una defensa de la Declaración como derecho consuetudinario, amparan en ocasiones esta tesis.

Reiterando el valor normativo de la DUDH, recogemos de nuevo la sentencia de la CIJ en el caso Namibia, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16, supra nota 59 y otra reconocida sentencia del mismo tribunal que recoge los principios de la Carta de Naciones Unidas y de la DUDH para manifestar la clara incompatibilidad de la restricción de libertad con los mismos, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I. C. J. Reports 1980, p. 3, parágrafo 91.

2.2. Ponderando los derechos humanos y los intereses estatales

Tras la II Guerra Mundial, el problema de las personas que buscaban refugio en lugares distintos al de origen llevó a la ONU a crear sucesivas agencias especializadas en la cuestión del refugio y culminó con un tratado, entre diversos textos normativos y actuaciones, de especial importancia: la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951⁷⁸.

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados nos merece una breve referencia por las obligaciones que ha impuesto a los Estados respecto de las personas refugiadas⁷⁹. La Convención parte directamente del contenido del artículo 14 de la DUDH para ofrecer protección a aquellas personas que por diversos motivos precisen de buscar refugio fuera del país en el que son perseguidas⁸⁰.

La Convención se destina a un determinado grupo de personas, bajo el requisito de no ser nacionales del país en el que están acogidas⁸¹, y su importancia descansa, a nuestro parecer, en el reconocimiento de que una persona puede tener motivos fundados para salir de su propio país y el estatuto de protección que se desarrolla en torno a esta concepción -como, por ejemplo, la prohibición de expulsión o principio de *non refoulement* y la obligación del Estado de emitir

⁷⁸ Adoptada el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el estatuto de los refugiados y de los apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), de 14 de diciembre de 1950. Entró en vigor el 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43 de la Convención.

⁷⁹ La interrelación del concepto de refugiado y solicitante de asilo con migrante en situación irregular será estudiada más adelante, aquí haremos referencia al aporte de la Convención respecto de la evolución del concepto que venimos analizando. Véase sobre la aproximación a estos conceptos y su tratamiento normativo, entre otros: FERNÁNDEZ SOLA, N., «Distintas aproximaciones de la Unión Europea al fenómeno de la inmigración. Variedad tipológica de inmigrantes en la Unión Europea», en FERNÁNDEZ SOLA, Natividad; CALVO GARCÍA, Manuel (eds.), *Inmigración y Derechos*, (II Jornadas de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Universidad de Zaragoza), Zaragoza, Mira, 2001, pp. 125-146; MARTÍN ARRIBAS, Juan José, *Los Estados europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo*, Madrid, Dykinson, 2000, 346 p..

⁸⁰ Artículo 14: “1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.

2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”.

⁸¹ Artículo 1.E de la Convención: “Esta Convención no será aplicable a las personas a quienes las autoridades competentes del país donde hayan fijado su residencia reconozcan los derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país”.

documentos de viaje que permitan la salida del territorio del país⁸²-. Aunque pueda resultar obvio que al ser reconocida como refugiada una persona, ésta deja de estar en situación de irregularidad, la Convención va más allá y plantea la cuestión, fundamental para nuestro estudio, del caso de aquellos que entraron irregularmente en el territorio de un Estado -parte de la Convención- y que pueden acogerse, por sus especiales circunstancias, al estatuto de refugiado. En este supuesto la Convención da un paso trascendente al prohibir expresamente la imposición de sanciones penales, siempre y cuando la persona justifique su situación⁸³. Consideramos en todo caso que tal protección transitoria del migrante en situación irregular deja fuera algunos supuestos que, entendemos, debieran ser amparados por el estatuto de refugiado. Afortunadamente la tendencia es la de ampliar el contenido del mismo, como tendremos ocasión de corroborar cuando analicemos situaciones de especial vulnerabilidad coincidentes con la propiamente frágil situación del migrante en situación irregular.

En palabras prácticamente idénticas se manifiesta la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 28 de septiembre de 1954⁸⁴, cuyos Estados parte deberán aportar documentos de identidad y documentos de viaje en los mismos términos en que obligaba la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

Mientras estos textos veían la luz, la Comisión de Derecho Internacional⁸⁵ -en adelante CDI- intenta llenar el vacío, o más bien imposibilidad, de la Sociedad de

⁸² Artículos 33 y 28 de la Convención, respectivamente.

⁸³ “Artículo 31. -- Refugiados que se encuentren ilegalmente en el país de refugio.

1. Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales.

2. Los Estados Contratantes no aplicarán a tales refugiados otras restricciones de circulación que las necesarias; y tales restricciones se aplicarán únicamente hasta que se haya regularizado su situación en el país o hasta que el refugiado obtenga su admisión en otro país. Los Estados Contratantes concederán a tal refugiado un plazo razonable y todas las facilidades necesarias para obtener su admisión en otro país”.

⁸⁴ Adoptada el 28 de septiembre de 1954 por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 526 A (XVII), de 26 abril de 1954. Entró en vigor el 6 de junio de 1960, de conformidad con el artículo 39 de la Convención.

⁸⁵ La CDI fue creada el 21 de noviembre de 1947, por la Resolución 174 (II) de la AG, que establece la CDI y aprueba su estatuto. Surge como órgano subsidiario de la AG y es competente en cuanto a la

Naciones en regular la responsabilidad internacional de los Estados por daños a los extranjeros. La CDI desde su primera sesión en 1949 decidió abordar el tema, separando la responsabilidad de los Estados del tratamiento de los extranjeros, lo que a largo plazo ha acabado siendo un error puesto que el segundo tema sólo ha sido abordado recientemente y de manera más limitada⁸⁶. El único intento durante aquellas décadas de funcionamiento de la CDI en el siglo XX vino de parte de un jurista cubano, García Amador⁸⁷, quien fue en realidad nombrado como relator para el tema de la responsabilidad de los Estados. Su visión pionera ofrecía la idea de un emergente Derecho internacional de los derechos humanos aplicable tanto a nacionales como extranjeros y que subsumiría el tradicional estándar mínimo internacional. Su desvío de la tarea asignada, ampliándola a la responsabilidad de los Estados por daños a los extranjeros, no fue bien acogido y llevó a extensas discusiones hasta su sustitución que conllevó el abandono del tema, hasta el año 2000 cuando se abordará la cuestión de la expulsión de los extranjeros, como veremos más adelante.

Asimismo, entre los textos que han colaborado en el desarrollo de un concepto de migrante en situación irregular y su tratamiento, hemos de resaltar la Convención de Viena sobre relaciones consulares⁸⁸, de 1963, que supone un

codificación y el desarrollo progresivo del Derecho internacional, de acuerdo con el artículo 13.1 de la Carta de NU. Su primera sesión es en 1949, cuando se plantea ya un plan de trabajo a largo plazo en el que se propone incluir el tema del tratamiento a los extranjeros.

⁸⁶ *Official Records* de la AG, A/55/10, quincuagésimo-quinta sesión, suplemento n° 10, paras. 726-728 and 729 (4), del año 2000, en el que la CDI identifica el tema de la “expulsión de extranjeros” como tópico de su programa de trabajo a largo plazo.

Qué duda cabe que por la fecha en que se aborda por primera vez la cuestión de los extranjeros y por la especificidad del tema, justamente la expulsión, la perspectiva del mismo se verá, creemos, condicionada por la fuerte presión de los Estados. Aunque cabe pensar que la CDI dirija sus esfuerzos, todavía en desarrollo, hacia otros derroteros, ya que sus miembros no representan a sus gobiernos.

⁸⁷ Como Relator de la responsabilidad de los Estados produjo seis informes anuales, durante su período de trabajo de 1956 a 1961. LILLICH, op. cit. 49.

Su sucesor en el puesto, el italiano Roberto Ago, recibió el encargo de tratar el tema desde la perspectiva general de la responsabilidad del Estado, es decir, en su conjunto. La consecuencia de tal criterio de la CDI es que a fecha de hoy sólo un etéreo borrador de artículos, bajo el título *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, fue fruto de tantos años de trabajo por diferentes relatores. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II (Part Two), Resolución 56/83 de la AG, de 12 diciembre de 2001, y corregida por el documento A/56/49(Vol. I)/Corr.4.

⁸⁸ Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 24 de abril de 1963, adoptada el 22 de abril de ese mismo año por la Conferencia de Naciones Unidas sobre Relaciones Consulares, que entró en vigor el 19 de marzo de 1967.

importante paso en cuanto a la protección consular de los migrantes y así lo atestiguan diferentes sentencias internacionales fundamentadas en los derechos recogidos en esta Convención⁸⁹. Esta Convención obliga a los servicios consulares a prestar asistencia inmediata a los nacionales de su país y a asegurar los intereses de los mismos, asimismo establece una serie de garantías procesales. Todo ello ha llevado a una concepción del migrante, en general, y del migrante en situación irregular, en particular como persona sujeto de derechos con independencia de su condición de extranjero o, con más acierto, precisamente por su condición de no nacional del país en que se encuentra, que, inevitable y afortunadamente, supone un amparo por parte de las instituciones de su país de nacionalidad en el exterior.

2.3. Los Pactos Internacionales de 1966

Retomando la DUDH, ésta fue la antesala de los siete -aunque pudiera decirse que hoy día son nueve- tratados de derechos humanos, que pueden considerarse como el núcleo de protección de los mismos⁹⁰. La mayoría de las disposiciones de

⁸⁹ Cabe mencionar la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 27 de Junio de 2001, Núm.104, caso LaGrand, Alemania v. Estados Unidos de América.

Destacaremos otra sentencia más reciente del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ o CIJ), la sentencia de 31 de marzo de 2004, Núm. 128, caso Avena, México v. Estados Unidos de América. En esta importantísima sentencia, el TIJ concluye que Estados Unidos de América ha infringido las obligaciones que la Convención de Viena impone en cuanto a comunicación a los agentes consulares mexicanos de la detención de nacionales de México, a informarles a éstos de sus derechos, la obligación de facilitar la comunicación entre los oficiales consulares y los nacionales detenidos así como de facilitar que aquellos puedan arreglar la representación legal de éstos; entre otras violaciones que han tenido lugar según concluye la Corte.

También cabe destacar, respecto de la influencia de esta Convención, la Opinión Consultiva 16/99, de 1 de octubre de 1999, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, en la que la Corte se refiere al “derecho de información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, con base en la protección recogida en la Convención de Viena.

⁹⁰ Hay que matizar que hoy día pasarían de siete a nueve los tratados parte de ese núcleo al adoptarse la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de 20 de diciembre de 2006, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010, y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, que entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

Los siete tratados de derechos humanos que tradicionalmente han formado el núcleo son: Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 21 de diciembre de 1965 (en adelante CEDR); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966 (PIDCP); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 de diciembre

estos tratados garantizan los derechos en ellas recogidos a toda persona bajo jurisdicción del Estado en el cual se encuentra dicha persona con independencia de su situación administrativa. A pesar de que la regla general de estos textos es el reconocimiento de la igualdad y la prohibición de la discriminación en el reconocimiento de los derechos humanos en ellos incluidos, existen algunas excepciones a destacar⁹¹. Evidentemente estos tratados serán aplicables a los migrantes en situación irregular cuando estos se incluyan en su objeto, como por ejemplo la aplicación de la CDN a los menores migrantes.

La Comisión de Derechos Humanos reforzó el trabajo realizado con la DUDH auspiciando la elaboración de los dos Pactos de 1966, el PIDCP⁹² y el PIDESC⁹³, ampliamente ratificados por los Estados, aunque llevó más de nueve años su entrada en vigor. Y a ellos nos vamos a referir para destacar las limitaciones que arriba mencionábamos.

de 1966 (PIDESC); Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres, de 18 de diciembre de 1979 (CEDCM); Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 10 de diciembre de 1984 (CCT); Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989 (CDN); y Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, de 18 de diciembre de 1990 (CTM).

En realidad debiera hablarse, por un lado, de *Carta Internacional de Derechos Humanos* agrupando la DUDH, el PIDESC y el PIDCP junto con sus Protocolos Facultativos, como efectivamente defiende la doctrina; y, por otro lado, de un núcleo normativo protector de los derechos humanos, tal y como hemos mencionado arriba. La expresión de *Carta Internacional de Derechos Humanos* se encuentra referida ampliamente por la doctrina, entre otros C. Escobar o R. B. Lillich. ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, «La promoción y protección de los derechos humanos», en DIEZ DE VELASCO, op.cit., pág. 287. También LILLICH, op. cit., pág. 44-45.

⁹¹ No vamos a hacer un análisis exhaustivo de los derechos recogidos en todos estos tratados, pues ello nos llevaría más allá de nuestro propósito. Al respecto pueden consultarse manuales sobre Derecho internacional de los derechos humanos, entre ellos destacamos: ALSTON, Philip; CRAWFORD, James, *The Future of United Nations Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, XXXV, 563 p.; BAYEFISKY, Anne F. (ed.), *The UN Human Rights Treaty System in the 21st Century*, The Hague, Kluwer Law International, 2000, XX, 1116 p.; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, Carlos (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, ed. Diles S.L., 2003 (2ªed.) (1ªed. 2000), 681 p.; GÓMEZ ISA, Felipe (dir.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Deusto, 2003, 835 p. VILLÁN DURÁN, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Trotta, 2002 (1ªed.), 1028 p.

⁹² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por la Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, 16 de diciembre de 1966, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976. España ratificó el Pacto el 27 de abril de 1977, BOE núm. 103 de 30 de abril de 1977, entrando en vigor el 27 de julio del mismo año.

⁹³ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por la Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, 16 de diciembre de 1966, que entró en vigor el 3 de enero de 1976. España ratificó el Pacto el 27 de abril de 1977, BOE núm. 103 de 30 de abril de 1977, entrando en vigor el 27 de julio del mismo año.

Así el PIDCP limita la libertad de circulación y la libertad de elección de lugar de residencia a aquellas personas que se encuentren legalmente en el territorio de un Estado⁹⁴. Ello contrariando el sentido de la DUDH que establecía ambos derechos para toda persona con independencia de su situación administrativa. De este modo se viene a delimitar, lo que consistirá en práctica cada vez más habitual, la diferenciación en la titularidad de derechos humanos de acuerdo con la distinción entre “toda persona” y “aquellos que se encuentren legalmente”.

El PIDCP también limita las garantías del proceso de expulsión únicamente para los extranjeros que se hallen legalmente en el territorio de un Estado parte⁹⁵, lo que redundará en la diferenciación señalada, diferenciación que consideramos una brecha con el espíritu de los principios de Derecho internacional recogidos en nuestro recorrido histórico y con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963, respecto a las garantías que ofrece la asistencia consular.

El artículo 25⁹⁶ del mismo Pacto se restringe a los ciudadanos. No obstante, ello no impide el reconocimiento a las personas extranjeras y podrán disfrutar de los derechos políticos recogidos en el mismo los migrantes cuando así se les reconozca⁹⁷ -principalmente bajo el criterio de reciprocidad, aunque dudosamente serán reconocidos a aquellos que se encuentran en situación irregular-.

⁹⁴ Artículo 12.1 del PIDCP: “1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia”.

⁹⁵ Artículo 13 del PIDCP: “El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas”.

⁹⁶ “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

⁹⁷ Ejemplo de ello es la Convención Europea sobre la participación de los extranjeros en la vida pública en el ámbito local, del Consejo de Europa, 5 de febrero de 1992.

En cuanto al PIDESC, ha de matizarse su efecto, dadas la progresividad y la condicionalidad declaradas en su artículo 2, apartados 1 y 3 respectivamente⁹⁸. La primera característica, la progresividad, implica la idea de no obligación de los Estados a una inmediata garantía efectiva de los derechos recogidos en el Pacto, lo que no supone en absoluto la ausencia de obligación de respetarlos. La segunda característica, la condicionalidad, permite una garantía parcial de los derechos económicos del Pacto por parte del Estado en virtud de los recursos que disponga. Esta cláusula lleva sin duda a conclusiones divergentes con la propia finalidad del Pacto, puesto que permitirá un criterio económico como valedor de una posible posición no garantista de un Estado, algo, en nuestra opinión, indiscutiblemente rebatible por ser contrario dicho criterio al fin propio y esencia de los derechos humanos; así como admite la posible negación de derechos económicos mientras la posible negación de obligaciones económicas resultaría ilusoria, y faculta a los Estados a posiciones difícilmente sostenibles como la que dio el Estado español respecto a una queja presentada ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT⁹⁹.

⁹⁸ “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. [...]”

3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos”.

⁹⁹ Nuestro país respondía al pronunciamiento de este Comité respecto a la violación del Convenio número 87 de la OIT, en cuanto al derecho a “constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones”. Es destacable y sorprendente que la respuesta del Gobierno -parágrafo 558 del Informe núm. 327, citado abajo- argumentaba contra la presunta falta de adecuación a la normativa internacional con base, entre otros razonamientos, en el PIDESC recalcando que “teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el Pacto a personas que no sean nacionales suyos” -cláusula que como ya hemos mencionado se refiere a los países en vías de desarrollo.

Informe núm. 327 del Comité de Libertad Sindical de la OIT (para. 548-562) Vol. LXXXV, 2002, Serie B, núm. 1. Caso núm. 2121, queja presentada por la Unión General de Trabajadores de España (UGT) el 23 de marzo de 2001.

Véase RODERA RANZ, Susana, «Una hipotética reforma de la Ley de Extranjería acorde con el Derecho Internacional», en APARICIO WILHELMI, Marco; ILLAMOLA DAUSÀ, Mariona; MOYA MALAPEIRA, David; RODERA RANZ, Susana, *Las fronteras de la ciudadanía en España y en la Unión Europea. Actas del II y III Encuentro de jóvenes investigadores en derecho de inmigración y asilo*, Girona, Documenta Universitaria, 2006, pp. 101-112.

La característica que a nuestro entender diferencia esta primera fase de la ONU con los progresos posteriores es que durante estos primeros pasos la Organización se ocupó de determinar, por un lado, la corrección en el uso del lenguaje, siendo pionera en el uso de la expresión “migrante en situación irregular”; y por otro lado, de establecer un marco de protección de los derechos humanos de toda persona bajo el desarrollo normativo, primeramente, e institucional, después. Ambas actuaciones chocan con intereses estatales, que son causa clara de las limitaciones que se han visto insertas en algunos de los tratados internacionales mencionados, pero, sobre todo, son el fundamento del desarrollo normativo y político interno que, en no pocos casos, ha comprometido la aplicación, el respeto y la efectividad de tales normas internacionales. Así, mientras países como Estados Unidos de América, Canadá y Australia relajaban los controles migratorios que tendían a discriminar a los migrantes no blancos, otros países como Inglaterra imponían un mayor control con la intención de producir efecto disuasorio en los migrantes que provenían de sus antiguas colonias -India y Caribe, principalmente-¹⁰⁰. Ésta es la tendencia que se ha generalizado en el resto de países, principalmente en los países desarrollados. A esta tendencia se ha unido el hecho que justifica nuestro estudio: el crecimiento de la migración en situación irregular, a la cual se ha dado respuesta de diversas maneras, desde la regularización periódica hasta los controles más férreos de fronteras.

Como veremos en el siguiente apartado, esta labor garantista va lentamente siendo más parca y ha de lidiar con la creciente oposición por parte de los Gobiernos, sobre todo de los de los países desarrollados. Ello redundará en lo que se aceptará tanto en contenido de derechos como en definición del concepto de migrante en situación irregular.

¹⁰⁰ Numerosos trabajadores de la Commonwealth emigraron al Reino Unido para trabajar en las factorías o en las fuerzas armadas durante la II Guerra Mundial; al terminar la guerra muchos volvieron a sus lugares de origen, pero como ciudadanos británicos poseían el derecho de entrada en el Reino Unido. El ejercicio de este derecho fue lo que llevó al Gobierno a limitar la entrada de ciudadanos propiamente británicos en 1961, que daría lugar a la Commonwealth Immigrants Act de 1962.

Véase PLENDER, op. cit., pág. 83.

3. Progresos posteriores de la Organización de las Naciones Unidas

En las décadas ulteriores, la ONU ya tiene un marco normativo protector de los derechos humanos y su labor se centra en la profundización y la delimitación del mismo, con base en el concepto de migrante en situación irregular que ha ido afianzándose, y la generación del espacio de discusión interestatal para una concreción de aquel concepto en algo que pudiera denominarse estatuto jurídico.

Podemos afirmar que el camino hacia una definición del concepto de migrante en situación irregular y de la protección de sus derechos, parte de lo que consideramos una segunda etapa dentro de la labor de la ONU que comienza en la década de los setenta¹⁰¹, cuando los esfuerzos por un nuevo orden por parte del empuje de los países del denominado Tercer Mundo toman forma en su lucha por una nueva base que regule sus relaciones con los países industrializados. Tal esfuerzo se plasmará en diversos documentos que tienden a una nueva formulación del Derecho internacional.

3.1. Aproximación entre los órganos de la Organización de las Naciones Unidas

En esta aproximación entre los órganos de la ONU, nos encontramos con dos vertientes. Por un lado, se da un paso enorme en el plano laboral con el Convenio de la OIT *sobre migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migratorios*¹⁰², por su amplio reconocimiento de la protección ante condiciones abusivas, que, como apunta el

¹⁰¹ Según Lillich, es al principio de la década de los 70 cuando por primera vez la “maquinaria” de la ONU considera plenamente el tratamiento de los extranjeros. Sin embargo, creemos que, como hemos avanzado en los apartados anteriores, ya desde los inicios de la Organización su preocupación por el tratamiento dado a los migrantes era evidente, por tanto consideramos esta como una segunda etapa si bien fundamental en lo que tendrá que ver con el migrante en situación irregular. LILLICH, op. cit., pág. 51.

¹⁰² Convenio de la OIT núm. 143 sobre migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migratorios, de 24 de junio de 1975, que junto al Convenio núm. 97 sobre trabajadores migrantes, de 1 de julio de 1949 (revisado en 1967) forman el núcleo más relevante dentro de la labor normativa de esta organización respecto a migrantes. Respecto a la labor de la OIT dedicaremos más extensamente otro apartado.

convenio, ocurren sobre todo cuando la persona se encuentra irregularmente en el territorio de un Estado. Por otro lado, los órganos principales de la ONU comienzan una labor de estímulo reconociendo la necesidad de plasmar por escrito el tratamiento y la protección que los migrantes, en general, y los migrantes en situación irregular, en particular.

Entre estos órganos hemos de mencionar la Comisión de Derechos Humanos¹⁰³, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías¹⁰⁴ -en adelante Subcomisión-, el ECOSOC y la propia Asamblea General de NU.

El primer paso fundamental con la clara perspectiva de un futuro texto internacional sobre migrantes se da en 1973, cuando la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías adopta un informe¹⁰⁵, que detalla los problemas de derechos humanos que se encuentran los trabajadores migrantes en situación irregular y sus familiares y concluye con la necesidad de preparar un instrumento internacional que reconozca explícitamente ciertos derechos humanos relevantes que sólo están reconocidos implícitamente en las normas existentes.

¹⁰³ La CDH concluyó su sexagésimo-segunda y última sesión el 27 de marzo de 2006. La Asamblea General adoptó, el 15 de marzo de 2006, la resolución A/RES/60/251 que establece el Consejo de Derechos Humanos y determina que todos los mandatos, mecanismos, funciones y responsabilidades de la CDH fueran asumidos por el Consejo de Derechos Humanos a partir del 19 de junio de 2006.

En 2005, el Grupo de Alto Nivel y el SG de las NU, en sus respectivos informes, manifiestan la necesidad de establecer un nuevo modelo orgánico basado en tres consejos: Consejo de Seguridad -dedicado a la paz y seguridad internacionales-; Consejo Económico y Social -dedicado al desarrollo-; y Consejo de Derechos Humanos. Ello implica la reforma de la Carta, algo que no fue posible en la Cumbre de 2005. Ello llevó a una reforma más modesta, en la que el CDH queda como órgano subsidiario de la AG -y no del ECOSOC-, y por tanto no se alcanza el objetivo fijado de un consejo al mismo nivel del ECOSOC y del Consejo de Seguridad. DIEZ DE VELASCO, op.cit., pág. 8 y 9 de la adenda.

¹⁰⁴ La Subcomisión era el principal órgano subsidiario de la Comisión de Derechos Humanos, establecida por la Comisión en su primera sesión, en 1947, bajo la autoridad del Consejo Económico y Social. En 1999, el Consejo Económico y Social cambió su nombre por el de Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos. En 2006, por medio de la resolución A/RES/60/251 pasa a ser asumida por el Consejo de Derechos Humanos, que, mediante la decisión 1/102 del 30 de junio de 2006, decidió prorrogar excepcionalmente por un año.

El CDH en su resolución 5/1, A/HRC/Res/5/1, de 18 de junio de 2007, creó el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos que sustituye a la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, con la función principal de proporcionar conocimientos especializados al Consejo de la forma que éste lo solicite, centrándose principalmente en un asesoramiento basado en estudios e investigaciones.

¹⁰⁵ E/CN.4/Sub.2/343, Informe de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 1973.

Hemos de apuntar que, en realidad, tal reconocimiento es algo más que explícito como ya enfatizamos al referirnos al PIDCP, PIDESC y demás tratados de derechos humanos; sólo que el hecho de que tales textos se refieran a “toda persona”, “todo menor”, “toda mujer”, pareciera necesitar de una concreción en el caso de los migrantes, como si por serlo no pertenecieran al “todo”.

Este informe de la Subcomisión es el reflejo de la preocupación de la ONU sobre la migración, sea sobre la migración de trabajadores cualificados desde los países en desarrollo y sobre el tráfico de migrantes y la trata con fines de explotación laboral como recoge Plender¹⁰⁶, sea sobre la preocupación de hechos determinados, en concreto la expulsión de asiáticos de Uganda en 1972, como defiende Lillich¹⁰⁷, el hecho es que la Subcomisión, sin demasiada orientación por parte de los órganos superiores, aunque de hecho resultó ser a iniciativa de los mismos, fue ciertamente visionaria y redactó este y otros informes recomendando a la CDH que considerara el problema de la aplicabilidad de las provisiones recogidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos a los extranjeros, así como las medidas que debieran tomarse¹⁰⁸.

A la iniciativa por parte de la Subcomisión y al Convenio de la OIT de 1975, se unirá un tercer movimiento decisivo, en nuestra opinión: la primera Conferencia Mundial contra el Racismo y la Discriminación Racial de 1978¹⁰⁹, que recomendaba que se elaborase una convención específica que abarcara los derechos de los trabajadores migratorios.

La AG, el ECOSOC y la CDH apuntan en ese sentido durante la década de los 70¹¹⁰, por medio de varias resoluciones en las que se instaba a los Estados a

¹⁰⁶ PLENDER, op. cit., pág. 311.

¹⁰⁷ LILLICH, op. cit., pág. 51.

¹⁰⁸ Así, junto con el informe arriba mencionado E/CN.4/Sub.2/343, también el informe E/CN.4/Sub.2/332, de 1972 y los que los sucederían en años posteriores.

¹⁰⁹ Informe de la Conferencia Mundial para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial, Ginebra. 14 a 25 de agosto de 1978 (Publicación NU n° S.79.XIV.2), cap. II.

¹¹⁰ La Resolución 1706 (LIII) *Explotación de la mano de obra por medio del tráfico ilícito y clandestino (tema 2 del programa)* del ECOSOC, de 28 de julio de 1972, insistía en el problema del tráfico ilegal de mano de obra. Posteriormente, inciden en ello las Resoluciones de la AG 3224 (XXIX) de 1974, 3449 (XXX) de 1975, 31/127 de 1976, 32/120 de 1977, 33/163 de 1978, así como las Resoluciones del ECOSOC 1749 y 1789 (LIV) y la Resolución 3 (XXIX) de la CDH, todas estas de 1973, entre otras.

diversas iniciativas que favorecieran el reconocimiento de los derechos de los trabajadores migratorios y, primordialmente, llamaban la atención sobre el tráfico clandestino e ilícito en el ámbito laboral¹¹¹.

En 1973 se solicitó a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías y a la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer que estudiaran la cuestión del tráfico ilícito y clandestino de la mano de obra. En concreto a la Subcomisión se le encomienda como “asunto prioritario a la vista de los instrumentos de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos, y recomiende las nuevas medidas que sean necesarias para proteger *sin distinción*, los derechos humanos de los trabajadores extranjeros, teniendo en cuenta las deliberaciones habidas sobre la cuestión”¹¹² en la AG, el ECOSOC y la CDH -la cursiva es propia-. La Subcomisión solicitó a su vez que se realizara un estudio sobre esta explotación, considerando que la clandestinidad y la discriminación que se producían en relación con los trabajadores migratorios eran dos aspectos importantes del problema. Dicha tarea se encomendó a la Sra. Halima Warzazi¹¹³, miembro en ese momento de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías y que posteriormente sería miembro del Grupo de Trabajo que redactara la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares¹¹⁴, la CTM.

La Asamblea General, en su Resolución 2920 (XXVII) de 1972, condenó la discriminación contra los trabajadores extranjeros, pidió a los gobiernos que pusieran fin a esas prácticas y mejorasen las disposiciones relativas a la recepción de los trabajadores migratorios, les invitó a garantizar el respeto de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y les pidió encarecidamente que ratificaran el Convenio de la OIT nº 97.

¹¹¹ Según Lillich el tráfico ilícito y clandestino fue el primer aspecto de la cuestión de los trabajadores migratorios en el que la ONU puso su atención, como lo atestigua el trabajo que sobreviene a la Resolución del 1972, Informe de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, E/CN.4/Sub.2/332, 1972. LILLICH, op. cit., pág. 74.

¹¹² Resolución 1789 (LIV) del ECOSOC, de 1973.

¹¹³ El informe que se redactó como resultado de dicho estudio es conocido como Informe Warzazi. Asimismo se presentaron en 1974 unas recomendaciones: WARZAZI, Halima, *Exploitation of Labour through Illicit and Clandestine Trafficking*, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, E/CN.4/Sub.2/351.

¹¹⁴ Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, aprobada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. Entró en vigor el 1 de julio de 2003.

El mencionado informe Warzazi de 1976 y la primera Conferencia contra el Racismo de 1978¹¹⁵ constituyeron el empuje final para la redacción de la Convención, que incluiría como algunos de sus objetivos fundamentales los siguientes: alentar la adopción de medidas adecuadas a fin de evitar y eliminar los movimientos y el tránsito clandestinos de los trabajadores migratorios, asegurándoles la protección de sus derechos humanos fundamentales; considerar que los trabajadores 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, así como que esta práctica será desalentada si se reconocen más ampliamente los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios; y considerar que es necesario lograr la protección internacional de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares por medio de las normas. Estos objetivos, los relacionados con la migración irregular, centrarán gran parte del debate del Grupo de Trabajo que redactará la CTM, sobre todo en cuanto a qué derechos y libertades habrá de reconocer la norma a todos los migrantes y cuáles exclusivamente a los que se encuentren en situación regular, por un lado, y cómo afectará a la soberanía de los Estados, por otro¹¹⁶.

3.2. Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en el que viven

Por otra parte, en 1979 la baronesa Elles preparó un estudio sobre disposiciones internacionales de protección de los derechos humanos de los no ciudadanos para la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a

¹¹⁵ Informe de la Conferencia Mundial para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial, Ginebra. 14 a 25 de agosto de 1978 (Publicación NU n° S.79.XIV.2).

¹¹⁶ Tales discusiones se reflejan en los informes del Grupo de Trabajo a la AG, a los que nos dedicaremos especialmente en los capítulos cuarto y quinto. De especial interés son el informe A/C.3/42/1 sobre los derechos que deberían ser garantizados a todo trabajador migratorio y el A/C.3/43/1 sobre el artículo 79 de la CTM, artículo que circuló de lado a lado en la Convención hasta que encontró su lugar en la parte VIII, con el disentimiento expreso de Suecia que se había opuesto a él.

las Minorías¹¹⁷, concluyendo, entre otros aspectos importantes, que los derechos de los extranjeros no estaban todavía protegidos universalmente y que la aplicación de las normas internacionales era imprecisa, poco clara. El trabajo de Elles consistía principalmente en una enumeración de derechos, que no pretende en ningún caso ser una carta de derechos. El estudio sugirió que la comunidad internacional aprobara un proyecto de *Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en el que viven*, Declaración que se aprobó en 1985¹¹⁸, mientras el Grupo de Trabajo que redactaba la CTM se encontraba a medio camino de su objetivo.

La Declaración acoge aquella lista de derechos siendo consciente, como recoge en su preámbulo, de que “cada vez hay más personas que viven en países de los que no son nacionales” y “reconociendo que la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en los instrumentos internacionales debe garantizarse también para los individuos que no son nacionales del país en que viven”. El artículo 2 declara que el texto no implica la legitimación de la entrada o la presencia de “ilegales” de un extranjero en cualquier Estado ni prohíbe “el derecho de cualquier Estado a promulgar leyes y reglamentaciones relativas a la entrada de extranjeros y al plazo y las condiciones de su estancia en él o a establecer diferencias entre nacionales y extranjeros”. Aun con todo, no entendemos que deba ser aplicable a los migrantes en situación irregular, puesto que su artículo 1 afirma que la Declaración se aplica a “toda persona que no sea nacional del Estado en el cual se encuentre” y, por tanto, salvo en los casos específicamente delimitados, debiera entenderse incluido tanto la persona no nacional regular como la que se encuentra en situación irregular. También estamos de acuerdo con lo que adelantó Lillich antes de que el texto de la Declaración fuera adoptado: si bien es relevante la conclusión de que los instrumentos internacionales de derechos humanos no protegían adecuadamente los derechos de los extranjeros, es reseñable que la

¹¹⁷ *International Provisions Protecting the Human Rights of Non-Citizens*, E/CN.4/Sub.2/392/Rev.1, de 1980.

El título en sí refleja como el término extranjero se convirtió en cierto modo en un tabú en el ámbito de las Naciones Unidas, como nos recuerda Lillich. LILLICH, op. cit., pág. 51.

¹¹⁸ Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en el que viven, por la Resolución 40/144 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1985.

pretensión de redactar un catálogo de derechos podía tener como resultado la omisión significativa de otros derechos no menos importantes. Y eso fue lo que ocurrió con el caso de las limitadas garantías procesales en otros procedimientos distintos del de expulsión, así como con el derecho al trabajo, que aunque es recogido en diversos derechos sociales no está expresamente reconocido, o el derecho a la educación reconocido exclusivamente para los que se hallen legalmente, dejando patente la preocupación por el respeto al derecho a la educación de los menores con independencia de su situación o la de sus progenitores¹¹⁹.

La Declaración recoge por vez primera derechos propios de aquella persona que no se encuentra en su país de origen, como el derecho a transferir al extranjero sus ganancias, ahorros u otros bienes monetarios personales, el derecho a conservar su propio idioma, cultura y tradiciones o la libertad en cualquier momento para comunicarse con el consulado o la misión diplomática del Estado de que sea nacional. Asimismo establece la publicidad de las normas de extranjería y la obligación de respetar éstas y las demás leyes del Estado así como las costumbres y tradiciones del pueblo de ese Estado -artículos 3 y 4-.

La peculiaridad de este texto internacional se refleja con claridad en palabras de Lillich: “restrictions on the rights of aliens are unlawful except when they are lawful!”¹²⁰. Asimismo, por el hecho de ser una resolución de la AG, implicará las dificultades ya mencionadas respecto a la DUDH: formalmente no puede considerarse una norma y, por ende, su valor dependerá de su aceptación

¹¹⁹ Lillich afirmaba que sólo se aplicaba a las personas que residen legalmente en el Estado, y no a los “ilegales” ni “transeúntes”, si bien esto era respecto al borrador y las discusiones de la Subcomisión al respecto, pues el texto definitivo se adoptó en 1985, un año después de su escrito. LILLICH, op. cit., pág. 51.

En aquel momento el borrador expresaba lo siguiente: “For the purposes of this Declaration, the term “non-citizen” shall apply to any individual who lawfully resides in a State of which he is not a national”. Artículo 1 del borrador recogido en el documento *International Provisions Protecting the Human Rights of Non-Citizens*, E/CN.4/Sub.2/392/Rev.1, de 1980. En un posterior borrador, la expresión “no ciudadano” se cambiaría por “extranjero”, la de “residir” por la de “encontrarse” y se eliminaría la condición de “legalmente”. *Report of the Open-Ended Working Group*, UN Doc. A/C.3/40/12, de 1985.

Consideramos que sólo los preceptos que así lo especifican serían aplicables a los que se hallen legalmente en el territorio del Estado. Estos serían los artículos 5.3 -derecho a circular libremente y elegir su residencia dentro de las fronteras del Estado-, 5.4 -derecho de reagrupación familiar-, 7 -expulsión por una decisión conforme a la ley y otras garantías procesales relacionadas-, y 8 -derechos sociales-.

¹²⁰ LILLICH, op. cit., pág. 52.

generalizada y su posible inclusión como Derecho internacional consuetudinario, lo que, a primera vista y dadas las intenciones en el tema migratorio por los gobiernos, no parece que vaya a suceder.

3.3. Decisión para elaborar una Convención sobre los derechos de los migrantes

Todas estas líneas de trabajo de los órganos de NU confluyen en la decisión, a fines de 1979, por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas de crear un grupo de trabajo que redactara una Convención internacional sobre los derechos de los trabajadores migratorios. La AG afirma la necesidad de la cooperación internacional para solucionar problemas internacionales y toma en consideración los textos que ya hemos mencionado -DUDH, Convención de 1975 de la OIT, la Conferencia Mundial para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial de 1978, entre otros textos como las resoluciones de la propia AG y del ECOSOC- para recordar los valores de la familia y de la relación laboral entre trabajador y empleador, como preocupaciones que requieren una especial atención en el caso de los trabajadores migratorios, por lo que, satisfecha de la buena acogida por parte de los Estados para que se redacte una “convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias”, “decide crear en su trigésimo quinto período de sesiones un grupo de trabajo abierto a la participación de todos los Estados miembros” para elaborar dicha Convención¹²¹.

¹²¹ Resolución de la AG, A/RES/34/172, *Medidas para mejorar la situación y garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todos los trabajadores migratorios*, de 17 de diciembre de 1979.

Esta Resolución recoge las propuestas de la misma AG en el período de sesiones del año anterior - A/RES/33/163- y del ECOSOC del mismo año 1979 -1979/13-.

En la Resolución A/RES/33/163, *Medidas para mejorar la situación y garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todos los trabajadores migratorios*, de 20 de diciembre de 1978, la AG ya acogía todos los trabajos realizados por la OIT, la CDH, la Conferencia Mundial para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial, entre otros, e invitaba a los “países huéspedes” a informar a los trabajadores migratorios, a adoptar medidas que prevengan “actividades que pueda perjudicar los intereses de los trabajadores migratorios”, a favorecer la normalización de su vida familiar por medio de la reunificación familiar. Pero sobre todo, pedía tanto a los Estados como a los organismos de la ONU, especialmente a la OIT, la “posibilidad de elaborar una convención internacional sobre los derechos de los trabajadores migratorios” -parágrafo 7 de la Resolución-.

No nos detendremos en la labor del grupo de trabajo y en el texto resultante, pues a ello dedicaremos extensamente los siguientes capítulos. Sin embargo, adelantaremos algunos aspectos que harán comprensible cuál ha sido la labor de la ONU durante la elaboración de la Convención y en los años que suceden a su adopción y cuáles han sido las motivaciones para dicha labor.

El grupo de trabajo comienza su labor en 1980, presidido por México, y estuvo abierto a la participación de cualquier Estado que así lo considerara. Los órganos de la ONU y las organizaciones internacionales interesados fueron invitados a contribuir a esa tarea -especialmente la Comisión de Derechos Humanos, la Comisión de Desarrollo Social, la OIT, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (en adelante UNESCO, de sus siglas en inglés) y la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS)-. El Grupo de Trabajo, reconstituido en períodos de sesiones sucesivos de la Asamblea General, terminó la redacción de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares en 1990, con su aprobación por la Asamblea General por medio de la Resolución 45/158, de 18 de diciembre. La Convención entró en vigor el 1 de julio de 2003 de acuerdo con lo establecido en su artículo 87.1¹²².

Hemos de destacar dos ideas centrales de la CTM que merecen la atención por lo que representan de cara a la política y la legislación de los Estados respecto a la migración irregular durante las últimas décadas del siglo XX y la presente del

La Resolución del ECOSOC 1979/13, *Medidas para mejorar la situación y garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todos los trabajadores migratorios*, de 9 de mayo de 1979 (documento E/1979/79), pedía la cooperación de los distintos organismos de la ONU “con miras a la elaboración por la Asamblea General de una convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios”, para que presenten en el primer período de sesiones de 1980 un informe sobre los resultados de tal cooperación que comprenda las actividades de dichos organismos en sus respectivas esferas. Asimismo pide al Secretario General de la ONU que comunique a los Estados el resultado de las consultas respecto a la propuesta de elaborar una convención, mencionada en la resolución A/RES/33/163.

Como se puede apreciar, en la redacción sucesiva de estas resoluciones, los dos órganos de la ONU fueron concretando el título de la futura CTM, que quedaría como se expresa en esta última resolución de la AG de 1979: Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

¹²² “La presente Convención entrará en vigor el primer día del mes siguiente a un plazo de tres meses contado a partir de la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión”.

siglo XXI. La primera de esas ideas es que la ONU deseaba establecer normas ante la nueva realidad de la migración, “que puedan contribuir a armonizar las actitudes de los Estados mediante la aceptación de los principios fundamentales relativos al tratamiento de los trabajadores migratorios y de sus familiares” -Preámbulo de la CTM-. La segunda de las ideas es que hay que adoptar medidas adecuadas para prevenir y disuadir la inmigración irregular, ya que esta coloca a los trabajadores en una posición de total subordinación, y se considera que el empleo de trabajadores en situación irregular será desalentado “si se reconocen más ampliamente los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios” -Preámbulo de la CTM-. Esta osada afirmación sin embargo no alberga una política de puertas abiertas, como algunos Estados alegan para no ratificarla, precisamente por lo establecido en el texto de la misma convención -artículo 79-, ni tampoco reconoce un catálogo de derechos más amplio del ya reconocido en el resto de los tratados de derechos humanos¹²³, sin embargo establece con más claridad cuáles son esos derechos -algo que el Convenio 143 de la OIT no hacía-.

La dicotomía ampliamente reiterada entre intereses estatales y derechos humanos se profundiza una vez aprobada la CTM y se reflejará en las diversas iniciativas que se llevan a cabo en los últimos años del siglo XX.

En Viena, en 1993, se celebró la Conferencia Mundial de Derechos Humanos. La *Declaración y Programa de Acción de Viena*¹²⁴ implica un plan conjunto de la comunidad internacional en cuanto a derechos humanos y declara la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los mismos, rompiendo así con el tradicional discurso que apoyándose en la división de los derechos humanos en generaciones o categorías justificaban un diferente tratamiento de los mismos y diversas

¹²³ Entendemos que recoge derechos que pudieran parecer novedosos por no encontrarse en el “núcleo” de tratados de derechos humanos de una forma tan clara; pero que el sentido común y la práctica recomendaban su inclusión, tal como es el supuesto del derecho a la transferencia de remesas o la prohibición de la destrucción de la documentación personal.

¹²⁴ UN Doc. A/CONF.157/23, *Declaración y Programa de Acción de Viena*, de 12 de julio de 1993. Apoyada por las Resoluciones de la CDH -E/CN.4/RES/1994/95. *Conferencia Mundial de Derechos Humanos*, Resolución de 9 de marzo de 1994- y de la AG -A/RES/48/121, *Conferencia Mundial de Derechos Humanos*, de 20 de diciembre de 1993-.

obligaciones respecto a su implementación¹²⁵. La relevancia de tal declaración para los migrantes en situación irregular resulta obvia.

Sin embargo el texto establece obligaciones más específicas todavía en cuanto a los migrantes en situación irregular, declarando, en primer lugar, la especial vulnerabilidad que han pasado a tener y prohibiendo todas las formas de discriminación contra ellos; requiriendo el fortalecimiento y la aplicación más eficaz de los instrumentos de derechos humanos; y obligando a los Estados a “adoptar y mantener medidas adecuadas en el plano nacional, en particular en materia de educación, salud y apoyo social, para promover y proteger los derechos de los sectores vulnerables de su población y asegurar la participación de las personas pertenecientes a esos sectores en la búsqueda de una solución a sus problemas”, instando a la protección de los derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, así como que los Estados ratifiquen la CTM¹²⁶.

Por otra parte, la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo¹²⁷, desarrollada el año siguiente, proclama el deber de garantizar los derechos humanos a todos los migrantes, por ende, incluidos los migrantes en situación irregular. La Conferencia previó que dadas las circunstancias actuales el número de migrantes indocumentados -o “ilegales”, como recoge el texto- siga aumentando e “insta a los gobiernos de los países de origen y de destino [que en todo caso son soberanos para decidir sobre la entrada y la permanencia en su territorio] a que cooperen para reducir las causas de la migración indocumentada, salvaguardar los derechos humanos básicos de los migrantes indocumentados, incluido el derecho a solicitar asilo y a disfrutar de él, en caso de persecución, en cualquier país, y a prevenir su explotación. Los gobiernos deberían identificar las causas de la migración indocumentada y su impacto económico, social y demográfico, así como sus consecuencias para la formulación de políticas sociales, económicas y de

¹²⁵ Parágrafo 5 del capítulo I de la *Declaración y Programa de Acción de Viena*.

¹²⁶ Parágrafo 24 del capítulo I de la *Declaración y Programa de Acción de Viena*.

Parágrafos 33 y 35 del capítulo II (apartado B. *Igualdad, dignidad y tolerancia*, subapartado 2. Personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas) de la *Declaración y Programa de Acción de Viena*.

¹²⁷ UN Doc. A/CONF.171/13, *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*, de 18 de octubre de 1994.

migración internacional”¹²⁸. Cabe destacar que, en el párrafo 10.18, establece el deber de los Estados de sancionar, no al migrante en situación irregular, sino a aquellas organizaciones o personas que se aprovechen o exploten a aquel u organicen este tipo de migración.

En lo que restaba de siglo se dieron otros encuentros relevantes a nivel mundial, tales como la *Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social* o la *Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*, ambas en 1995, que resaltan la importancia de las nuevas manifestaciones de la sociedad mundial, sin embargo estos encuentros suponen un discurso respaldado de escaso compromiso. Para dar con textos de mayor relevancia hemos de saltar al siglo XXI, en el que los temas, sin dejar de lado la protección de los derechos humanos, serán otros.

3.4. Siglo XXI: Tráfico, trata y expulsión

Llegado el siglo XXI los esfuerzos políticos, y en consecuencia los legislativos, girarán en torno a una concepción criminalizadora de la migración irregular y ello da lugar a unas políticas nacionales -y regionales en el caso de la UE- cada vez más restrictivas y se refleja en la escasa ratificación de la CTM, por parte sobre todo de los Estados receptores de migración, y al impulso de normas que criminalicen, en un primer momento, las actividades delictivas que organizan o explotan esta migración y, seguidamente, a los propios migrantes en situación irregular. Por ello, el migrante en situación irregular pasa en cierta manera de ser concebido como víctima a serlo como delincuente, aunque se mantenga una visión garantista en aquellos casos en que la persona ha sufrido explotación, engaño y/o violación de algún derecho humano. Por otra parte, una visión utilitarista de la migración, basada en las necesidades del mercado de trabajo de los países desarrollados, impone la percepción del migrante como mano de obra, por lo que la iniciativa se dirige principalmente a regular este aspecto¹²⁹.

¹²⁸ Párrafo 10.17 del *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*.

¹²⁹ Tal es la relevancia del aspecto laboral que en España la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración pasó a depender del Ministerio de Trabajo e Inmigración -actualmente Ministerio de

“Los mismos medios tecnológicos que fomentan la mundialización y la expansión transnacional de la sociedad civil también proporcionan la infraestructura para ampliar las redes mundiales de la sociedad "incivil" -vale decir, la delincuencia organizada, el tráfico de drogas, el lavado de dinero y el terrorismo-”. Estas palabras de Kofi A. Annan, anterior Secretario General de las Naciones Unidas, en la Conferencia política de alto nivel para la firma de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, reflejan cuál es una de las mayores preocupaciones de los Estados a comienzos del siglo XXI y de esta argumentación surgen este texto internacional y sus protocolos: Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la CDOT -en adelante Protocolo sobre trata de la CDOT-; Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la CDOT -en adelante Protocolo sobre tráfico de la CDOT-; y Protocolo sobre la lucha contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas, componentes y municiones adjunto a la CDOT -más conocidos como Convención y Protocolos de Palermo, pues en esta ciudad se realizó la Conferencia donde se acordaron los textos, aunque más tarde se aprobaron en Nueva York-¹³⁰.

Como sintetiza el Consejo de la UE¹³¹, el “peso de la delincuencia organizada en la economía mundial es considerable. Maneja un volumen de negocios estimado en mil millones de dólares anuales”. Ello lleva a plantearse como objetivos la armonización legislativa respecto a estas conductas criminales, que, dada la

Empleo y Seguridad Social-, por medio del artículo 8 del Real Decreto 438/2008, de 14 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, BOE núm. 92, 16 de abril de 2008. Antes dependía del Ministerio del Interior.

¹³⁰ Aprobados por la Resolución 55/25 de la Asamblea General de 8 de enero de 2001.

La CDOT entró en vigor el 29 de septiembre de 2003 de acuerdo con el artículo 38 de la misma. El Protocolo sobre trata de la CDOT entró en vigor el 25 de diciembre de 2003 de acuerdo con el artículo 17 del mismo. El Protocolo sobre tráfico de la CDOT entró en vigor el 28 de enero de 2004 de acuerdo con el artículo 22 del mismo.

Los tres textos han sido ratificados por España el 1 de marzo de 2002: Instrumento de ratificación de la CDOT, BOE núm. 233, de 29 de septiembre de 2003; el de ratificación del Protocolo de trata, BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003; y el del Protocolo de tráfico, BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2003.

¹³¹ Decisión 2004/579/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional [Diario Oficial L 261 de 6.8.2004].

disparidad de regulaciones nacionales, se aprovecha de ésta para mayor lucro y menor riesgo, y la cooperación judicial entre los Estados.

La respuesta global a esta delincuencia transnacional resulta imprescindible por el carácter de los sujetos activos del delito y por las condiciones en que el mismo se produce. Así el fin primordial es luchar contra las “mafias”, aunque si bien son claras la explotación y la violación de derechos humanos en el caso de la trata, no lo es tanto en el caso del tráfico de migrantes, que, generalmente, va ligado exclusivamente a su carácter infractor de las normas reguladoras de la entrada en el territorio. Esta reflexión nos lleva a nuestro área de interés, el concepto y el tratamiento que se da al migrante en situación irregular a partir de los dos Protocolos que se refieren a los movimientos migratorios: el Protocolo sobre trata y el Protocolo sobre tráfico de la CDOT.

La perspectiva jurídico-penal de estos textos hace necesario aclarar los términos¹³², pues las divergencias terminológicas llevaron a un consenso para facilitar la aprobación de la CDOT y sus Protocolos en aras de aceptar como válidas las dos acepciones contenidas en los mismos. Al respecto, los términos en inglés *trafficking* y *smuggling* se tradujeron en español -e idénticamente en francés- como trata y tráfico respectivamente, eliminando las similitudes que ambas acepciones pudieran tener y especificando, como se verá en los respectivos Protocolos, que la primera tiene una connotación mayor de violación tanto por los medios utilizados como por el fin mismo del acto ilícito cuyo sujeto pasivo es el o la migrante, víctima siempre de una violación de derechos humanos, lo que no ocurre siempre en el caso del migrante que ha sufrido tráfico ilícito¹³³.

El tráfico ilícito es la facilitación del paso de fronteras de una persona no nacional ni residente permanente sin haber cumplido los requisitos necesarios para

¹³² Esta perspectiva jurídico-penal puede encontrarse más ampliamente desarrollada en PÉREZ ALONSO, Esteban, *Tráfico de personas e inmigración clandestina. Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, 484 p.

¹³³ Algunos autores utilizan también tráfico para referirse al delito de trata, mientras el fin último debiera ser el mismo, esto es, la protección de la víctima, en primer lugar, y la prevención y sanción del delito, la utilización indistinta de ambas expresiones puede llevar a confusión, por lo que seguimos la propuesta de los Protocolos de la CDOT. Entre los autores que habla, por ejemplo, de tráfico de mujeres está De León, en DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, 454 p.

entrar legalmente en el Estado receptor con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material, siempre que sea de carácter transnacional y entrañe la participación de un grupo delictivo organizado -artículos 3 y 4 del Protocolo sobre tráfico de la CDOT-. El migrante en situación irregular, aun cuando sea víctima de un delito de tráfico ilícito, no será él mismo el sujeto pasivo, sino el Estado, pues es la soberanía estatal el bien jurídico protegido, salvo que concurran las circunstancias agravantes del artículo 6.3 del Protocolo sobre tráfico de la CDOT¹³⁴. El migrante es en todo caso objeto material del delito y sus derechos son objeto de protección, de hecho no estarán sujetos a enjuiciamiento penal de acuerdo a lo estipulado en el artículo 5 de este Protocolo y su vida y seguridad son preocupaciones recogidas en el preámbulo del texto.

En principio, y de acuerdo con la Convención y el Protocolo sobre tráfico, como acabamos de comentar, el migrante en situación irregular no debiera ser considerado criminal, sujeto activo del delito ahí recogido. De hecho se planteó como relevante la diferencia entre el hecho delictivo del tráfico y la infracción de la entrada irregular, puesto que si se persigue por igual ambos lo más probable es que la lucha contra la delincuencia organizada transnacional se vea debilitada al tener que dispersar los recursos que se emplean en la misma en diferentes frentes, de por sí no necesariamente unidos. De ahí la inclusión del artículo 5 del Protocolo sobre tráfico de la CDOT¹³⁵.

La problemática viene de la aplicación que de tal concepto están haciendo los Estados, esto es, la realidad nos muestra que las normativas nacionales han tendido a extender este concepto delictivo a los migrantes que son objeto del mismo o a

¹³⁴ “3. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para considerar como circunstancia agravante de los delitos tipificados con arreglo al apartado a), al inciso i) del apartado b) y al apartado c) del párrafo 1 del presente artículo y, con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, de los delitos tipificados con arreglo a los apartados b) y c) del párrafo 2 del presente artículo toda circunstancia que: a) Ponga en peligro o pueda poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados; o b) Dé lugar a un trato inhumano o degradante de esos migrantes, en particular con el propósito de explotación”.

¹³⁵ *Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, New York, United Nations (UN Publication No. E.06.V.5), 2006, pp. 475-476.

Aunque no fuera de esperar, lo cierto es que el artículo 5 no llevó demasiada discusión en su redacción y fue aprobado en términos muy parecidos a los que se proponía en el borrador. Quedaba clara así la exención de responsabilidad penal del migrante en situación irregular.

acciones más amplias en su contenido. De tal modo lo que en algunos países venía siendo una infracción administrativa se ha modificado considerablemente en los últimos años convirtiendo tal conducta en acto delictivo. Por otra parte, la acción recogida en el Protocolo sobre tráfico de la CDOT amplía su ámbito al recogerse en algunas normativas nacionales y regionales actos que no son calificados como delictivos en dicho Protocolo.

Así, en 2002, la UE aprobó la Directiva destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares¹³⁶ -introducida en España por la LO 11/2003 y la LO 14/2003¹³⁷-, extendiendo el tipo a la ayuda a la entrada ilegal sea realizada por un grupo organizado o por una sola persona y sin necesidad de que se dé ánimo de lucro -sólo en el caso de la ayuda a la permanencia será necesario el lucro-¹³⁸.

¹³⁶ Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, DOCE L 328 de 5 de diciembre de 2002.

¹³⁷ Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, B.O.E. de 30 de septiembre de 2003.

Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. B.O.E. de 21 de noviembre de 2003.

Según la Exposición de Motivos (punto II.3) de la LO 14/2003, esta ley incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2002/90/CE, sin embargo hemos de puntualizar que ya la LO 11/2003 hace precisiones relevantes en la materia al modificar el Código Penal y la LOEX, introduciendo la criminalización de conductas que siempre ha sido consideradas infracciones administrativas, por lo que el migrante en situación irregular viene a enfrentarse a sanciones tan desproporcionadas como la expulsión con prohibición de entrada durante un período considerable de tiempo cuando es condenado a un pena privativa de libertad o a medidas de seguridad -art. 108 del CP-. La expulsión se efectuará cuando la pena privativa de libertad sea menor a 6 años como sustitutiva de ésta con prohibición de entrada durante 10 años y, en el caso de que la privación de libertad sea igual o superior a 6 años, deberá cumplir parte o toda la condena y posteriormente será expulsado, art. 89 del CP.

Además de la desproporción de las medidas introducidas, ha de notarse la falta de racionalidad jurídica al regular conjuntamente cuestiones tan dispares como la seguridad ciudadana, la violencia doméstica y la integración social de los extranjeros.

¹³⁸ Durante el año 2007 participamos en un proyecto de investigación a escala europea, denominado Conformity checking of measures of Member States to transpose directives in the sector of asylum and immigration, proyecto JLS/B4/2006/03 de la Comisión Europea y coordinado por el profesor Philippe de Bruycker de la Université Libre de Bruxelles. En ese ambicioso proyecto que trataba de estudiar la transposición de las diez directivas más relevantes en materia de inmigración y asilo, analizamos precisamente la Directiva 2002/90/CE punto por punto.

En tal estudio, recogimos que ya se habían transpuesto las disposiciones relativas a las sanciones a la ayuda a la entrada y tránsito ilegal, a la ayuda a la residencia con fines lucrativos y a otras conductas

Sin embargo consideramos que tales normativas nacionales y regionales que criminalizan al migrante en situación irregular están contraviniendo el espíritu del Protocolo sobre tráfico de la CDOT y, por tanto, que los Estados u organizaciones regionales que han ratificado o accedido al mismo debieran eximir de responsabilidad penal al migrante en situación irregular adecuando así su ordenamiento a lo estipulado por el artículo 5 del Protocolo. La cuestión no es menor, pues somos conscientes de que de ello resultaría la paradoja de que quien ingrese irregularmente bajo una organización transnacional delictiva no sería penalmente responsable, mientras quien lo haga individualmente lo será de acuerdo a la normativa del Estado receptor, lo que produciría el efecto contrario al deseado por el Protocolo sobre tráfico de la CDOT, se asistiría con mayor frecuencia a la “ayuda” de estas organizaciones criminales. Esta cuestión pudiera resolverse al entender que cuando la conducta -sea la entrada u otro delito cometido al producirse ésta- sea penada por el ordenamiento del Estado receptor no existirá una “ventaja” por el hecho de recurrir a una organización criminal respecto a la entrada realizada individualmente. En todo caso, nuestro interés en este punto es el desarrollo del concepto de migrante en situación irregular en la evolución normativa y por tanto esta cuestión ha de quedar pendiente para un momento posterior.

En el caso de la trata, ésta se define como “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”¹³⁹. Ha de tenerse presente que para que una conducta pueda considerarse trata es irrelevante el consentimiento de la víctima y, en caso de menores de 18 años, no es necesario que se den los medios recogidos en esta

como la inducción o la complicidad. Tal transposición se refleja tanto en la LOEX como en el CP, suponiendo la inclusión tanto del tráfico y la trata como de la inmigración clandestina dentro de las conductas tipificadas en el CP.

¹³⁹ Artículo 3.a del Protocolo sobre trata de la CDOT.

definición. Asimismo con el hecho de que concurra el objetivo de la explotación no es relevante para considerarse trata que se haya consumado el mismo.

Por tanto, el sujeto activo de este delito será de nuevo un grupo organizado, pero en este supuesto el-la migrante es al mismo tiempo objeto material y sujeto pasivo del delito, víctima, puesto que es el titular del bien jurídico tutelado -que puede ser la vida, la libertad, la dignidad y la integridad física.

El migrante en situación irregular es en este caso claramente víctima, mas no sólo por la gravedad del acto delictivo sino también por las circunstancias que adolecen la misma. La víctima de trata que termina siendo explotada en las diversas definiciones recogidas en el Protocolo sobre trata de la CDOT representa para la sociedad en la que reside el estigma de algunos “males sociales”, tales como la prostitución, la mendicidad o el trabajo clandestino. Su explotación no sólo resulta, por ello, una violación de derechos humanos sino además implica una imposibilidad fáctica de poder denunciar su situación y una injusta relación de la misma con actividades delictivas de las que están siendo objeto de explotación, perpetuando así su discriminación, su desamparo y su desprotección, además de imposibilitando su regularización.

El cambio que se produce en esta última etapa de la fase reguladora, y que alcanza hasta nuestros días, se ha manifestado en las mencionadas tendencias de laboralización y criminalización de los migrantes y ha sido referido ya abundantemente. No obstante, queda pendiente todavía una tercera manifestación de esta tendencia de los Estados, manifestación que pretende responder al hecho migratorio en condiciones de irregularidad como si efectivamente el remedio pudiera ser preventivo. Nos estamos refiriendo a la expulsión de extranjeros.

En nuestro ámbito de estudio, el Derecho internacional, como ya hemos señalado, la expulsión es propuesta como tema de estudio por la CDI ya en sus primeras sesiones, aunque no es hasta el año 2000 cuando se recomienda abordar el tema formalmente¹⁴⁰. La AG tomó nota del informe de la CDI, en su Resolución 55/152 de 12 de diciembre de 2000, solicitando a la CDI que profundizara en el tema teniendo en cuenta los comentarios de los gobiernos. Este trabajo se ha llevado a

¹⁴⁰ *Official Records* de la AG, A/55/10, párrafos 726-728 y 729 (4), de 2000.

cabo en estos primeros años del siglo XXI, nombrando en 2004 un Relator Especial para el tema “Expulsión de extranjeros”, Sr. Maurice Kamto, quien en 2005 presentó un informe preliminar sobre la cuestión, en el que se daba una visión general del tema subrayando los problemas legales y dificultades metodológicas relacionadas con el mismo¹⁴¹. Continuando esta labor se han presentado tres informes más en los que se consideran las cuestiones siguientes: la historia del tema discutiendo el alcance y las definiciones relevantes¹⁴²; los principios generales, el derecho de expulsión, la necesidad de un ejercicio que respete las reglas fundamentales del Derecho internacional y los límites en relación a la persona expulsable -principio de no expulsión de nacionales, refugiados y apátridas y principio de prohibición de expulsiones colectivas-¹⁴³; y los casos de doble o múltiple nacionalidad, así como la pérdida de nacionalidad y la expulsión¹⁴⁴. El tema está siendo todavía objeto de trabajo del Relator Especial de la CDI, por lo que no existe ningún documento, ni de la CDI ni de la AG, que ofrezca conclusiones respecto a esta materia.

Como recuerda el Relator en su informe preliminar de 2005, a pesar de la tendencia liberal en las legislaciones respecto al extranjero, sobre todo en cuanto igualdad civil, la expulsión es un recurso habitual, más aún en las últimas décadas, por parte de los Estados que consideran la migración “a veces como una amenaza para la seguridad del país y otras como un factor de perturbación del buen orden social en el país de acogida”. La cuestión clave que nos interesa es que “[y]a sirvan los extranjeros de chivo expiatorio o ya sean víctimas de sus propias torpezas, es principalmente el deseo de protección del orden interno lo que motiva en definitiva su expulsión. La práctica de los Estados no deja de plantear problemas al derecho internacional, con respecto al cual no es infrecuente que haya a menudo un

¹⁴¹ *Official Records* de la AG, A/59/10, parágrafo 364, de 2004.

En 2005 se presenta el informe a la CDI, UN Doc. A/CN.4/554, *Informe preliminar sobre la expulsión de los extranjeros*, de 4 de abril de 2005.

¹⁴² UN Doc. A/CN.4/573, *Segundo informe sobre la expulsión de los extranjeros*, 20 de julio de 2006, y UN Doc. A/CN.4/573/Corr.1, 4 de junio de 2007.

ILC Report, A/62/10, 2007, chp.VI, paras. 188-265.

¹⁴³ UN Doc. A/CN.4/581, *Tercer informe sobre la expulsión de extranjeros*, 19 de abril de 2007.

ILC Report, A/62/10, 2007, chp.VI, paras. 188-265.

¹⁴⁴ UN Doc. A/CN.4/594, *Cuarto informe sobre la expulsión de los extranjeros*, 24 de marzo de 2008.

desfase”¹⁴⁵. Las diversas cuestiones que afronta el Relator en su trabajo le llevan a plantear la divergencia entre abordar la expulsión como un proyecto de artículos o limitándose a cubrir las eventuales lagunas jurídicas, entre un régimen jurídico completo o una redacción de principios básicos en materia de expulsión de extranjeros. Para la primera opción sería necesario un régimen exhaustivo, por lo que esboza un plan de trabajo que pretende abordar las reglas generales, los regímenes de expulsión y las consecuencias jurídicas de la misma.

La CDI, en el segundo informe presentado por el Relator Especial, define como “extranjero ilegal” al extranjero “cuyo estatuto es ilegal de resultas de su contravención de las leyes nacionales pertinentes del Estado territorial respecto de la admisión, la permanencia, las actividades autorizadas o la residencia de los extranjeros”¹⁴⁶. De esta manera incluye, erróneamente en nuestra opinión, también en este ámbito a aquel que entró regularmente pero reside o trabaja irregularmente. El informe, de 2006, resalta el hecho de que, a pesar de que algunos tratados diferencien entre extranjeros “legales e ilegales”, ninguno contiene una definición de estos últimos.

No obstante que el migrante en situación irregular sea un infractor no supone, como bien recoge el informe de 2006, que ello sea una “carta blanca” para los Estados, ya que no puede ser arbitraria ni tampoco puede suponer un tratamiento de aquel como delincuente. De tal modo, los criterios para la expulsión deben estar establecidos por ley y la expulsión estará motivada legítimamente -recuerda expresamente que no podrá ser por motivos políticos o religiosos-¹⁴⁷. En todo caso habrá que atenerse a lo que determinen las legislaciones nacionales, que es donde se encuentran los elementos que definen esta categoría de extranjeros.

El tema queda encargado, en la sexagésima sesión de la CDI en 2008, a un Grupo de Trabajo creado por la CDI que tomará en cuenta como borrador los

¹⁴⁵ UN Doc. A/CN.4/554, *Informe preliminar sobre la expulsión de los extranjeros* presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial, de 4 de abril de 2005, pp. 2-3.

¹⁴⁶ UN Doc. A/CN.4/565, *Expulsión de extranjeros*, 10 de julio de 2006, párrafo 127 y ss.

¹⁴⁷ UN Doc. A/CN.4/565, op. cit., párrafo 745 y ss.

Resulta curioso que en el informe posterior denomine a esta categoría “extranjero en situación irregular”, UN Doc. A/CN.4/573, op. cit., párrafo 55.

artículos y reglas generales recogidas por el Relator Especial. Por tanto habrá que atender a la evolución que de aquí en adelante se produzca por parte de estos órganos.

“Frente a las oleadas de pobres, los países desarrollados se transforman en fortalezas imposibles de penetrar. Se cierran cada vez más a determinadas categorías de extranjeros, estrechando el control de la inmigración y haciendo cada vez más difíciles las condiciones de entrada y residencia en su territorio”¹⁴⁸. Por todo ello es necesario conocer lo que la normativa en sí establece y lo que la doctrina ha dicho al respecto, en un plano teórico, como hemos expuesto en este primer apartado; sin embargo, no menos importante será tener conocimiento de lo que, en un plano práctico, se ha llevado a cabo en la esfera internacional. A ello dedicaremos el siguiente capítulo.

¹⁴⁸ UN Doc. A/CN.4/573, op. cit., párrafo 20.

CAPÍTULO TERCERO.

EVOLUCIÓN EN LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS MIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR.

UNA LABOR DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Como palabras previas a este capítulo tercero, hemos de señalar que ciertamente la evolución en la protección internacional de los migrantes en situación irregular ha sido y es una labor de organizaciones internacionales. Sin embargo, hemos considerado únicamente aquellas más representativas en el trabajo hacia una definición y establecimiento del estatuto de migrante en situación irregular. De lo contrario precisaríamos incluir tantos organismos e instituciones que servirían por sí solos para escribir una tesis.

El ACNUR, el Consejo de Europa¹, la Unión Europea², la Comisión Interamericana³, el sistema africano⁴, diferentes procesos regionales en el

¹ Respecto al tratamiento de los migrantes bajo la perspectiva del CEDH, véase LAMBERT, Hélène, *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe, 2006, 73 p.

Sobre el Consejo de Europa y el CEDH véase CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2003 (1ª ed.), 157 p. También FERNÁNDEZ SOLA, Natividad, «La adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo de salvaguarda de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales. Comentario del Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Noticias de la UE*, nº 144, 1997, p.41-55. Y RUIZ MIGUEL, Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1997, 183 p.

² Véase CHOLEWINSKI, Ryszard, «The EU Acquis on Irregular Migration: Reinforcing Security at the Expense of Rights», *EJML*, Vol. 2 (2), Netherlands, Kluwer Law International, 2000, pp. 361-405.

En relación al sistema europeo de protección de derechos humanos, véase sobre la Unión Europea ALSTON, Philip; BUSTELO, Mara; HEENAN, James (eds.), *The EU and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999, XXIII, 946 p. También FERNÁNDEZ SOLA, Natividad (coord.), *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, Madrid, Dykinson, 2004, 353 p. FERNÁNDEZ SOLA, Natividad, «À quelle nécessité juridique répond la négociation d'une charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne?», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, nº 442, octubre-novembre 2000, p.595-600. FERNÁNDEZ SOLA, Natividad, «Different EU Approaches to Immigration: Privileged Immigrants in the EU?», *Polish Yearbook of International Law*, 2001, 25, p.241-257.

Para un análisis entre ambos sistemas europeos en relación con la migración, véase MORANO-FOADI, Sonia; ANDREADAKIS, Stelios, «The Convergence of the European Legal System in the Treatment of Third Country Nationals in Europe: The ECJ and ECtHR Jurisprudence», *EJIL*, 2011, 22 (4) pp. 1071-1088.

³ Sobre el sistema interamericano y la migración, véase CERIANI CERNADAS, Pablo; FAVA, Ricardo; MORALES, Diego, «Políticas migratorias, el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación. Una aproximación desde la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos», en CERIANI CERNADAS, Pablo; FAVA, Ricardo (eds.), *Políticas migratorias y derechos humanos*, Remedios de Escalada, Universidad de Lanús, 2009, pp. 117-171.

Sobre el sistema interamericano en general, véase HARRIS, D. J.; LIVINGSTONE, S. (eds.), *The Inter-american System of Human Rights*, Oxford, Clarendon, 1998 (1ª ed.), XXV, 588 p.

Mediterráneo o en el Cono Sur y foros internacionales⁵, entre otros, han dado lugar a interesantes iniciativas. Pero, como ya advertimos, no son los que principalmente aportan al desarrollo del concepto referido, por lo que en algún momento haremos breve referencia a ellos a lo largo de esta tesis, mas nos permitimos la licencia de no incluir un apartado específico para estudiarlos y nos remitimos a obras especializadas sobre los mismos.

En este sentido, centraremos nuestro estudio en la Organización Internacional del Trabajo, cuya labor ha sido indispensable en esta cuestión, la Organización Internacional para las Migraciones, como organismo especializado en la materia, y en el sistema de las Naciones Unidas, cuya práctica manifiesta la importancia e interés de la organización en la migración irregular.

Por otra parte, resulta muy interesante el estudio comparativo entre ambos sistemas de protección de derechos humanos de Gross, GROSS ESPIELL, H., «La Convention Américaine et la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Analyse comparative», *RCADI*, t.128, 1989, VI, p.167-411.

⁴ Véase KABUNDA BADI, Mbuyi, *Derechos humanos en África: teorías y prácticas*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2000 (1ª ed.), 447 p. También SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIAIN, Laura, «Comentarios acerca de la creación de un Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos», *Anuario de Derecho Internacional*, 1999, XV, pp. 505-528.

⁵ Respecto a foros intergubernamentales pueden verse GIANELLI DUBLANC, M. Laura, «El debate sobre derechos humanos y políticas migratorias en los foros latinoamericanos», en CERIANI CERNADAS, Pablo; FAVA, Ricardo (eds.), op. cit., pp. 245-261 y LE VOY, Michelle; BIOCCHI, Luca, «El tratamiento de la inmigración irregular en el Foro Global de Migración y Desarrollo», en CERIANI CERNADAS, Pablo; FAVA, Ricardo (eds.), op. cit., pp. 263-290.

I. La Organización Internacional del Trabajo

La Organización Internacional del Trabajo es una agencia del sistema de Naciones Unidas, dedicada a la promoción de oportunidades de trabajo digno y productivo para mujeres y hombres, en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana. Sus objetivos principales son promover los derechos laborales, fomentar oportunidades de empleo dignas, mejorar la protección social y fortalecer el diálogo al abordar temas relacionados con el trabajo⁶. Aunque ya hemos hecho mención en el capítulo anterior a su creación y a algunas de sus labores, consideramos necesario referirnos especialmente a su dedicación para la promoción y la protección de los trabajadores migrantes, pues éste ha sido en cierta medida el punto de partida para la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y, sin duda, una preocupación de la OIT desde sus inicios en 1919⁷.

La OIT, organización heredada del Tratado de Versalles dentro del sistema de la Sociedad de Naciones, sobrevivió a la II Guerra Mundial y fue la primera agencia especializada dentro del sistema de la ONU. Todo ello junto con sus objetivos principales la hacen considerable en su labor, que lleva a cabo por medio de adopción de normas internacionales, cooperación con los Estados y desarrollo de investigaciones y publicaciones que difunden los datos y realidades que la organización rescata.

Las normas internacionales de la OIT pueden ser convenios y recomendaciones, de contenido muy variado -por lo que sólo haremos referencia a los que exclusivamente tratan sobre los derechos de los migrantes y algunos que, siendo generales, son muy relevantes en la cuestión-, que recogen las normas mínimas sobre las materias que son competencia de la organización. El valor de estos

⁶ Acerca de la OIT: http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/lang--es/index.htm.

⁷ Como recoge Lillich: "At its very first session in 1919 the International Labour Conference (which is the general assembly of the ILO) adopted as one of its aims the promotion of equality of treatment for migrant workers *vis-à-vis* nationals, and the bilateral and tripartite co-ordination of migration policies". LILLICH, Richard B., *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1984, pág. 69.

textos, además de la vinculación jurídica que genera a los Estados, reside en su fundamentación en documentos y estudios desarrollados por la OIT con base en investigaciones especializadas, y por tanto con un conocimiento especializado y profundo de la materia.

La OIT se preocupó desde sus inicios por la suerte de los trabajadores migrantes, consciente de que son millones las personas que trabajan fuera de su país de origen y de la vulnerabilidad y las dificultades que ello les supone. Algunas de estas dificultades pueden ser más evidentes, como no tener facilidades para convalidar titulaciones o el desconocimiento del idioma; otras resultan de elevada preocupación, como el sufrimiento de la xenofobia, de la discriminación, de la desigualdad en el trato, entre otros. En todo caso, estas y otras cuestiones han preocupado a la OIT hasta el punto de elaborar varios convenios y recomendaciones como medio para organizar las migraciones, siempre desde una perspectiva laboral y proteger a los trabajadores migrantes. Su momento destacado llegaría en la Conferencia de 1975 que adopta el importante Convenio número 143⁸. En éste y en otros convenios y recomendaciones vamos a detenernos seguidamente.

1. Convenios de la Organización Internacional del Trabajo

Los convenios de la OIT están sujetos a ratificación, por lo que existe un compromiso de obligado cumplimiento una vez son ratificados por un Estado. Para dar cuenta de dicho cumplimiento, cada Estado presenta regularmente una memoria sobre la aplicación del convenio en cuestión ante la Oficina Internacional del Trabajo, que será examinada por una comisión de expertos independientes y una comisión tripartita de la Conferencia Internacional del Trabajo. Asimismo existen algunos procedimientos especiales que examinan las reclamaciones y las quejas sobre infracciones de algún convenio, como es el caso del Comité de Libertad Sindical, mencionado en el capítulo anterior.

⁸ Convenio de la OIT número 143 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes. Adopción: Ginebra, 60ª reunión CIT (24 junio 1975). (Entrada en vigor: 09 diciembre 1978). No ratificado por España.

Además de los convenios específicos sobre migrantes, existen algunos convenios generales de necesaria mención, pues su contenido acoge la protección de una serie de libertades fundamentales por parte de la OIT, tales como el derecho al trabajo, la libertad sindical, la protección contra el trabajo forzoso o contra la discriminación.

Hemos mencionar por último, antes de pasar a ver los convenios relevantes en nuestra materia, que el artículo 19.8. de la Constitución de la OIT establece lo siguiente: “En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación”. Ello implica, como es de suponer, la aplicación de la norma más favorable, sea ésta la de un Convenio o la de una norma interna.

1.1. Convenios de la Organización Internacional del Trabajo que ofrecen protección a los migrantes en situación irregular

Por orden cronológico, hemos de hacer referencia en primer lugar a tres Convenios que fueron relevantes en la inicial etapa de la OIT y que por diversos motivos han quedado superados por otros Convenios posteriores. El Convenio de la OIT número 21 relativo a la simplificación de la inspección de los emigrantes a bordo de los buques, de 5 de junio de 1926⁹, convenio específico sobre los trabajadores migrantes, ha quedado superado por instrumentos posteriores. Respecto al Convenio de la OIT número 23, de la repatriación de la gente de mar (revisado), 23 de junio de 1926¹⁰, ha sido revisado con posterioridad por el Convenio número 166¹¹. Como lo ha sido también el Convenio de la OIT número 48 relativo a la

⁹ Convenio de la OIT número 21 relativo a la simplificación de la inspección de los emigrantes a bordo de los buques. Adopción: Ginebra, 8ª reunión CIT (05 junio 1926). (Entrada en vigor: 29 diciembre 1927).

¹⁰ Convenio de la OIT número 23 relativo a la repatriación de la gente de mar (revisado). Adopción: Ginebra, 9ª reunión CIT (23 junio 1926). (Entrada en vigor: 16 abril 1928).

¹¹ Convenio de la OIT número 166 sobre la repatriación de la gente de mar (revisado). Adopción: Ginebra, 74ª reunión CIT (09 octubre 1987). (Entrada en vigor: 03 julio 1991).

organización de un régimen internacional para la conservación de los derechos del seguro de invalidez, vejez y muerte, de 22 de junio de 1935¹², convenio específico sobre conservación de los derechos de pensión de los migrantes, revisado por el Convenio número 157¹³.

El Convenio de la OIT número 29 sobre el trabajo forzoso, de 28 de junio de 1930¹⁴, define el trabajo forzoso u obligatorio como “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente” -artículo 2 del Convenio-, prohibiéndolo en todas sus formas salvo determinadas excepciones como las del servicio militar, entre otros. Ello sin duda ha afectado, a lo largo de la historia pero también ahora, a los migrantes, pues las condiciones en que en muchas ocasiones trabajan son deplorables y cercanas al trabajo forzoso, cuando no a la esclavitud.

La relevancia del Convenio de la OIT número 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, de 9 de julio de 1948¹⁵, proviene de su proclamación de la libertad sindical y otros derechos relacionados sin ninguna distinción -sobre todo, cabe destacar su extensión a ciertas categorías de trabajadores- y sin necesidad de autorización previa, así como permitió el progreso en cuanto al reconocimiento más amplio del derecho de huelga y su extensión respecto a categorías laborales, modalidades y acciones de reivindicación.

También protege la libertad sindical contra cualquier discriminación y a las organizaciones de trabajadores y de empleadores, promoviendo la negociación

¹² Convenio de la OIT número 48 relativo a la organización de un régimen internacional para la conservación de los derechos del seguro de invalidez, vejez y muerte. Adopción: Ginebra, 19ª reunión CIT (22 junio 1935). (Entrada en vigor: 10 agosto 1938).

¹³ Convenio de la OIT número 157 sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de seguridad social. Adopción: Ginebra, 68ª reunión CIT (21 junio 1982). (Entrada en vigor: 11 septiembre 1986).

¹⁴ Convenio de la OIT número 29 relativo al trabajo forzoso u obligatorio, 28 de junio de 1930. Adopción: Ginebra, 14ª reunión CIT (28 junio 1930). (Entrada en vigor: 01 mayo 1932).

¹⁵ Convenio de la OIT número 87 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación. Adopción: San Francisco, 31ª reunión CIT (09 julio 1948). (Entrada en vigor: 04 julio 1950).

colectiva, el Convenio de la OIT número 98 relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, de 1 de julio 1949¹⁶.

En cuanto al Convenio de la OIT número 100 relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, de 29 de junio de 1951¹⁷, recoge la igualdad de sexo entre los trabajadores, incluyendo por tanto a los migrantes, que en muchas ocasiones sufren con mayor énfasis la discriminación de género existente, de por sí con fuerte presencia, en nuestra sociedad.

El Convenio de la OIT número 105 relativo a la abolición del trabajo forzoso, de 25 de junio de 1957¹⁸, toma nota de las Convenciones de Naciones Unidas sobre la esclavitud de 1926 y 1956¹⁹. De tal modo, pretende complementar éstas y el Convenio número 29 y prohíbe cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio definido como: medio de coerción o de educación políticas; castigo por opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido; método de movilización y utilización de la mano de obra; medida disciplinaria de trabajo; castigo por haber participado en huelgas; o, finalmente, como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa.

El Convenio de la OIT número 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, de 25 de junio de 1958²⁰, recoge de nuevo la eliminación de cualquier tipo de discriminación -incluida la que se produzca por motivos de procedencia nacional-, para la obtención de empleo y las condiciones laborales,

¹⁶ Convenio de la OIT número 98 relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva. Adopción: Ginebra, 32ª reunión CIT (01 julio 1949). (Entrada en vigor: 18 julio 1951).

¹⁷ Convenio de la OIT número 100 relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. Adopción: Ginebra, 34ª reunión CIT (29 junio 1951). (Entrada en vigor: 23 mayo 1953).

¹⁸ Convenio de la OIT número 105 relativo a la abolición del trabajo forzoso. Adopción: Ginebra, 40ª reunión CIT (25 junio 1957). (Entrada en vigor: 17 enero 1959).

¹⁹ Convención sobre la Esclavitud, 25 de septiembre de 1926. Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, 7 de septiembre de 1956.

²⁰ Convenio de la OIT número 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Adopción: Ginebra, 42ª reunión CIT (25 junio 1958). (Entrada en vigor: 15 junio 1960).

cuestiones sin duda importantes que vendrán recogidas en otro de los Convenios de la OIT, el número 143, que por su relevancia analizaremos aparte.

Lo propio hará el Convenio de la OIT número 118 relativo a la igualdad de trato de nacionales y extranjeros en materia de seguridad social, de 28 de junio de 1962²¹, respecto a la igualdad de todos los trabajadores, con independencia de que sean nacionales o no del país en que trabajen, respecto a la seguridad social. Este importante tratado entró en vigor a pesar de las pocas ratificaciones, entre las que no se encuentra la española, y fue denunciado en 2004 por Holanda. La peculiaridad de este convenio viene, en nuestra opinión, de su complejidad a la hora de aplicarse pues dependiendo del tipo de prestación y de cada una de las ramas de la seguridad social definidas en el texto habrá que atenerse a la reciprocidad entre Estados -esto es que el Estado del extranjero sea un Estado miembro que haya ratificado el mismo convenio- para que sea efectiva la igualdad de trato de los migrantes. Por otra parte, los artículos 1, 4.1 y 4.2 recogen la residencia habitual como requisito suficiente para ser beneficiario de las prestaciones sociales, por lo que la exigencia de la estancia regular sería contraria a dichos preceptos²².

El Convenio de la OIT número 157 sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 21 de junio de 1982²³, entró en vigor el 11 de septiembre de 1986 a pesar de contar con las únicas ratificaciones de nuestro país, Filipinas, Kirguistán y Suecia. Aunque revisa el Convenio número 48²⁴ -convenio específico sobre conservación de los derechos de pensión de los migrantes-, y por tanto es relevante en cuanto a cuestiones de seguridad social de todos los trabajadores, cede su trascendencia al Convenio número 111, recién mencionado, debido al escasísimo apoyo que ha obtenido.

²¹ Convenio de la OIT número 118 relativo a la igualdad de trato de nacionales y extranjeros en materia de seguridad social. Adopción: Ginebra, 46ª reunión CIT (28 junio 1962). (Entrada en vigor: 25 abril 1964).

²² Groupe d'information et de soutien des immigrés, *La protection sociale des étrangers par les textes internationaux*, París, Gisti, 2004, pp. 17-18.

²³ Supra nota 13.

²⁴ Supra nota 12.

Convenio de la OIT número 166 sobre la repatriación de la gente de mar (revisado por el Convenio sobre el trabajo marítimo de 2006, que no ha entrado en vigor), de 9 de octubre de 1987²⁵, revisa el Convenio número 23. Al hablar de la gente de mar menciona a todo marino, cualquier migrante que trabaje a bordo de un buque tendrá derecho a la repatriación por parte del armador, con carácter general, salvo que se haya reconocido a un marino culpable “de conformidad con la legislación nacional o con los convenios colectivos, de una infracción grave de las obligaciones que entraña su empleo”. Esta excepción se recoge en el artículo 4.3 del Convenio, por el cual ninguna disposición menoscaba el “derecho de recuperar del marino total o parcialmente el costo de su repatriación, de conformidad con la legislación nacional o con los convenios colectivos”.

El Convenio de la OIT número 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, de 17 de junio de 1999²⁶, es aplicable asimismo a los niños migrantes. Sin embargo nos parece muy parca su protección por dos motivos. En primer lugar porque recoge prohibiciones ya establecidas en los Convenios 29 y 195 de la OIT y de las Convenciones sobre la esclavitud de 1926 y 1956, con la especificidad de referirse a toda persona menor de 18 años. En segundo lugar, y de gran importancia a nuestro entender, porque habla de “peores formas de trabajo infantil” como si pudiéramos considerar que existen mejores formas. Ello, no nos cabe duda, se enmarca en una disparidad de contextos locales en algunos de los cuales el trabajo infantil es “necesario” dada la pobreza generalizada de la sociedad en particular y, sobre todo, en el entendimiento de que dentro de esa realidad es “permisible” la realización de algunos tipos de trabajos, mientras que otros, los recogidos en este convenio, son prohibidos bajo cualquier circunstancia²⁷. En cualquier caso, por mucha justificación que intenten darle, el

²⁵ Supra nota 11.

²⁶ Convenio de la OIT número 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación. Adopción: Ginebra, 87ª reunión CIT (17 junio 1999). (Entrada en vigor: 19 noviembre 2000).

²⁷ El Convenio define en su artículo 3 como “peores formas de trabajo infantil”:

“a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;

Convenio alberga como posibilidad la esclavitud infantil en pleno siglo XXI, pues bien es sabido que ningún niño o niña debiera trabajar.

1.2. Convenio número 97 sobre trabajadores migrantes

El Convenio de la OIT número 97 sobre trabajadores migrantes, de 1 de julio de 1949²⁸, que revisaba el Convenio número 66 de 1939 y a su vez revisado en 1967, supone la base para un trato igualitario entre nacionales y migrantes en situación regular en algunos aspectos, así como para el reconocimiento de derechos para todos trabajadores migratorios.

En cuanto al primer aspecto, el tratamiento igual se da en cuestiones como el acceso al trabajo, las condiciones laborales y de vida, la afiliación a las organizaciones sindicales o el acceso a la justicia, entre otros derechos, y provee para los migrantes una protección contra el fin injustificado de un empleo o la expulsión injustificada.

Respecto al reconocimiento de derechos a todos los trabajadores migrantes, hay que partir de que el texto entiende como trabajador migrante a quien “emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta, e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante”²⁹. Por

b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;

c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y

d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños”.

²⁸ Convenio de la OIT número 97 sobre los trabajadores migrantes, que revisaba el Convenio núm. 66 de 1939 (revisado en 1967). Adopción: Ginebra, 32ª reunión CIT (01 julio 1949). (Entrada en vigor: 22 enero 1952). Ratificación España: 21 marzo 1967.

²⁹ Artículo 11 del Convenio, que declara lo siguiente:

“1. A los efectos de este Convenio, la expresión *trabajador migrante* significa toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta, e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante.

2. El presente Convenio no se aplica:

a) a los trabajadores fronterizos;

tanto, no excluye *a priori* de tal definición a aquella persona que pueda estar en situación irregular y a ellos les serán de aplicación los preceptos del Convenio que se refieren a todos los trabajadores y, por deducción, no lo serán aquellos preceptos que mencionen expresamente a aquellos que “se encuentren legalmente en su territorio”.

Los anexos de este Convenio -que convierten el texto en algo complicado, puesto que los Estados pueden excluir la aplicación de uno o más anexos- detallan ciertos aspectos del tema central del Convenio. Los anexos I y II se ocupan del reclutamiento y condiciones laborales de aquellos migrantes contratados por grupos privados, oficinas, organismos, entre otros, diferenciando si se produce bajo control gubernamental -Anexo II- o no -Anexo I-. El anexo III, por su parte, se centra en la importación de efectos personales, herramientas y equipo de los trabajadores migrantes reclutados. Por lo que los anexos del Convenio afectarán lógicamente y únicamente a los trabajadores que se encuentren en situación regular. De hecho el artículo 8 del Anexo I y el artículo 13 del Anexo II establecen en términos idénticos que “[s]e aplicarán sanciones apropiadas a cualquier persona que fomente la inmigración clandestina o ilegal”.

Los derechos que se despliegan para todo trabajador migrante son principalmente los relacionados con una información veraz sobre el proceso migratorio³⁰. La idea que subyace es la de promover una migración en condiciones de regularidad y con conocimiento más amplio del proceso de la migración desde el momento previo a la decisión de migrar. Estas obligaciones para el Estado vienen mejoradas en la Recomendación número 86 de la OIT, Recomendación sobre los trabajadores migrantes, de 1 de julio de 1949³¹.

-
- b) a la entrada, por un corto período, de artistas y de personas que ejerzan una profesión liberal;
 - c) a la gente de mar”.

³⁰ Artículo 2. “Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a mantener un servicio gratuito apropiado, encargado de prestar ayuda a los trabajadores migrantes y, especialmente, de proporcionarles información exacta, o a cerciorarse de que funciona un servicio de esta índole”.

Artículo 3. “1. Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga, siempre que la legislación nacional lo permita, a tomar todas las medidas pertinentes contra la propaganda sobre la emigración y la inmigración que pueda inducir en error.

2. A estos efectos, colaborará, cuando ello fuere oportuno, con otros Miembros interesados”.

³¹ Recomendación número 86 de la OIT, Recomendación sobre los trabajadores migrantes. Adopción: Ginebra, 32ª reunión CIT, 1 de julio de 1949.

A ello se le añaden la facilitación del proceso en sí -entrada y salida³²- y el reconocimiento de unos derechos básicos, tales como el derecho a la salud -limitado a los momentos de llegada o salida del país-³³, el acceso gratuito a los servicios de empleo³⁴ o la transferencia de remesas³⁵, desarrollados de manera más específica que en otros tratados, como la Convención de trabajadores migratorios. El resto de derechos recogidos³⁶, en el artículo 6 del Convenio, son sólo reconocidos para los trabajadores migrantes que se hallen legalmente en el territorio del Estado parte. Por ello, el alcance de este Convenio es más limitado, pero no desdeñable ya que lo han ratificado 47 Estados -varios de ellos europeos aunque manifestando reservas a anexos enteros del Convenio- frente a los 23 que han ratificado el Convenio número 143, al que a continuación nos referimos.

³² Artículo 4. “Todo Miembro deberá dictar disposiciones, cuando ello fuere oportuno y dentro de los límites de su competencia, con objeto de facilitar la salida, el viaje y el recibimiento de los trabajadores migrantes”.

³³ Artículo 5. “Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a mantener, dentro de los límites de su competencia, servicios médicos apropiados encargados de:

a) cerciorarse, si ello fuere necesario, de que, tanto en el momento de su salida como en el de su llegada, la salud de los trabajadores migrantes y de los miembros de sus familias autorizados a acompañarlos o a reunirse con ellos es satisfactoria;

b) velar por que los trabajadores migrantes y los miembros de sus familias gocen de una protección médica adecuada y de buenas condiciones de higiene en el momento de su salida, durante el viaje y a su llegada al país de destino”.

³⁴ Artículo 7. “1. Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a que su servicio del empleo y sus otros servicios relacionados con las migraciones colaboren con los servicios correspondientes de los demás Miembros.

2. Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a garantizar que las operaciones efectuadas por su servicio público del empleo no ocasionen gasto alguno a los trabajadores migrantes”.

³⁵ Artículo 9. “Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a permitir, habida cuenta de los límites fijados por la legislación nacional relativa a la exportación y a la importación de divisas, la transferencia de cualquier parte de las ganancias y de las economías del trabajador migrante que éste desee transferir”.

³⁶ Al respecto, véase CHOLEWINSKI, Ryszard, *Migrant Workers in International Human Rights Law: Their Protection in Countries of Employment*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pág. 102 y ss.

1.3. Convenio número 143 sobre migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migratorios

El Convenio de la OIT número 143 *sobre migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migratorios*, de 24 de junio de 1975³⁷, extiende su ámbito de aplicación a la regulación de los flujos migratorios y tiene como finalidad eliminar la migración clandestina, el tráfico ilícito y la trata de personas, así como facilitar la integración de los migrantes en las sociedades de acogida. Su propósito era el de complementar el Convenio de 1949 que ofrecía ya algunas lagunas y, así como el Convenio 97, permite que los Estados se vinculen a una o las dos partes del texto del Convenio³⁸.

No sólo eso, además el Convenio parte de la idea de que la existencia de tráficos ilícitos o clandestinos de mano de obra precisa de nuevas normas “especialmente dirigidas contra estos abusos”, cuestión a la que dedica de manera general la primera parte de esta norma -la segunda concierne a la *igualdad de oportunidades y de trato*, en referencia únicamente a los trabajadores migrantes en situación regular- y la participación en posteriores debates acerca de la vulnerabilidad y los abusos sufridos por los migrantes en situación irregular debido al tráfico ilícito, a la trata de personas y al empleo sumergido o ejercido en condiciones abusivas, explotadoras o esclavizantes. En este Convenio la OIT declara firmemente la necesidad de la acción coordinada entre los organismos especializados, especialmente la cooperación con Naciones Unidas, en las cuestiones relacionadas con los problemas diversos que conciernen a los trabajadores migrantes.

La parte I del Convenio, titulada *Migraciones en condiciones abusivas*, contiene en su artículo 1 la relevante obligación de los Estados miembros del mismo de respetar los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes, por tanto con independencia de la regularidad de su situación en el país.

Probablemente la mayor relevancia, en lo que nos concierne, de este Convenio sea esta parte I cuya finalidad es luchar contra los abusos producidos

³⁷ Supra nota 8.

³⁸ Artículo 16.1 del Convenio número 143.

contra los trabajadores migrantes y contra la clandestinidad sobre todo en su condición de trabajo, esto es, que la finalidad de ese proceso migratorio sea el empleo ilegal. Sin duda, el énfasis del Convenio y, por ende, de los Estados será contra la migración que se produzca irregularmente. Pero el centro de atención, como no podía ser de otra manera en la organización internacional especializada en temas laborales, es el empleo. Por tanto, la migración irregular, para considerarse dentro del ámbito de este texto, deberá siempre tener la finalidad del empleo³⁹. La importancia de este Convenio reside en que se considera por primera vez en un texto de carácter jurídico y vinculante, aunque finalmente lo sea sólo para 23 Estados, la existencia de la migración irregular, por un lado, y la vulnerabilidad de los migrantes en situación irregular, por otro⁴⁰. Y ello da lugar, como veremos, junto a otras iniciativas, a la preocupación e impulso por redactar una Convención de carácter más amplio y con mayor repercusión. No obstante, la Convención de Naciones Unidas ha sido ratificada por más número de Estados, a pesar de que su alcance es criticado precisamente por la ausencia de países importantes entre los que se han adherido al texto.

Los Estados deben adoptar medidas con el fin de perseguir a todo explotador o traficante con independencia del país en que tengan su base para delinquir y para ello el Convenio les obliga a tomar medidas de cara a contactar otros Estados e

³⁹ Los artículos 2 y 3 del Convenio tratan de definir en qué consiste una migración en condiciones abusivas.

“Artículo 2. 1. Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio deberá tratar de determinar sistemáticamente si en su territorio se encuentran trabajadores migrantes empleados ilegalmente y si existen movimientos migratorios con fines de empleo provenientes o con destino a su territorio, o en tránsito por éste, en los cuales los migrantes se vean sometidos durante el viaje, a su llegada o durante su permanencia y empleo, a condiciones que infrinjan los instrumentos internacionales o acuerdos multilaterales o bilaterales pertinentes, o la legislación nacional.

2. Las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores deberán ser consultadas plenamente y deberán tener la posibilidad de proporcionar la información de que dispongan al respecto.

Artículo 3. Todo Miembro deberá adoptar todas las medidas necesarias y convenientes, tanto en el ámbito de su propia jurisdicción como en colaboración con otros Miembros:

a) para suprimir las migraciones clandestinas con fines de empleo y el empleo ilegal de migrantes;

b) contra los organizadores de movimientos ilegales o clandestinos de migrantes con fines de empleo, que procedan de su territorio, se dirijan a él o transiten por el mismo, y contra los que empleen a trabajadores que hayan inmigrado en condiciones ilegales, a fin de evitar y suprimir los abusos a que se refiere el artículo 2 del presente Convenio”.

⁴⁰ CHOLEWINSKI, Ryszard, op. cit., pág. 132.

intercambiar información con ellos -artículos 4 y 5 del Convenio-. Asimismo, los Estados han de aplicar sanciones administrativas, civiles y penales a aquellos que contraten ilegalmente a trabajadores migrantes⁴¹. Ello ha impedido quizá un mayor número de ratificaciones, pues en algunos países no se considera acto punible del empleador contratar o emplear a personas de manera irregular o no existe la prisión como medida punitiva⁴².

Es particularmente novedosa la obligación que la OIT impone a los Estados en este Convenio, en su artículo 7, de consultar “acerca de la legislación y de las demás medidas previstas en el presente Convenio a fin de evitar o suprimir los abusos” que el texto menciona y reconocer la posibilidad de tomar iniciativas al respecto tanto a las organizaciones que representan a empleadores como a las que representan a los trabajadores.

Por otra parte, esta sección del Convenio recoge algunas provisiones sobre el bienestar de los trabajadores migrantes con independencia de su situación administrativa. Sorprende, entre esas provisiones, que todos los trabajadores migrantes y sus familiares tendrán igual trato que los nacionales respecto a los derechos adquiridos en un anterior empleo, como la seguridad social, la remuneración u otros beneficios. Asimismo en caso de ser expulsados, los migrantes no debieran correr con los gastos que su expulsión produce, como ya habíamos adelantado⁴³.

⁴¹ “Artículo 6. 1. Deberán adoptarse disposiciones en la legislación nacional para llegar a investigar eficazmente el empleo ilegal de trabajadores migrantes así como para la definición y aplicación de sanciones administrativas, civiles y penales, incluyendo la prisión, para el empleo ilegal de trabajadores migrantes, para la organización de migraciones con fines de empleo que se definen como abusivas en el artículo 2 del presente Convenio y para la asistencia deliberadamente prestada, con fines lucrativos o no, a tales migraciones.

2. Cuando un empleador sea objeto de una acción en justicia en aplicación de las disposiciones que se tomen en virtud del presente artículo, deberá tener el derecho de establecer la prueba de su buena fe”.

⁴² CHOLEWINSKI, Ryszard, op. cit., pág. 135.

⁴³ “Artículo 9. 1. Sin perjuicio de las medidas adoptadas para controlar los movimientos migratorios con fines de empleo, que aseguren que los trabajadores migrantes ingresen en el territorio nacional y sean admitidos al empleo de conformidad con la legislación pertinente, el trabajador migrante deberá, en los casos en que dicha legislación no haya sido respetada y en los que su situación no pueda regularizarse, disfrutar, tanto él como su familia, de igualdad de trato en lo concerniente a los derechos derivados de empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad social y otros beneficios.

Mención aparte nos merece, por su importancia, la posibilidad que la OIT abre a los Estados de conceder a los trabajadores migrantes el “derecho a permanecer en él [en el Estado miembro] y ser legalmente empleados” a pesar de residir o trabajar de manera irregular -ilegal, según el Convenio-⁴⁴. Asimismo, el texto - artículo 9.4- se refiere a la regularización estableciendo que nada de lo recogido en el Convenio impedirá a los Estados miembros conceder el derecho a permanencia y empleo legal, por lo que abre la puerta a tomar tal medida, sin considerarla obligatoria.

Junto con este Convenio se redactó una Recomendación que, a nuestro parecer, es la más destacable en cuanto a migrantes en situación irregular se refiere. Generalmente las recomendaciones desarrollan y complementan ciertos convenios, por lo que no rompen con lo establecido en éstos, sino que lo explican, por ello sólo hacemos referencia a la Recomendación número 151 de la OIT, Recomendación sobre los trabajadores migrantes, de 24 de junio de 1975⁴⁵, que además de ser la única relevante en nuestra materia amplía considerablemente el contenido del Convenio número 143 *sobre migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migratorios*.

Esta Recomendación replica algunas cuestiones ya recogidas en el Convenio número 143, ampliándolas incluso, como la igualdad de trato de los trabajadores migrantes en situación irregular en los derechos que se derivan de su anterior empleo, añadiendo ahora la sindicación y el ejercicio de los derechos sindicales - apartado 3 del párrafo 8- y las prestaciones diversas u otras indemnizaciones de acuerdo a la normativa nacional -párrafo 34-. Asimismo la Recomendación establece que el trabajador migrante no corra con los gastos de su propia expulsión -apartado 5 del párrafo 8-. Resulta también de especial importancia que el trabajador migrante

2. En caso de controversia sobre los derechos a que se refiere el párrafo anterior, el trabajador deberá tener la posibilidad de defender sus derechos ante un organismo competente, ya sea personalmente o por intermedio de sus representantes.

3. En caso de expulsión del trabajador o su familia, no deberían éstos correr con los costos de la expulsión”.

⁴⁴ Recogido en el apartado 4 del artículo 9: “4. Nada en el presente Convenio impedirá a los Miembros la concesión, a las personas que residen o trabajan de manera ilegal en el país, del derecho a permanecer en él y ser legalmente empleadas”.

⁴⁵ Recomendación número 151 de la OIT, Recomendación sobre los trabajadores migrantes. Adopción: Ginebra, 60ª reunión CIT, 24 de junio de 1975.

“debería” disponer de la posibilidad de recurrir ante una instancia administrativa o judicial una medida de expulsión, es más, establece que aquel debería tener el mismo derecho a la asistencia judicial que los trabajadores nacionales, además de disponer de la asistencia por intérprete -párrafo 33-.

Pero además, establece, como novedad, la obligación de tomar una decisión lo más pronto posible para que aquel trabajador migrante que no ha respetado la legislación pertinente sepa si su situación puede ser regularizada -apartado 1 del párrafo 8-. Reitera la posibilidad de defender sus derechos [del trabajador migrante en situación irregular] ante un organismo competente, ya sea personalmente o por intermedio de sus representantes -apartado 4 del párrafo 8-.

El texto de la Recomendación insiste en las cuestiones de política social, de reunificación familiar o de protección de la salud de los trabajadores migrantes, sobre todo en cuestión de seguridad laboral, dejando constancia de la importancia de que los migrantes puedan comprender las indicaciones que respecto al tema se les ofrezcan. En cuanto a servicios sociales, la Recomendación está cerca de realizar una definición del concepto integración en su párrafo 24⁴⁶, incluyendo todas las labores que deben incluir dichos servicios ofrecidos por las autoridades públicas o entidades sin ánimo de lucro, siendo en todo caso las administraciones públicas las responsables de que dicha atención esté al alcance de sus destinatarios. Es más que

⁴⁶ “24. Deberían proporcionarse además servicios sociales que realicen, en particular, las siguientes funciones en favor de los trabajadores migrantes y de sus familias:

- a) prestar a los trabajadores migrantes y a sus familias toda la ayuda necesaria para que puedan adaptarse al medio económico, social y cultural del país de empleo;
- b) ayudar a los trabajadores migrantes y a sus familias a obtener información y asesoramiento de los organismos competentes, por ejemplo, proporcionándoles servicios de interpretación y traducción; a cumplir formalidades administrativas y de otro tipo y a aprovechar plenamente los servicios y facilidades que se les ofrecen en sectores como la educación, la formación profesional y la enseñanza de idiomas, la salud, la seguridad social, la vivienda, los transportes y las distracciones; en la medida de lo posible, los trabajadores migrantes y sus familias deberían tener derecho a comunicarse en su propio idioma o en un idioma que conozcan bien con las autoridades públicas del país de empleo, sobre todo en materia de asistencia judicial y procedimientos legales;
- c) ayudar a las autoridades y a las instituciones responsables de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores migrantes y de sus familias a identificar las necesidades de esos trabajadores y a tenerlas en cuenta;
- d) facilitar a las autoridades competentes información y, si fuera necesario, asesoramiento para la elaboración, aplicación y evaluación de la política social relativa a los trabajadores migrantes;
- e) proporcionar información a los compañeros de trabajo y a los capataces y supervisores acerca de la situación y problemas de los trabajadores migrantes”.

probable que el hecho de que muchos países no hayan sido capaces de asegurar tales servicios a sus nacionales les empuje a no comprometerse a hacerlo realidad para los no nacionales.

2. Actividad de la Organización Internacional del Trabajo que afecta a la cuestión migratoria

Una de las peculiares y, sin duda, relevantes obligaciones que la OIT exige a los Estados miembros es que los instrumentos de la misma, tanto los convenios como las recomendaciones, sean enviados a las autoridades nacionales competentes dentro del año siguiente -a veces extensible a 6 meses más- para su consideración. Esta consideración no implica necesariamente que el Estado tenga que plantearse la ratificación, en el caso de un convenio. Sin embargo, la relevancia de esta medida, entendemos, es el sentido pedagógico que de ella emana, pues al menos toda norma de la OIT deberá ser conocida, aunque sólo sea de manera general por todos los Estados miembros. Nos parece lógico que si los Estados son parte deban ser asimismo concededores de toda la labor normativa que realizan por medio de la organización.

Las recomendaciones de la OIT no están sujetas a ratificación y generalmente complementan el contenido de los convenios, aunque también pueden referirse a cuestiones que no van a suponer una obligación formal para los Estados. Aun con todo el Consejo de Administración puede solicitar la presentación de una memoria por parte del Estado respecto a las recomendaciones o los convenios no ratificados, en la que informen sobre el estado de la legislación y la práctica respecto a los instrumentos en cuestión, con el objeto de conocer su implementación o las dificultades para que ésta se produzca⁴⁷.

Junto con estas memorias se presentan asimismo informes en los que los Estados dan cuenta de las medidas que han tomado para cumplir lo dispuesto en los

⁴⁷ Esta medida se introdujo en la reforma de la Constitución de la OIT llevada a cabo en 1946 y que entró en vigor en 1948. Oficina Internacional del Trabajo, *Las normas internacionales del trabajo. Manual de educación obrera*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1992, pág. 74.

convenios ratificados. Este control periódico se lleva a cabo, primero por una Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y, posteriormente, por la Conferencia Internacional del Trabajo en su reunión anual⁴⁸. La eficacia de este mecanismo es relativa. En todo caso, es más bien simbólica, puesto que cuando se ha considerado que el Estado incumple las obligaciones de un convenio se le invita a intervenir por parte de la Comisión que, dentro de la Conferencia Internacional, revisa los informes. Como en el caso de muchos de los mecanismos de protección y vigilancia de tratados del sistema de las Naciones Unidas, los Estados no tienen obligación de responder a estos requerimientos, sin embargo, es rara la ocasión en que no lo hacen. De todo el procedimiento, al final la Conferencia Internacional rescatará un informe señalando las consideraciones a tener en cuenta, que hará llegar a los gobiernos.

Además la OIT cuenta con otros procedimientos como la asistencia a los Estados, las reclamaciones y las quejas y los procedimientos de protección de la libertad sindical y otros derechos sindicales⁴⁹.

Por medio de la asistencia a los Estados, la OIT trata de ayudarlos cuando éstos se encuentran con dificultades para aplicar los instrumentos normativos. Esta asistencia se produce mediante los contactos directos, los estudios especiales sobre la discriminación, mecanismos educativos -como los ciclos de formación-, el establecimiento de consejeros regionales en normas, o la cooperación técnica.

En segundo lugar, cualquier organización laboral o de empleadores -en el caso de las reclamaciones-, cualquier Estado miembro de la organización o el propio Consejo de Administración -estos dos en el caso de las quejas- pueden dirigirse a la OIT alegando la inobservancia de algún instrumento por parte de un Estado.

Por otra parte, los procedimientos de protección de la libertad sindical y otros derechos sindicales son la Comisión de Investigación y Conciliación en Materia de Libertad Sindical y el Comité de Libertad Sindical. Ambos procedimientos se dirigen a hacer efectivos los convenios relativos a la libertad sindical y, especialmente los

⁴⁸ El control periódico difiere en su periodicidad de uno a otro convenio, por lo que habrá que estar a lo que respecto al mismo diga la organización. Sobre el procedimiento, puede verse, Oficina Internacional del Trabajo, *Las normas internacionales...*, pp. 84-91.

⁴⁹ Véase CHOLEWINSKI, Ryszard, op. cit., pág. 85 y ss.

Convenios número 87 y 98. La Comisión examina las quejas sobre infracciones de los derechos sindicales, incluyendo el examen *in loco*⁵⁰. El Comité examina los informes respecto al cumplimiento de las observaciones que la OIT hace tras las conclusiones de la Comisión, pero también examina casos concretos, de hecho esta labor se ha convertido en su función principal.

Haremos especial referencia al Comité de Libertad Sindical por haber tenido un pronunciamiento interesante respecto a los derechos de los migrantes en España. En marzo del 2002, el Comité de Libertad Sindical de la OIT se pronunciaba respecto a una queja presentada por el sindicato español, la Unión General de Trabajadores⁵¹. En este pronunciamiento el Comité concluía que España violaba el Convenio número 87 de la OIT, en su artículo 2, en cuanto al derecho a “constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones”.

Resulta sorprendente la respuesta dada por el Gobierno en nombre del Estado español ante este pronunciamiento, que interpreta que España entra en el supuesto de ciertos Estados mencionados en el PIDESC⁵², que “teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el Pacto a personas que no sean nacionales suyos”. Y resulta sorprendente por cuanto que esta cláusula del

⁵⁰ Sobre el procedimiento de la Comisión de Investigación y Conciliación en Materia de Libertad Sindical, véase Oficina Internacional del Trabajo, *Las normas internacionales...*, pp. 108-110.

⁵¹ Véase la referencia que el profesor Chueca hace a diferentes mecanismos internacionales que certifican la violación por parte de España y por medio de su ley de extranjería de las obligaciones normativas internacionales, entre los que se incluyen este pronunciamiento de la OIT. CHUECA SANCHO, A. G. “Ley de Extranjería y tratados internacionales: una violación permanente e internacionalmente comprobada”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Lex Nova, núm.7, noviembre 2004, pp.123-138.

Véase RODERA RANZ, Susana, «Una hipotética reforma de la Ley de Extranjería acorde con el Derecho Internacional», en APARICIO WILHELMI, Marco; ILLAMOLA DAUSÀ, Mariona; MOYA MALAPEIRA, David; RODERA RANZ, Susana, *Las fronteras de la ciudadanía en España y en la Unión Europea. Actas del II y III Encuentro de jóvenes investigadores en derecho de inmigración y asilo*, Girona, Documenta Universitaria, 2006, pp. 101-112.

⁵² Parágrafo 558 del Informe núm. 327, que recoge la respuesta de España. En este informe el Comité menciona expresamente que la única excepción posible a la libertad sindical es en caso de las fuerzas armadas y la policía, con base en el artículo 9 del Convenio número 87 de la OIT.

Informe núm. 327 del Comité de Libertad Sindical de la OIT (para. 548-562) Vol. LXXXV, 2002, Serie B, núm. 1. Caso núm. 2121, queja presentada por la Unión General de Trabajadores de España (UGT) el 23 de marzo de 2001.

PIDESC se refiere a los países en vías de desarrollo⁵³. Sin duda, las reacciones ante tal respuesta, no sólo por parte del sindicato que presentó la queja, sino también por otros sectores como organizaciones que trabajan por los derechos de los migrantes, han sido de sorpresa ante tal atrevimiento por parte del Gobierno español. Finalmente, se introdujo en la Ley de Extranjería el derecho de sindicación, tanto de fundar como de afiliarse a cualquier organización, reconociendo por tanto la infracción del Convenio núm. 87, así como también del artículo 22 del PIDCP - aunque no sea el precepto denunciado-.

3. Valoración y proyección de la labor de la Organización Internacional del Trabajo

El valor de los pronunciamientos de la OIT reside, en nuestra opinión, en dos aspectos: el carácter tripartito de la organización y su ruptura con el concepto clásico de soberanía nacional. El hecho de que trabajadores, empleadores y gobiernos se sienten en la misma mesa y bajo las mismas condiciones da un enorme significado a los debates y decisiones que ahí se producen. En cuanto a la ruptura con el concepto clásico de soberanía nacional, proviene de la exigencia de todo texto de la OIT de ser aplicado de igual manera a nacionales y extranjeros. De tal modo, como dice la propia OIT, se establece “el principio de que en este campo hay un derecho internacional cuya autoridad trasciende las fronteras”⁵⁴.

Por otra parte, hemos de agradecer a la OIT la introducción de cierta sensatez tanto en el proceso de desarrollo como en el contenido de las normas internacionales. Nos referimos al mecanismo ya mencionado que hace llegar a todos Estados el texto de cada convenio y recomendación, a pesar de que el Estado no tenga intención de ratificarlo, pero también a los cambios “procesales” como la eliminación de la unanimidad para que sean aprobados los textos, la introducción del sistema tripartito en la adopción de los instrumentos. En cuanto al contenido, es destacable la

⁵³ Artículo 2.3 del PIDESC.

⁵⁴ Oficina Internacional del Trabajo, *Las normas internacionales...*, pág. 83.

especialización de las normas internacionales de la OIT así como su compromiso con los derechos humanos y, obviamente, con la política social y de desarrollo.

Las normas de la OIT han ejercido su efecto en las normativas nacionales. Tal constatación por la propia organización se debe a las declaraciones que diversos países -países tan diferentes como Malasia, Canadá, Argentina o Camerún- han hecho respecto al efecto que los instrumentos internacionales de la OIT han tenido de manera positiva en la elaboración de su legislación nacional. Ello ocurre por medio de un mecanismo de control, ya referido, que resulta, nos atreveríamos a decir, el más adelantado en cuanto a su procedimiento⁵⁵, por contar tanto con el examen de los expertos como con el tripartito dentro de un marco de publicidad y de igualdad entre las partes que intervienen en el proceso.

La labor de la OIT en los últimos años ha dejado apartado el tema migratorio y ha prestado poca atención a los trabajadores que se encuentran en situación irregular, de hecho en los últimos diez años ninguna de las conferencias sectoriales ha estado dedicada a este tema. Su penúltima intervención en esta cuestión fue la labor realizada en el Grupo de Trabajo que preparaba la CTM durante la década de los 80, hasta su aprobación en 1990. Posteriormente ha retomado las campañas para promover la ratificación de los convenios relativos a los trabajadores migrantes. Asimismo ha hecho algún esfuerzo de cara a facilitar la migración regular y la integración, así como a luchar contra la migración irregular y la discriminación contra los trabajadores migrantes en los países de destino, como parte de una tendencia generalizada de política migratoria a nivel global y también como parte de la labor que siempre ha desarrollado respecto a esta cuestión.

La última intervención, o acción llevada a cabo respecto a los trabajadores migrantes, es un convenio muy reciente -del año 2011- que aun refiriéndose a un

⁵⁵ Incluso la Subcomisión sobre Relaciones y Movimientos Internacionales del Comité de Asuntos Exteriores de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos se atrevió a declarar en 1974 que “los métodos de la OIT para proteger los derechos humanos deberían ser emulados por otras organizaciones Internacionales. Así lo recoge la OIT en Oficina Internacional del Trabajo, *El impacto de los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1977, pág. 70.

colectivo concreto, el Convenio núm. 189 sobre el trabajo doméstico⁵⁶, afecta de manera importante a la población migrante, pues la mayoría de trabajadores, pudiéramos decir trabajadoras, que se dedican a esta labor son migrantes. Y tal es la importancia que la OIT le ha dado a la cuestión que tanto en su Preámbulo como en el articulado hace referencia expresa a los trabajadores domésticos migrantes. El artículo 8 establece la aplicabilidad de todo el Convenio a los trabajadores migrantes -tenemos presente que no realiza distinción entre aquellos que se encuentran en situación regular o irregular, precisamente porque parte de la existente explotación en este ámbito laboral- y el artículo 15 se refiere a las prácticas abusivas en este sector, que afectan significativamente a los migrantes por su condición de extranjero, es decir, con una peor disposición de redes sociales, un desconocimiento de las normas y de los procedimientos para reclamar sus derechos.

Habida cuenta de lo hasta aquí referido, ¿qué podemos esperar de la OIT para mejorar la situación jurídica y social de los migrantes en situación irregular en su acción en los próximos años? Entendemos que la labor normativa no debe estancarse, sino que debe seguir adaptándose a la realidad social y reflejo de ello es la participación activa de la organización en el grupo de trabajo que redactó la CTM. Probablemente, en cuestiones de política social la OIT todavía pueda ofrecer nuevos instrumentos y pronunciamientos, como ha sido el último Convenio aprobado sobre el trabajo doméstico -a pesar de no haber entrado todavía en vigor-. La adaptación a los nuevos cambios será una necesidad de la organización, consciente de su compromiso con los problemas sociales globales, entre los que incluye y destaca las cuestiones relacionadas con los trabajadores migrantes⁵⁷.

Como punto final, recordemos los principios recogidos en la Declaración de Filadelfia de 1944⁵⁸: el trabajo no es una mercancía; la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante; la pobreza, en cualquier lugar,

⁵⁶ Convenio de la OIT número 189 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos. Adopción: Ginebra, 100ª reunión CIT (16 junio 2011). Entra en vigor el 5 de septiembre de 2013.

⁵⁷ Oficina Internacional del Trabajo, *El impacto...*, pág. 96.

⁵⁸ Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Filadelfia, 10 de mayo de 1944. Incorporada a la Constitución de la OIT.

constituye un peligro para la prosperidad de todos; la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante esfuerzo internacional, continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común. Consideramos que tales principios debieran seguir permitiendo la labor de esta organización, pues todavía la comunidad global está lejos de haber cumplido con ellos.

El valor de esta organización internacional queda reflejado en lo que la propia OIT define como el “cambio radical”⁵⁹ que las normas de la organización han suscitado en la idea que previamente se tenía respecto a las relaciones internacionales y los medios de acción propios de la comunidad mundial. La OIT surgía con el propósito primordial de adoptar unos textos normativos que hicieran frente a los problemas de injusticia, miseria y privaciones y determinaba la responsabilidad de la comunidad internacional al respecto. Este modelo de organización internacional, con tales actores y con semejantes fines, es, en nuestra opinión, de loable respeto y futura imitación si, de verdad, se quiere afrontar de una manera justa la problemática asociada a la situación migratoria irregular, puesto que ha demostrado ser una organización adaptable y adaptada a los tiempos y, por ende, a las necesidades en el ámbito sociolaboral. En tal sentido, la consideración de la clase trabajadora como única, sin distinción por motivos de nacionalidad o de otro tipo, ha sido uno de los mayores logros y a su vez de las mejores oportunidades para continuar protegiendo a los trabajadores migrantes.

II. Organización Internacional para las Migraciones

La Organización Internacional para las Migraciones es una organización intergubernamental creada en 1951. Su funcionamiento se basa en el principio de que las migraciones deben producirse en condiciones humanas y de forma ordenada de

⁵⁹ Oficina Internacional del Trabajo, *El impacto...*, pág. 3.

manera que beneficien tanto a los migrantes como a la sociedad que los recibe. En el momento actual está formada por 151 países miembros, 100 observadores, siendo éstos Estados y organizaciones internacionales y no gubernamentales. Su labor se lleva a cabo en todos los continentes, con Misiones nacionales, Misiones con Funciones Regionales y Misiones con Funciones Extraordinarias de Enlace que bajo el mandato de la Dirección General -con sede en Ginebra- realizan las diferentes tareas que esta organización tiene.

Entre estas tareas⁶⁰, se encuentran algunas directamente relacionadas con los migrantes en situación irregular que podemos agrupar en: tareas asistenciales, las relacionadas con violaciones graves de derechos humanos y las formativas y reivindicativas de derechos de los migrantes en situación irregular.

Las tareas que denominamos asistenciales consisten en acudir en ayuda de los Estados en aquellas cuestiones que lo requieren. Tal es el caso del retorno de migrantes quienes, en el caso de encontrarse en situación irregular y estar obligados a retornar a su país, pueden optar por el retorno voluntario. En este caso, la OIM cuenta con el programa AVR -Assisted Voluntary Returns, Retornos Voluntarios Asistidos- que ayuda no sólo a los migrantes en situación irregular, también a otros colectivos de migrantes que deseen volver a su país de origen y cumplan ciertos requisitos. La idea de este programa es favorecer los flujos migratorios regulares. Obviamente esta finalidad se refuerza con otro tipo de labores como las investigaciones que la organización realiza o las relaciones que mantiene tanto con organismos públicos como con otro tipo de organizaciones y colectivos.

Al respecto de esta asistencia, hemos de considerar su función positiva. El programa AVR posibilita que puedan volver a sus países de origen aquellos migrantes en situación irregular, en un limbo jurídico del que les resulta muy complicado escapar, que desean retornar a sus países de origen, pero que temen razonadamente la detención u otras medidas represivas y, sobre todo, no encuentran los recursos económicos para poder realizar tal retorno⁶¹. El programa consta de una etapa previa en la que se asesora a la persona y también se le informa sobre la

⁶⁰ Lo recogido en este capítulo se fundamenta casi en su totalidad en la labor realizada por la autora como consultora de la OIM en la Misión de esta organización en Chile.

⁶¹ Basado en testimonios personales recogidos por la autora.

situación en el país al que retorna, de la etapa de transporte -propiamente el AVR⁶²- y de una etapa posterior a la llegada, en la que se recibe y apoya a la persona⁶³.

Las labores que realiza la OIM en relación a violaciones graves de derechos humanos están relacionadas principalmente con el tráfico y la trata de personas. Para ello, la organización realiza proyectos que van destinados tanto a la prevención de estas violaciones como a la asistencia directa a las víctimas y cooperación con los diversos agentes implicados. En cuanto a la prevención la OIM dedica sus esfuerzos, sobre todo, a la formación técnica de todos aquellos que de una u otra manera han de conocer el proceso de las mafias que se dedican a estos delitos -sobre todo de las fuerzas de seguridad- y a la divulgación para un mejor conocimiento y concienciación por parte de la sociedad en general. En relación a la asistencia a las víctimas, por medio del personal de la organización, se ofrece tanto asistencia jurídica como psicológica o se asesora y deriva a los respectivos servicios sociales. Asimismo, para la realización de ambas, se llevan a cabo estudios especializados que incluyen en ocasiones investigaciones de campo que “descubren” situaciones graves de violaciones de derechos humanos, para ello la labor del personal entrevistando a diversos agentes relacionados con el fenómeno migratorio o accediendo directamente a lugares y personas es fundamental⁶⁴. Tras el conocimiento de violaciones de derechos humanos la asistencia directa es otra de las labores esenciales que realiza la organización.

Por último, respecto a los derechos humanos de los migrantes en situación irregular la OIM reclama el reconocimiento, respeto y efectividad de los derechos

⁶² Para ello las misiones -oficinas centrales en los países en los que está presente la OIM- cuentan con personal dedicado a gestionar el viaje, los pagos y la asistencia que puedan requerir las personas.

⁶³ De acuerdo con la propia organización en la última década se ha asistido a más de 400.000 personas con este programa, que han retornado a más de 160 países.

⁶⁴ Como consultora, realizamos una investigación de campo sobre la trata de seres humanos, para ello no sólo entrevistábamos a agentes implicados -personal de la administración, policía, consulados, entre otros-, sino también accedimos a zonas agrícolas donde se explotaba laboralmente o a clubs de alterne donde se contactaban posibles víctimas de trata y se pudo visibilizar y denunciar algunos casos.

La OIM cuenta con una base de datos de lucha contra la trata, denominado Módulo de Lucha contra la Trata de Personas, importante no sólo por las cifras sino también por los datos que recoge, facilitando la asistencia y recopilando información de cara a la denuncia y a la prevención y lucha contra este crimen.

humanos que toda persona posee⁶⁵. Para ello centra su labor, tanto en el ámbito de las administraciones como de los colectivos relacionados con los migrantes, en la información al respecto y la defensa de estos derechos, centrándose generalmente en cuestiones básicas como son el derecho a la salud de todo migrante o el derecho a la educación de los menores.

Sin duda, esta posición de la OIM, actuando siempre desde una perspectiva de respeto de los entes implicados en los procesos migratorios, le ha valido el reconocimiento por parte de los Estados y, en consecuencia, es tenida en cuenta para las iniciativas legislativas y políticas de los mismos relativas a migraciones.

III. La práctica en el sistema de la Organización de las Naciones Unidas

La evolución de la normativa internacional ha ido avanzando en una delimitación del concepto de migrante en situación irregular y, definitivamente, de su estatuto. Y ello ha ido aparejado en la práctica mediante el reconocimiento efectivo de la tutela de derechos humanos y libertades fundamentales. En verdad, la evolución en el plano más teórico dejaría de tener sentido si ello no se hubiera reflejado en una paralela evolución en el ámbito práctico. De ahí que consideremos fundamental hacer referencia a la evolución de la aplicación de la definición de migrante en situación irregular en la práctica internacional, una práctica que constata el manifiesto deber de todo Estado de reconocer la titularidad de derechos del migrante cualquiera que sea su situación administrativa, esto es, la obligación de respetar un estándar mínimo internacional.

Partiendo de una perspectiva internacional, la aplicación en la práctica de una definición de migrante en situación irregular pudiera parecer bastante limitada. Y sería así si atendemos a la evolución normativa del concepto que hemos desarrollado principalmente en el capítulo segundo, por un lado, y a los limitados medios de

⁶⁵ Al respecto, pueden verse los diferentes informes que realiza la organización que suelen centrarse en un tema central, pero que además desarrollan cuestiones muy variadas en relación con los derechos humanos. El último informe: International Organization for Migration, *World Migration Report 2011: Communicating Effectively about Migration*, Geneva, IOM, 2011, 184 p.

reclamación y, por tanto, de reparación, a los que el individuo puede acudir en la esfera internacional, por otro. Sin embargo, son dos vertientes las que podemos considerar en la práctica internacional respecto al tema que nos ocupa: por un lado, aquellas situaciones que derivan en una responsabilidad del Estado o de otros sujetos por violaciones de derechos humanos ante las que el individuo reclama en esa esfera de manera extra-judicial; y por otro lado, aquellas otras situaciones que resultan en responsabilidad internacional del Estado reclamables ante una jurisdicción, ya sea por el ejercicio de la potestad de otro Estado de defender sus intereses y a sus nacionales, es decir, el ejercicio de la protección consular, ya sea como denuncia de violaciones de derechos ante un tribunal por personas físicas o jurídicas.

El primer grupo se compone de ciertos mecanismos cuasi-jurisdiccionales, convencionales -mención aparte del Comité Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares-, o extra-convencionales, siempre en el ámbito internacional universal. El segundo grupo se limita a los escasos órganos jurisdiccionales en la esfera internacional: la Corte Internacional de Justicia -en adelante CIJ o la Corte, que, si bien no admite la demanda individual para iniciar un proceso, tiene una relevancia incontestable respecto a la defensa de intereses estatales y de derechos individuales⁶⁶-; la Corte Penal Internacional -que por el momento no entra dentro de nuestro alcance, pero que dadas sus competencias pueda llegar a ser relevante en el futuro en algunos supuestos de extrema gravedad-; y, dentro de la jurisdicción internacional de ámbito regional, los tribunales regionales, a los que no haremos referencia por salir de nuestro ámbito de estudio exclusivamente universal, pero que deben tenerse presentes, junto con los órganos jurisdiccionales internos a la hora de reclamar posibles violaciones de derechos de los migrantes en situación irregular u otro tipo de

⁶⁶ La subjetividad internacional de la persona en Derecho internacional es una cuestión controvertida, aunque cada vez más efectiva su admisión con ciertas limitaciones. En este sentido, la Corte Internacional de Justicia no se ha mostrado contraria a dicha subjetividad y, como nos recuerda el profesor Pastor Ridruejo, ha admitido “que un tratado pueda crear directamente derechos y obligaciones para aquellos [los individuos]”. Al respecto Pastor Ridruejo cita la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional en la que se reconoce que nada impide el acuerdo para conceder indemnizaciones por parte de un Estado a los nacionales de otro Estado por los perjuicios causados por una violación del Derecho internacional por parte de aquel primer Estado, CPJI, serie A, número 17, pág. 28 (A/B 32, Sentencia nº 13 de 13 de septiembre de 1928). Véase PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, *La jurisprudencia del Tribunal Internacional de La Haya*, Madrid, Rialp, 1962, pág. 301.

acciones judiciales que con el fin de resolver problemas relacionados con la situación irregular.

1. Mecanismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos y su interés para la protección de los migrantes en situación irregular

La organización de las Naciones Unidas constituyó el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos⁶⁷ con la finalidad de proteger y promover el respeto de los derechos humanos. Así pues, el año 1993 supone un punto de inflexión importante en la protección de los derechos humanos de toda persona tanto en su plano teórico como en el más práctico.

En el ámbito teórico, el Programa de Acción y la Declaración de Viena proclaman la universalidad, la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos humanos⁶⁸. En el ámbito práctico, se reconoce a cualquier persona, grupo de personas u organización la posibilidad de someter a las Naciones Unidas un problema relacionado con los derechos humanos. En este sentido, los procedimientos convencionales y los procedimientos extra-convencionales para la denuncia de violaciones constituyen, como veremos a continuación, un instrumento “relativamente” eficaz en la promoción del respeto de los derechos humanos y la prevención de posibles abusos, incluso, en ocasiones, la reparación de los daños sufridos, aunque muchas veces ésta sea una reparación moral⁶⁹.

Además de estos mecanismos de protección existen algunos órganos y agencias dentro del ámbito de las Naciones Unidas, que por medio de convenios,

⁶⁷ Creado por la Resolución de la AG 48/141, de 20 de diciembre de 1993. A/RES/48/141, *Alto Comisionado para la promoción y la protección de todos los derechos humanos*, de 7 de enero de 1994.

⁶⁸ Declaración de Viena de la Conferencia Mundial de derechos humanos, 25 de junio de 1993. UN Doc. A/CONF.157/23, *Declaración y Programa de Acción de Viena*, de 12 de julio de 1993.

⁶⁹ Respecto a su funcionamiento, eficacia y valor frente a la comunidad internacional véanse, entre otros: SALADO OSUNA, Ana, *Textos básicos de Naciones Unidas relativos a Derechos Humanos y Estudio Preliminar*, Sevilla, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 1997, pp. 35-61; VILLÁN DURÁN, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Trotta, 2002, 381-819.

informes u otro tipo de resoluciones ofrecen un marco de protección para los migrantes. Entre éstos, podemos destacar la OIT, a la que nos hemos referido ampliamente y que ha elaborado diversos convenios de protección de los trabajadores migrantes e informes sobre la situación de los mismos y cuya labor en la campaña de ratificación de la CTM ha sido también muy importante, o la OIM, asimismo reseñada. Por otro lado, los informes de la UNESCO, de UNICEF o de la Subcomisión de Protección de los Derechos Humanos han sido importantes para un mejor conocimiento del fenómeno migratorio, aunque no disponen de mecanismos concretos de protección o reclamación puesto que sus funciones tienen otros cometidos.

Asimismo, podemos destacar las resoluciones del Consejo Económico y Social y de la Asamblea General de Naciones Unidas, que han recomendado en muchas ocasiones la ratificación de la CTM y la toma de medidas por parte de los Estados, todo ello con la intención de hacer efectiva la protección de los derechos humanos⁷⁰. Sin embargo, por lo general se trata de medidas que ayudan en la protección por medio de directrices y consejos a los Estados, es decir, no constituyen obligaciones jurídicas.

Los Estados miembros están obligados a rendir cuentas sobre sus prácticas, sobre todo las prácticas discordantes con los tratados ratificados por aquellos, en materia de derechos humanos⁷¹. Sin embargo -y sin que este adelanto desmerezca el valor de los mecanismos de la ONU- no se pueden imponer las decisiones adoptadas al respecto, ya que no se dispone de medios coercitivos para garantizar su cumplimiento, ni los instrumentos creadores de dichos mecanismos reconocen tal eficacia jurídica a sus resoluciones e informes⁷². Por tanto, queda en cierto modo a merced de la voluntad de los Estados el cumplimiento de las mismas; éste suele llevarse a cabo y los países en cuestión acostumbran a acatar dichas decisiones o

⁷⁰ Véase, por ejemplo, la Resolución 56/145 de la Asamblea General que exhortaba “a todos los Estados Miembros a que consideren, como cuestión prioritaria, la posibilidad de firmar y ratificar la Convención o de adherirse a ella”. Resolución de la Asamblea General A/RES/56/145, *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, de 6 de febrero de 2002.

⁷¹ SALADO OSUNA, A., op. cit., pp. 48 y 64.

⁷² Office of the High Commissioner for Human Rights; United Nations Staff College Project, *Human Rights: A Basic Handbook for UN Staff*, Naciones Unidas, pág. 51.

recomendaciones por parte de los comités u otros órganos, aunque sólo sea por una “cuestión de imagen”. Sin embargo, debemos tener presente que los Estados no están obligados y, en algunas ocasiones, ello se demuestra con la inobservancia de los mencionados dictámenes⁷³.

Asimismo, se producen otros inconvenientes de mayor calado para la consideración de la efectividad de estos mecanismos. En primer lugar, muchos países no presentan los informes o no lo hacen a su debido tiempo, con lo cual la única manera de conocer acerca de la situación de los derechos humanos en ese país es por medio de las comunicaciones que transmiten los órganos responsables de los mecanismos extraconvencionales⁷⁴ o los informes o denuncias que provengan del ámbito privado -esto es, de personas u organizaciones-. Por otra parte, los términos expresados en las resoluciones de los comités suelen ser advertencias o consejos que invitan a los Estados a cumplir los tratados, pero que no le advierten de “posibles” consecuencias en caso de que incumplan. Son opiniones y no decisiones⁷⁵.

Nos encontramos además con los problemas relacionados con la accesibilidad a los mismos. Si ya resulta difícil que un Estado reconozca sus infracciones, resulta todavía más complicado que facilite a las personas migrantes el acceso a estos instrumentos que servirán de constatación de dichas infracciones. A veces se obstaculiza el acceso a la justicia nacional -ello ocurre, por ejemplo, cuando se lleva a cabo una expulsión sin permitir el recurso contra la decisión que la determina-, que, como ya sabemos, es un requisito para acudir posteriormente a estos instrumentos internacionales, y, otras veces, se obvia hacer cualquier referencia a los mecanismos internacionales dificultando el conocimiento respecto a su existencia y

⁷³ Véase la correspondencia de Estados Unidos de América en contestación al informe de la Relatora de Migrantes de acuerdo con la Misión Oficial realizada por ésta a la frontera EEUU-México durante el 2002, Carta de fecha 2 de abril de 2003 dirigida a la Secretaría de la Comisión de Derechos Humanos por la Misión Permanente de los Estados Unidos de América ante la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, E/CN.4/2003/G/74. En dicha contestación, el Estado afectado no reconoce ninguna de las acusaciones mencionadas por esta Relatora. Correspondencia a la CDH ante el informe E/CN.4/2003/85/Add.3, de 30 de octubre de 2002 de la REM a la CDH sobre esta misión.

⁷⁴ Existe colaboración entre ambos mecanismos, sobre todo por parte de los extraconvencionales que, al transmitir sus informes a la CDH o a la AG sobre determinados países o sobre denuncias recibidas, ponen en conocimiento de estos órganos la situación de los derechos humanos en uno u otro país.

⁷⁵ SALADO OSUNA, Ana, op. cit., pág. 47. Véase también ARP, Björn, «Lessons Learned from Spain's Practice before the United Nations Human Rights Reporting Mechanisms: Treaty Bodies and Universal Periodic Review», *Spanish yearbook of international law*, N° 15, 2009, pp. 1-37.

funcionamiento e intentando así evitar que acudan a los mismos⁷⁶. Podemos entender que, por lo común, la mayoría de las víctimas no conozcan sobre las garantías jurídicas de las que son titulares, pero no es aceptable que la propia administración no facilite ese conocimiento a las personas interesadas. Ello es consecuencia de varios factores como son un cierto y preocupante desinterés de las administraciones públicas respecto a la protección de los derechos humanos, una ausencia de sensibilización al respecto y una insuficiente formación relativa a los derechos humanos y los instrumentos que los protegen, en general, y por los agentes públicos implicados, en particular.

1.1. Instrumentos convencionales

No revelamos nada nuevo al recoger aquí, que en el ámbito de los instrumentos convencionales, las Naciones Unidas disponen de tres diferentes tipos de mecanismos para la protección de los derechos humanos. Podemos hablar de mecanismos contenciosos, no contenciosos y cuasi-contenciosos⁷⁷. El primero lo constituye la Corte Internacional de Justicia a la que nos referiremos más adelante. Los segundos los constituyen aquellos mecanismos que conocen sobre la aplicación en los ordenamientos internos de los derechos recogidos en los tratados, sin existir una controversia. Los terceros, los cuasi-contenciosos, son órganos que no tienen carácter jurisdiccional, pero resuelven una controversia entre dos partes. Como el primero lo veremos más adelante por su especial importancia, haremos aquí referencia a los otros instrumentos.

Con mecanismos no contenciosos nos referimos a los informes periódicos y a las investigaciones⁷⁸ de los órganos de control -generalmente denominados Comités-

⁷⁶ Si la justicia nacional no garantiza una protección adecuada de los derechos humanos, se puede acudir a los mecanismos internacionales sin necesidad de haber agotado los cauces judiciales nacionales. Office of the High Commissioner for Human Rights; United Nations Staff College Project, op. cit., pág. 40.

⁷⁷ Seguimos la clasificación recogida por la profesora Salado. SALADO OSUNA, A., op. cit., pág. 46 y ss.

⁷⁸ Previsto únicamente en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en su artículo 20.

encargados de velar por el cumplimiento de los tratados principales de derechos humanos. Su labor se centra en el intercambio de comunicaciones entre el órgano de control y los Estados a raíz del informe que el Estado presenta ante el órgano sobre el grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas del tratado. En este sentido, el mecanismo que puede aportar un mayor contenido a la aplicación en la práctica internacional de la definición de migrante en situación irregular es el Comité Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que, como venimos anunciando, será analizado especialmente en el siguiente capítulo junto con la Convención.

En cuanto a los mecanismos cuasi-contenciosos pueden dividirse a su vez en aquellos que suponen quejas interestatales⁷⁹ y los que suponen quejas individuales⁸⁰ - en ambos casos denominados también comunicaciones interestatales e individuales respectivamente-.

a. Visión general de los instrumentos convencionales en su aproximación a la migración irregular

Sin entrar al detalle del funcionamiento de todos estos mecanismos, sí cabe recordar que la labor del Comité de Derechos Humanos es muy importante porque “a pesar de no ser un tribunal internacional, está consolidando una «jurisprudencia» que

La profesora Ochoa añade también el mecanismo de intercambio de información en las convenciones de la primera etapa normativa, sin embargo no lo incluimos por quedar atrasado y no aportarnos nada al respecto de los migrantes en situación irregular. OCHOA RUIZ, Natalia, *Los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas*, Madrid, Civitas, 2004, pág. 144 y ss.

⁷⁹ Recogido para la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

⁸⁰ Recogido para la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, el Protocolo Facultativo de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

está llenando de contenido los derechos y libertades reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸¹.

En palabras de Ferrajoli, la importancia de estos procedimientos proviene de que los derechos humanos recogidos en los convenios internacionales “son derechos fundamentales no sólo dentro de los Estados en cuyas constituciones se encuentran formulados, son derechos supraestatales a los que los Estados están vinculados y subordinados también en el plano del Derecho internacional”, dicho de otro modo, no son “derechos de ciudadanía, sino derechos de las personas con independencia de sus diversas ciudadanías”⁸². Como dice el profesor italiano -y ello es esencial para comprender el destino de la evolución del concepto de migrante en situación irregular en Derecho internacional, puesto que tratados y convenios internacionales son igualmente exigibles por los nacionales de un Estado y por los migrantes que estén en un momento determinado dado bajo su jurisdicción frente a dicho Estado-, corremos el riesgo de que la categoría de ciudadanía, que por otra parte sólo es exigida en contados preceptos de las normas internacionales de derechos humanos⁸³, se convierta en “una idea regresiva y a la larga ilusoria de la democracia en un solo país, o mejor en nuestros ricos países occidentales, al precio de la no-democracia en el resto del mundo”⁸⁴. La proposición innegable que nos plantea es que si todos, por tanto también los migrantes en situación irregular, son titulares de los derechos humanos en estos textos recogidos, todos, a su vez, han de tener acceso a los mecanismos internacionales que los protegen.

En otro orden, la primera barrera a salvar es que el Estado bajo cuya jurisdicción se encuentre el migrante en situación irregular tiene que haber ratificado previamente el Tratado en cuestión y haber reconocido oficialmente la competencia del órgano correspondiente para conocer de las denuncias que presenten los particulares -u otros Estados, en su caso-.

⁸¹ SALADO OSUNA, A., op. cit., pág. 61.

⁸² FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pág. 55.

⁸³ Entre esas escasas excepciones se encuentra el artículo 25 del PIDCP, que, como ya hemos visto previamente, se refiere a los ciudadanos.

⁸⁴ FERRAJOLI, L., op. cit., pág. 57.

Hasta el momento, junto con las decisiones del Comité específico que supervisa la CTM -que revisaremos en su momento- y el Comité de Derechos Humanos que supervisa el PIDCP, cabe destacar la labor del CAT y del CEDR en lo que afecta a los migrantes en situación irregular.

El CAT ha declarado en sus Comunicaciones que los países que pretenden deportar a una persona a un país donde existe riesgo de que sea torturado o perseguido, están incumpliendo la Convención contra la Tortura⁸⁵, e incluso lo hacen por el hecho de abandonar a los migrantes “en el desierto sin agua ni alimentos”⁸⁶. Pero no se ha limitado únicamente a eso. En una de sus recientes Observaciones Finales, el CAT instaba a Marruecos a garantizar a los refugiados y solicitantes de asilo la protección y a que se les facilite el acceso a la solicitud de asilo, mostrando su inquietud de que se les confunda con migrantes clandestinos⁸⁷. Es más, el CAT ha llegado incluso a manifestarse contra la detención y la denegación de derechos de apelación -garantías procesales- por el mero hecho de encontrarse en situación irregular⁸⁸ y contra las muestras de discriminación y xenofobia por los malos tratos que suponen -a pesar de corresponder al CERD analizar estas cuestiones-⁸⁹.

El CERD, por su parte, ha examinado numerosos casos sobre hechos racistas, xenófobos y discriminatorios contra migrantes. Destaquemos, por su carácter cuasi-jurisdiccional, la Comunicación 46/2009, de Dawas and Shava v. Dinamarca, en la que el Comité declara que ha habido discriminación con base en el origen racial, sin

⁸⁵ COM CAT/C/16/D/21/1995 v. Suiza y COM CAT/C/16/D/41/1996 v. Suecia. Cfr. COM CCPR/456/1991 v. Suecia del CDH.

⁸⁶ CAT/C/MAR/CO/4, Observaciones finales del Comité contra la Tortura, Marruecos, 21 de diciembre de 2011, pág. 12, párrafo 26.

En esta Observación Final también hace referencia el CAT a la falta de información sobre los “actos de violencia cometidos por las fuerzas del orden contra los migrantes clandestinos en las regiones de Ceuta y de Melilla en 2005 (arts. 3, 12, 13 y 16)”, *ibídem*.

⁸⁷ CAT/C/MAR/CO/4, Observaciones finales del Comité contra la Tortura, Marruecos, 21 de diciembre de 2011, pp. 11-12, párrafo 25.

Respecto a la discriminación que sufren los migrantes en Marruecos, también se ha manifestado el CERD, en CERD/C/MAR/CO/17-18/Add.1, Observaciones finales del Comité contra la Tortura, Marruecos, 24 de mayo de 2012.

⁸⁸ CAT/C/CAN/CO/6, Observaciones finales del Comité contra la Tortura, Canadá, 25 de junio de 2012, pág. 4, párrafo 13.

⁸⁹ CAT/C/GRC/CO/5-6, Observaciones finales del Comité contra la Tortura, Grecia, 27 de junio de 2012, pp. 3-4, párrafo 12.

una efectiva investigación ni remedios, además en este caso el Comité llama la atención sobre la falta de subsanación de los errores cometidos⁹⁰. Y, por otra parte, como aspectos positivos, el Comité ha señalado los esfuerzos que algunos países hacen en la integración de los migrantes, por ejemplo en cuestiones de salud, ofreciendo información y programas de salud específicos⁹¹.

En cuanto al Comité de Derechos Humanos, ha resuelto a favor del migrante principalmente en casos en los que no se le ha dado acceso a la justicia⁹², en los que el país de origen no ha querido renovar la documentación de identidad de la persona⁹³, cuando se le ha privado de libertad de movimiento, o cuando se le ha tratado inhumanamente⁹⁴. La importancia que estas comunicaciones tengan dependerá del grado de cumplimiento por los Estados, pero al menos son ya un precedente y un aviso para evitar que se repitan hechos similares que violen los derechos humanos.

La ausencia de obligatoriedad en ambos tipos de mecanismos, se ve más acusada en el caso de los mecanismos convencionales, ya que por su condición de estar basados en una norma internacional de derechos humanos se presuponen más coercitivos y efectivos. En este supuesto, como tratado internacional, es indiscutible su obligatoriedad para aquellos Estados que lo hayan ratificado, pero la exigencia en la práctica de dicha obligatoriedad se ve dificultada, ya que no existen medios jurídicos coercitivos para garantizarla. Un medio relevante para ello es la llamada de atención, en la Comisión de Derechos Humanos y en la Asamblea General, sobre la violación o violaciones que se estén produciendo en un país. Asimismo, serán importantes las interpretaciones que de los tratados hagan los órganos encargados de su supervisión -especialmente las Observaciones Generales del Comité de Derechos Humanos-, que a continuación pasaremos a referir.

⁹⁰ COM CERD/C/80/D/46/2009, *Dawas and Shava v. Denmark*, 3 de abril de 2012.

⁹¹ CERD/C/NOR/CO/18/Add.1, Observaciones finales del Comité contra la Tortura, Noruega, 11 de diciembre de 2007, pp. 9-11, párrafos 47-54.

⁹² COM CCPR/C/29/D/155/1983 v. Madagascar.

⁹³ COM CCPR/C/18/D/106/1981 v. Uruguay y COM CCPR/C/15/D/57/1979 v. Uruguay.

⁹⁴ Estas dos últimas violaciones se reconocen en la COM CCPR/C/37/D/241/1987 v. República Democrática del Congo.

b. Breve mención a las Observaciones Generales 15, 18 y 27 del Comité de Derechos Humanos

Entendemos que los tratados que conforman el núcleo de derechos humanos son aplicables -en cuanto a los derechos en ellos recogidos- a los migrantes en situación irregular de igual manera que a los nacionales, pues todos esos textos se refieren siempre a “todos” o “toda persona” o expresiones similares -como “todo menor” o “toda mujer” cuando se trata de colectivos concretos-. Por tanto se entienden reconocidos para toda persona, sin discriminación por nacionalidad ni por su situación regular o irregular. De hecho así lo establece el Comité de Derechos Humanos en el párrafo primero de la Observación General 15 *sobre la posición de los extranjeros en el PIDCP*⁹⁵: “In general, the rights set forth in the Covenant apply to everyone, irrespective of reciprocity, and irrespective of his or her nationality or statelessness”. También hace el CDH esta declaración en la Observación General 18⁹⁶, en la que especifica que el principio de no discriminación viene recogido en el PIDCP en su artículo 2.1, y ese principio incluye la no discriminación por origen nacional o social, o por otra condición social -*other status*, en la versión en inglés-. El Comité yendo más allá del contenido del propio Pacto, se refiere al principio de no discriminación contenido en el CEDR y CEDCM. En el caso del CEDR recuerda que es incluido como discriminación racial la discriminación por origen nacional o étnico⁹⁷.

⁹⁵ Observación General 15 del Comité de Derechos Humanos, 11 de abril de 1986, *The position of aliens under the Covenant*.

⁹⁶ Observación General 18 del Comité de Derechos Humanos, 10 de noviembre de 1989. *Non-discrimination*. CCPR General Comment N° 18.

⁹⁷ Párrafo 6 de la Observación General 18:

“The Committee notes that the Covenant neither defines the term “discrimination” nor indicates what constitutes discrimination. However, article 1 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination provides that the term “racial discrimination” shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life”.

El CDH ha declarado en esta Observación General 15 que los derechos contenidos en el Pacto son aplicables a toda persona, con dos excepciones⁹⁸: el artículo 25, que sólo lo es para los nacionales⁹⁹; y el artículo 13, que lo es únicamente para los extranjeros en situación regular¹⁰⁰. La Observación recuerda el diferente trato al extranjero que ofrecen los sistemas legislativos de los distintos países, pero dejando clara la obligación que tienen los Estados de respetar lo que el PIDCP dice respecto a los derechos de toda persona.

Lo que, probablemente, nos sea más relevante es la constatación por parte del CDH de que una vez la persona haya accedido al territorio de un Estado -parágrafo 6- se encuentra bajo su jurisdicción y, por tanto, se ve amparada por el tratado. Por otra parte, de acuerdo con el parágrafo siguiente, todo “extranjero” tiene todos los derechos contenidos en el Pacto¹⁰¹. Seguidamente recoge que sólo el precepto 12.1

⁹⁸ Parágrafo 2: “...each one of the rights of the Covenant must be guaranteed without discrimination between citizens and aliens...”. “...Exceptionally, some of the rights recognized in the Covenant are expressly applicable only to citizens (art. 25), while article 13 applies only to aliens...”. Observación General 15 del Comité de Derechos Humanos, 11 de abril de 1986, *The position of aliens under the Covenant*.

⁹⁹ Observación General 25 del Comité de Derechos Humanos, de 12 de julio de 1996, *The right to participate in public affairs, voting rights and the right of equal access to public service (Art. 25)*. CCPR/C/21/Rev.1/Add.7

¹⁰⁰ Es necesario recordar que el artículo 12.1 -libertad de movimiento y residencia dentro del territorio del país- es aplicable exclusivamente a los migrantes en situación regular.

En los mismos términos se hace referencia en el artículo 13 del PIDCP. De acuerdo con el parágrafo 9 de la Observación, el CDH deja claro su criterio: el contenido del artículo 13 del Pacto ofrece ciertas garantías ante el proceso de expulsión únicamente a los migrantes en situación regular.

¹⁰¹ Se refiere constantemente a “aliens” sin determinar su situación administrativa. Además recoge en un listado todos los derechos de los que será titular el migrante, por tanto el migrante en situación irregular, de acuerdo con el PIDCP. Parágrafo 7:

“Aliens thus have an inherent right to life, protected by law, and may not be arbitrarily deprived of life. They must not be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; nor may they be held in slavery or servitude. Aliens have the full right to liberty and security of the person. If lawfully deprived of their liberty, they shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of their person. Aliens may not be imprisoned for failure to fulfil a contractual obligation. They have the right to liberty of movement and free choice of residence; they shall be free to leave the country. Aliens shall be equal before the courts and tribunals, and shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law in the determination of any criminal charge or of rights and obligations in a suit at law. Aliens shall not be subjected to retrospective penal legislation, and are entitled to recognition before the law. They may not be subjected to arbitrary or unlawful interference with their privacy, family, home or correspondence. They have the right to freedom of thought, conscience and religion, and the right to hold opinions and to express them. Aliens receive the benefit of the right of peaceful assembly and of freedom of association. They may marry when at marriageable age. Their children are entitled to those measures of protection required by their status as minors. In those cases where aliens constitute a minority within the meaning of article 27, they shall not be denied the right, in community with other

del PIDCP será aplicable a aquellos extranjeros que se hallen “legalmente” en el Estado. Ello nos lleva a declarar los derechos contenidos en PIDCP -con las salvedades mencionadas- como derechos de todo migrante en situación irregular. Salvedades que, por otra parte, no son desdeñables, pues la cuestión de las garantías procesales en cuanto a la expulsión es de gran relevancia. Aún con todo, el CDH declara que en caso de duda acerca de la regularidad de la situación del migrante habrá que atenerse a lo establecido en el artículo 13, puesto que el fin de este precepto es el de terminar con las expulsiones arbitrarias.

Respecto a la libertad de circulación, el CDH es claro y establece que el Pacto no reconoce el derecho de los extranjeros a entrar o residir en el territorio de un Estado parte del mismo. Sin embargo, recuerda que hay ciertas circunstancias en las que el Estado deberá proteger a la persona con independencia de su regularidad -entendida como situación regular que le permita la entrada en el país-¹⁰².

La libertad de circulación o movimiento es específicamente tratada en la Observación General 27 del CDH¹⁰³. En esta Observación, el CDH afirma en el párrafo 4: “La cuestión de si un extranjero se encuentra “legalmente” dentro del territorio de un Estado es una cuestión regida por el derecho interno, que puede someter a restricciones la entrada de un extranjero al territorio de un Estado, siempre que se adecuen a las obligaciones internacionales de ese Estado”.

Si atendemos al PIDCP, advertimos que, según la Observación General del Comité de Derechos Humanos a su artículo 12¹⁰⁴, se entiende la libertad de circulación como “una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona”

members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion and to use their own language. Aliens are entitled to equal protection by the law. There shall be no discrimination between aliens and citizens in the application of these rights. These rights of aliens may be qualified only by such limitations as may be lawfully imposed under the Covenant”.

¹⁰² Párrafo 5: “The Covenant does not recognize the right of aliens to enter or reside in the territory of a State party. It is in principle a matter for the State to decide who it will admit to its territory. However, in certain circumstances an alien may enjoy the protection of the Covenant even in relation to entry or residence, for example, when considerations of non-discrimination, prohibition of inhuman treatment and respect for family life arise”. Observación General 15 del Comité de Derechos Humanos, 11 de abril de 1986, *The position of aliens under the Covenant*.

¹⁰³ Observación General 27 del Comité de Derechos Humanos, 2 de noviembre de 1999, *Freedom of movement (Art.12)*. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9.

¹⁰⁴ Observación General 27, 2 de noviembre de 1999, sobre la libertad de circulación, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9. Todas las transcripciones de este párrafo corresponden a esta Observación General del Comité de Derechos Humanos.

y, aun estableciendo las restricciones permisibles en su apartado 3, éstas deben ser “necesarias y además compatibles con los otros derechos reconocidos en el Pacto”, asimismo “las leyes que autoricen la aplicación de restricciones deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación”¹⁰⁵. En relación con la libertad de salir de cualquier país, ésta “incluye el viaje temporal al extranjero y la partida en caso de emigración permanente” y, además, “el derecho de la persona a determinar el Estado de destino es parte de la garantía jurídica” con independencia de su situación de legalidad dentro del territorio de un Estado.

La valoración que del contenido del Pacto hace el Comité es en cierto modo de obligado acatamiento por los Estados pues, como expresan Philip Alston y Bruno Simma¹⁰⁶, “al haber contraído de buena fe la obligación convencional de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, están obligados a aceptar, respecto de la interpretación de sus obligaciones convencionales, la definición de los “derechos humanos” que se ha desarrollado con el tiempo en virtud de la práctica virtualmente unánime de los órganos principales de Naciones Unidas”¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Considero elemental que los Estados “deben guiarse siempre por el principio de que las restricciones no deben comprometer la esencia del derecho; no se debe invertir la relación entre derecho y restricción, entre norma y excepción”, ídem. Debe primar el principio de proporcionalidad.

¹⁰⁶ Citados por el profesor Carrillo Salcedo. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 2001, pág.70.

¹⁰⁷ Respecto a los derechos humanos que serían reconocidos a los migrantes en situación irregular véase supra nota 98.

1.2. Instrumentos no convencionales

a. Visión general de los instrumentos extraconvencionales en su aproximación a la migración irregular

Es indudable que se ha producido una “humanización, institucionalización y socialización del Derecho internacional”¹⁰⁸, que ha supuesto un desarrollo y una progresiva primacía de los derechos humanos, tanto en el ámbito normativo como en el institucional y, en consecuencia, un perfeccionamiento de los mecanismos de protección de los derechos humanos, hasta el punto de llegar a admitir las denuncias individuales. En 1967, la Comisión de Derechos Humanos, alarmada por las violaciones de derechos humanos y especialmente por el agravamiento de la situación política de *apartheid* en Sudáfrica, decidió declararse competente para conocer de violaciones de derechos humanos, de tal modo nacen los procedimientos o mecanismos extraconvencionales¹⁰⁹.

Entre los mecanismos extra-convencionales aparecen los *Relatores Especiales*, *Representantes Especiales*, *Expertos Independientes* y *Grupos de Trabajo*, nombrados por la Comisión de Derechos Humanos -hoy día Consejo de Derechos Humanos- o por el Secretario General de la ONU¹¹⁰, con la finalidad de observar la situación de los derechos humanos con respecto a un país o región en concreto o circunstancias determinadas. Estos mecanismos surgieron por la

¹⁰⁸ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, «El problema de la universalidad de los derechos humanos en un mundo único y diverso», en RODRÍGUEZ PALOP, M^a Eugenia; TORNOS, Andrés (eds.), *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2000, pág. 40.

¹⁰⁹ La CDH pidió al ECOSOC que le autorizase para examinar e investigar esas violaciones, y el ECOSOC accedió, instituyendo el Procedimiento 1235 por medio de la Resolución 1235 (LII), de 6 de junio de 1967.

¹¹⁰ El Secretario General sólo nombra a los “Representantes Especiales”, la -ahora el- CDH puede nombrar todos los referidos. Véase Office of the High Commissioner for Human Rights; United Nations Staff College Project, *Human Rights: A Basic Handbook for UN Staff*, Naciones Unidas, pág. 49. Véase también VILLÁN DURÁN, C., op. cit., pp. 686-692.

necesidad de responder urgentemente a las comunicaciones individuales que llegaban a la CDH sobre violaciones graves y masivas de los derechos humanos¹¹¹.

Resumidamente, podemos apuntar que los mecanismos extra-convencionales no tienen un procedimiento oficial para tramitar las denuncias, aunque algunos poseen modelos de denuncia para facilitar dicha tarea¹¹²; pueden recibir información sobre casos de violaciones de derechos humanos; a éstas y a las denuncias pueden contestar e incluso dirigirse a los Estados responsables para solicitar esclarecimiento o explicación de los hechos; además toda esa información es presentada en sus informes periódicos públicos anuales ante la Comisión de Derechos Humanos o la Asamblea General; en caso de que la situación lo requiera por el peligro existente para la víctima, las personas que trabajan en estos mecanismos llevan a cabo las llamadas “acciones o llamamientos urgentes” alertando al Estado del peligro que corren las víctimas¹¹³.

Por otra parte, aunque estos instrumentos no se creen por medio de un tratado, están vinculados y protegen todas las normas internacionales de derechos humanos, y en especial la Carta de Naciones Unidas¹¹⁴ y la Declaración Universal de Derechos Humanos. Esta vinculación de los mecanismos o mandatos se debe a que, a pesar de no ser creados en virtud de un tratado, su fundamento jurídico son las disposiciones de esas normas internacionales de derechos humanos y su finalidad es

¹¹¹ Aunque en la actualidad sean utilizados para resolver casos individuales, hay que recordar que su origen no fue para tal función. VILLÁN DURÁN, C., op. cit., pág. 630.

¹¹² Los requisitos para presentar una denuncia son: que no sea anónima; es preferible que sea presentada por la víctima o por alguien autorizado por ella, aunque se admiten otros denunciantes; no se permite lenguaje injurioso o utilización de insultos; generalmente deben haberse agotado los recursos internos disponibles, salvo que se demuestren ineficaces o su tramitación se prolongue injustificadamente; en caso de denunciar la violación de algún tratado en concreto, éste debe haber sido ratificado por el Estado contra el que se ejerce la denuncia. Por supuesto, hay que describir los hechos que se denuncian, aunque no se especifique con qué grado de exactitud, se entiende que cuanto mejor se explique más fácil será responder a la demanda; y deber; y debe ser identificada la víctima, así como el Estado contra el que se alega la violación. Office of the High Commissioner for Human Rights; United Nations Staff College Project, op. cit., pp. 50-51.

¹¹³ En estos casos la tramitación es lo más rápida posible, para intentar evitar cualquier violación de derechos humanos o interrumpir aquella que se estuviera cometiendo, esto es, se realiza al instante, nada más ser recibida. En las otras denuncias el tiempo de tramitación dependerá de la complejidad del caso.

¹¹⁴ Artículos 1.3, 2.2, 55 y 56 de la Carta de Naciones Unidas.

vigilar el cumplimiento de las mismas y el respeto de los derechos en ellas contenidos¹¹⁵.

El Procedimiento Confidencial 1503, creado por el ECOSOC¹¹⁶, encuentra su razón de ser en la necesidad de complementar la labor del Procedimiento 1235¹¹⁷, que era insuficiente para las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, puesto que la CDH no podía investigar a fondo las violaciones denunciadas. Se denomina también “Procedimiento Confidencial” porque todos los pasos iniciales del proceso son confidenciales hasta que una situación se remite al Consejo Económico y Social. Sin embargo, esto ha cambiado sensiblemente desde 1978, pues desde entonces el Presidente de la Comisión de Derechos Humanos anuncia los nombres de los países que han sido objeto de examen. De esta manera, si un cuadro de abusos ocurridos en un determinado país no se resuelve en las etapas iniciales del proceso puede ser señalado a la atención de la comunidad mundial por medio del ECOSOC, que es uno de los principales órganos de las Naciones Unidas.

Este procedimiento fue revisado y con arreglo a lo dispuesto en la resolución 2000/3 del ECOSOC, de 16 de junio de 2000, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos designará cada año un Grupo de Trabajo sobre Comunicaciones, que se reunirá anualmente, inmediatamente después de la Subcomisión para examinar las comunicaciones -o quejas- recibidas de particulares y grupos que denuncien violaciones de los derechos humanos, una vez han sido revisadas por la Secretaría para descartar las que son manifiestamente carentes de fundamento, y todas las respuestas de los gobiernos. Cuando el Grupo de Trabajo halle pruebas razonables de la existencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas de los derechos humanos, la cuestión se remitirá al Grupo de Trabajo sobre Situaciones para que la examine y decida si remite o no alguna de estas

¹¹⁵ Office of the High Commissioner for Human Rights; United Nations Staff College Project, op. cit., pág. 49; SALADO OSUNA, A., op. cit., pág. 35.

¹¹⁶ Resolución del ECOSOC 1503 (XLVIII), de 27 de mayo de 1970 (revisada por la Resolución del ECOSOC 2000/3 de 19 de junio de 2000).

Los diferentes informes sobre países mediante el procedimiento 1503 pueden consultarse en www2.ohchr.org/english/bodies/chr/stat1.htm. Los últimos países examinados han sido Uzbekistán y Honduras en 2005 y Djibouti y Bolivia en 2004.

¹¹⁷ Respecto al procedimiento 1235 existen numerosos informes, denuncias (incluyendo acciones urgentes) de los diferentes mandatos existentes, por ello haremos referencia mayormente a aquellos documentos provenientes de la Relatoría Especial sobre los derechos humanos de los migrantes.

denuncias a la CDH, que será la que adopte una decisión sobre cada situación particular.

Por tanto, la característica importante a tener en cuenta por los migrantes en situación irregular a la hora de utilizar este mecanismo es que se debe tratar de un cuadro persistente de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de los derechos humanos y las libertades fundamentales -independientemente del tipo de violación que sean-, pues de lo contrario tendrá que acudir al otro mecanismo que queremos señalar, el Procedimiento Público 1235. Ello en la práctica lo descarta como mecanismo al que puedan acudir los migrantes en situación irregular, pues dicho procedimiento ha llevado al examen de violaciones por países, esto es, al análisis de situaciones graves producidas en un momento o período concreto en un país determinado.

El Procedimiento Público 1235¹¹⁸ fue creado, en un principio, ante las violaciones masivas y sistemáticas de determinados derechos -mecanismos temáticos- o en determinados países -mecanismos geográficos-, y en la actualidad conoce de aquellas violaciones que se cometen en los países o respecto a un derecho humano en concreto que disponen de un mandato asignado; en este sentido cualquier persona que haya sufrido una violación -o, por ejemplo, una asociación de defensa de derechos humanos que tenga conocimiento de la misma- puede denunciarla ante estos instrumentos de las Naciones Unidas. Precisamente porque resultaban ineficaces el procedimiento de la CDH de realizar recomendaciones y su función de promoción de los derechos humanos, se creó el Procedimiento 1235 ampliando las funciones de la Comisión a la protección, ya no sólo promoción, de los derechos humanos.

Este procedimiento tiene dos mecanismos distintos desde 1975¹¹⁹: el Procedimiento por Países; y el Procedimiento por Materias. Este último fue creado

¹¹⁸ Resolución 1235 (LII) del ECOSOC, de 6 de junio de 1967.

¹¹⁹ Con anterioridad, también eran dos tipos de procedimientos: el Procedimiento Público General, por el que la CDH conocía de violaciones de derechos humanos en todo el mundo, pero sin poder examinar a fondo las situaciones ni realizar recomendaciones expresas, sino generales; y el Procedimiento Público Especial por Países, por el que la CDH podía examinar los territorios coloniales y dependientes y aquellos en los que se practicaban políticas de discriminación racial o

ante la constatación de violaciones derechos humanos determinados, indiferentemente del territorio en que se produzcan, como es el caso de los migrantes¹²⁰. Está formado por Relatores Especiales, Grupos de Trabajo –ambos creados por la CDH o por la Subcomisión para la Promoción y Protección de Derechos Humanos– y Expertos Independientes –representantes especiales del Secretario General de las Naciones Unidas–.

b. Relatoría Especial de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de los Migrantes

De todos estos mecanismos extra-convencionales, sin duda el más determinado en la tarea de proteger a los migrantes en situación irregular es la Relatoría Especial de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de los Migrantes¹²¹.

apartheid. En África Meridional, 1967, y en los Territorios Árabes ocupados por Israel, 1969, fueron los primeros procedimientos de este último tipo.

¹²⁰ El primer procedimiento creado fue el Grupo de Trabajo para Desapariciones Forzadas e Involuntarias, ante la constatación de esta masiva, persistente y preocupante violación. El grupo se creó por la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 20 (XXXVI) de 29 de febrero de 1980.

¹²¹ Cuyo cargo recae en la actualidad en François Crépeau, de Canadá, desde agosto de 2011. Le precedió Jorge Bustamante, de México, nombrado como Relator Especial en agosto de 2005, al ser aprobada la extensión del mandato de la Relatoría Especial por la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2005/47, E/CN.4/RES/2005/47, *Derechos Humanos de los Migrantes*, ras la labor realizada por la primera Relatora, Gabriela Rodríguez Pizarro, de Costa Rica, que ocupó el cargo desde 1999 hasta dicha renovación en 2005.

El análisis, que a continuación realizamos, es en gran parte fruto del conocimiento adquirido por la autora en la labor como asistente de investigación para la Relatoría Especial para los Derechos Humanos de los Migrantes, en 2001 en Ginebra y en 2003 en Costa Rica. Tal labor consistió fundamentalmente, en 2001, en: Encuentros con ONGs, representantes gubernamentales y el Steering Committee for the Ratification of UN Convention on Migrant Workers (Comité para la ratificación de la Convención de Naciones Unidas); preparación de documentos relevantes, como discursos, folleto del mandato de la Relatoría e informes a la anterior Comisión de Derechos Humanos (sobre trabajadores migrantes, violencia contra mujeres migrantes, y visitas a Canadá y Ecuador), comunicaciones, incluyendo llamadas urgentes a los Estados sobre casos individuales. A lo que se añadió, en 2003, las siguientes responsabilidades: Preparación de misiones; monitoreo de políticas migratorias y sus efectos sobre los derechos humanos de los migrantes; redacción de comunicaciones, llamadas urgentes a Estados, otros documentos, discursos e informes anuales ante la anterior Comisión de Derechos Humanos y la Asamblea General de la ONU (sobre los trabajadores migrantes, las visitas a España, México-EEUU, y sobre el derecho al desarrollo).

En 1997, fue establecido un Grupo de Trabajo de Expertos Intergubernamentales para recabar información relevante sobre los obstáculos existentes para la protección plena y efectiva de los derechos humanos de los migrantes y recomendar la intensificación de la promoción, protección y cumplimiento de dichos derechos. En su informe a la Comisión en 1999, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión que “en vistas del número creciente de violaciones graves de los derechos humanos de los migrantes en diferentes partes del mundo” se nombrara una Relatoría Especial para examinar este asunto por un período de tres años. Reconociendo la vulnerabilidad de las personas migrantes a las violaciones de los derechos humanos, la Comisión aceptó la recomendación del Grupo de Trabajo y adoptó la resolución 1999/44 titulada “Derechos Humanos de los Migrantes” creando la Relatoría Especial de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de los Migrantes.

El principal objeto de la Relatoría Especial es examinar las maneras y medios para superar los obstáculos existentes para la protección plena y efectiva de los derechos humanos de los migrantes, incluidos los obstáculos y dificultades para el retorno de los migrantes indocumentados o en situación irregular.

La Relatoría Especial ha identificado aquellas categorías de migrantes, que están particularmente expuestas a violaciones de los derechos humanos o situaciones que conllevan graves formas de abuso de los derechos humanos. También ha recordado “la necesidad de que todos los Estados protejan plenamente los derechos humanos universalmente reconocidos de los migrantes, en particular de las mujeres y los niños, independientemente de su condición jurídica”¹²². La CDH solicitó a la Relatoría que “tenga en cuenta las negociaciones bilaterales y regionales encaminadas a abordar, en especial, el regreso y la reintegración de los migrantes que no poseen documentos o que se encuentran en una situación irregular”¹²³, particularmente porque no tienen medios para reivindicar sus derechos. Además, debemos resaltar que la Comisión insta a los gobiernos a que tomen medidas más

¹²² Reiterado por la Comisión de Derechos Humanos en su Resolución 2001/52, párrafo 15. Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2001/52, E/CN.4/RES/2001/52, de 24 de abril de 2001, *Derechos Humanos de los Migrantes*.

¹²³ En la misma Resolución 2001/52, párrafo 12.

estrictas con el fin de salvaguardar y proteger a los migrantes contra actos ilícitos y de violencia, especialmente actos de discriminación racial y delitos perpetrados por motivos racistas o xenófobos, asimismo “insta a todos los Estados a que adopten medidas eficaces para poner término a la detención y aprehensión arbitrarias de migrantes” y “contra la trata y el tráfico ilícito internacionales de migrantes”¹²⁴.

Las funciones esenciales del mandato son las siguientes: requerir y recibir información de todas fuentes pertinentes, incluidos los migrantes mismos, sobre violaciones de derechos humanos de los migrantes y sus familias; formular las recomendaciones apropiadas para prevenir y remediar violaciones de derechos humanos de los migrantes, dondequiera que ocurran, así como recomendar acciones y medidas aplicables a nivel nacional, regional e internacional para eliminar dichas violaciones; promover la ratificación de la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos Trabajadores Migratorios y Miembros de Sus Familias de 1990; tener en cuenta una perspectiva de género al solicitar y analizar información y poner especial atención al fenómeno de la discriminación múltiple y la violencia contra las mujeres, los niños y niñas migrantes; y promover la plena y efectiva aplicación de las normas y criterios internacionales relevantes en esta materia.

El método de trabajo de la Relatoría Especial está basado principalmente en el envío de comunicaciones a gobiernos en relación con presuntas violaciones de los derechos humanos o violaciones inminentes; en llevar a cabo visitas oficiales a países, de las cuales la Relatoría presenta informes; en promover y recomendar la aplicación plena y efectiva de la normativa internacional; en la presentación de un informe anual a la Comisión de Derechos Humanos sobre el desempeño de su labor y el estado de los derechos humanos de los migrantes, y también a la Asamblea General de las Naciones Unidas si así lo requieren; y en participar en conferencias, seminarios y acontecimientos, en los que pueda formular recomendaciones y contribuir al avance de los derechos humanos de los migrantes.

¹²⁴ Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2001/52, E/CN.4/RES/2001/52, de 24 de abril de 2001, *Derechos Humanos de los Migrantes*. Véase también RODRÍGUEZ PIZARRO, Gabriela, *Inmigración y derechos humanos*, en FERNÁNDEZ SOLA, Natividad; CALVO GARCÍA, Manuel (eds.), *Inmigración y Derechos*, (II Jornadas de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Universidad de Zaragoza), Zaragoza, Mira, 2001, pp. 23-31.

La importancia de este mecanismo para la protección de los derechos humanos de los migrantes es de relativa consideración, porque a través de él se reconoce la vulnerabilidad de los migrantes a las violaciones de los derechos humanos. También supone un canal a través del cual se puede dar visibilidad a los problemas que enfrentan los migrantes en materia de derechos humanos, tales como la indocumentación, o la irregularidad en el trabajo, entre otros. En tercer lugar, su cierta relevancia se produce al abrir un espacio de diálogo entre los Estados y la sociedad civil sobre el fenómeno migratorio y la necesidad de proteger los derechos humanos. Además, las recomendaciones de la Relatoría pueden identificar formas de prevenir y remediar violaciones de derechos humanos, así como permiten promover la efectiva aplicación de las normas internacionales en la materia¹²⁵.

Por otra parte, este mecanismo posibilita también la generación de políticas bilaterales, regionales e internacionales, encaminadas especialmente al regreso y la reintegración de los migrantes que no poseen documentos o que se encuentran en una situación irregular¹²⁶.

Por último, cabe mencionar que, como mecanismo especial, la Relatoría Especial puede recibir denuncias -tanto individuales como por parte de organizaciones que conozcan de las situaciones denunciables- y está capacitada para contestar a las entidades pertinentes en relación a dichas denuncias, así como hacer públicas otras comunicaciones sobre violaciones de derechos humanos de los migrantes.

En cuanto a los informes presentados por la Relatoría tanto a la Asamblea General como a la Comisión de Derechos Humanos -hoy Consejo de Derechos Humanos-, cabe destacar aquellos que se han centrado en la vulnerabilidad específica de los migrantes. Así por ejemplo ha dedicado sendos informes a las personas

¹²⁵ Al respecto, pueden verse los diferentes informes realizados por la Relatoría tanto de temas generales -derechos humanos, trabajadores domésticos, entre otros- como de visitas a países. Disponibles en: <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/migration/rapporteur/introduction.htm>

¹²⁶ Así, por ejemplo, en el comunicado de prensa tras la visita de la Relatoría a Turquía, además de mostrar su preocupación por la situación de los migrantes en situación irregular, realiza una serie de recomendaciones tanto a Turquía como a la Unión Europea. "UN Special Rapporteur on the human rights of migrants concludes second country visit in his regional study on the human rights of migrants at the borders of the European Union: Visit to Turkey", 29 de junio de 2012, disponible en <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12307&LangID=E>

migrantes que trabajan en el servicio doméstico¹²⁷ y a las cuestiones del racismo y la xenofobia junto con la vulnerabilidad de los menores no acompañados y de las mujeres migrantes¹²⁸. Pero sin duda, en la cuestión que tratamos, es de mayor relevancia el informe del segundo Relator del mandato, Jorge Bustamante, sobre la criminalización de la migración irregular¹²⁹, y el del tercer y actual Relator, François Crépeau, sobre la detención de migrantes en situación irregular¹³⁰.

En el primero de ambos informes, el que trata sobre la criminalización, la Relatoría muestra su preocupación sobre la responsabilidad de los Estados, la externalización de las políticas de control migratorio y la criminalización de la migración laboral y de otros aspectos -que incluyen la intercepción y rescate marítimos, la detención y expulsión, el tráfico y la trata-. Sus conclusiones se dirigen principalmente a incitar a los Estados a que consideren la migración irregular como una infracción administrativa, revirtiendo el carácter criminal e introduciendo los derechos humanos en los acuerdos con fines de gestión de flujos migratorios y de protección de intereses de seguridad nacional, y que introduzcan las normas internacionales de derechos humanos en la armonización de sus normas y políticas migratorias.

Respecto a la detención de migrantes en situación irregular, informe presentado en 2012, la Relatoría declara que derechos humanos como la libertad y seguridad de la persona también han de ser garantizados a los migrantes y que los arrestos o detenciones arbitrarias están prohibidos. Partiendo de ahí, constata el Relator los numerosos argumentos que dan los Estados de cara a hacer efectiva la detención administrativa de migrantes en situación irregular¹³¹ y concluye que la

¹²⁷ Informe presentado por la Relatora Especial a la CDH, *Vulnerabilidad de los trabajadores migrantes domésticos*, E/CN.4/2004/76, 12 de enero 2004.

¹²⁸ Informe presentado por la Relatora Especial a la CDH, *Racismo, discriminación racial y xenofobia/Mujeres migrantes y menores no acompañados*, E/CN.4/2005/85, 27 de diciembre de 2004.

¹²⁹ Informe presentado por el Relator Especial al CDH, *Criminalización de la migración irregular*, A/HRC/7/12, 25 de febrero de 2008.

¹³⁰ Informe presentado por el Relator Especial al CDH, *Detención de migrantes en situación irregular*, A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012.

¹³¹ Resulta harto interesante que el Relator haga mención a la jurisprudencia del TEDH para delimitar los casos taxativos de detención de migrantes: para prevenir la entrada no autorizada o respecto a aquella persona que va a ser deportada o extraditada, de acuerdo con el artículo 5.1 del CEDH. En tal sentido, declara el Relator:

migración irregular nunca debe ser considerada como infracción penal, puesto que no son crímenes contra personas, propiedad o seguridad nacional. Concluye también que han de ofrecerse todas las garantías procedimentales necesarias, en condiciones dignas y que la duración de la detención debiera ser lo más corta posible -y desde luego nunca indefinida-. También hace mención a las necesidades especiales de mujeres, menores, víctimas de trata y otros grupos vulnerables como los apátridas o personas enfermas, que requieren de necesidades de protección particulares.

2. La Corte Internacional de Justicia

Pudiéramos conformarnos con constatar que un migrante en situación irregular, como cualquier otra persona, no puede acceder de manera individual ante un órgano jurisdiccional de carácter universal, dado que el individuo no tiene acceso directo a la jurisdicción internacional, como ya hemos mencionado. No obstante, tal afirmación ha de ser matizada tras las recientes sentencias de la Corte Internacional de Justicia.

Anteriormente en Derecho internacional era más habitual el ejercicio del arbitraje. No obstante, ya es común desde inicios del siglo XX la creación de distintos tribunales que, con mejor o peor fin -de hecho algunos ni siquiera llegaron a funcionar¹³²-, han puesto de manifiesto la importancia del Derecho internacional en un orden mundial cada vez más interdependiente y con un funcionamiento tendente a una mejora, tanto en su contenido como en su efectividad. Dicho esto, no se puede obviar que estos tribunales, surgidos a tenor del desarrollo del propio ordenamiento

“In the case *Vasileva v. Denmark*, the European Court of Human Rights noted that the list of exceptions to the right to liberty secured in article 5, paragraph 1, “is an exhaustive one and only a narrow interpretation of those exceptions is consistent with the aim of that provision, namely to ensure that no one is arbitrarily deprived of his liberty”. A/HRC/20/24, pág. 5, parágrafo 12.

¹³² Díez de Velasco nos recuerda el Tribunal Internacional de Presas, cuya Convención no llegó a reunir las ratificaciones necesarias para entrar en vigor. Asimismo nos enumera unos cuantos que sí han llegado a funcionar, como fue el caso de la Corte de Justicia Centroamericana (que funcionó de 1908 a 1918) u otros tribunales de ciertas organizaciones que funcionan en la actualidad, como es el caso de los tribunales de los sistemas regionales de protección de derechos humanos, fundamentalmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 2002 (13ª ed.), pp. 790-791.

internacional, son en su mayoría sectoriales, ya sea por su ámbito geográfico - sobre todo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos - o por los asuntos temáticos que tratan. Evidenciando la importancia de todos ellos, vamos a referirnos al tribunal internacional de carácter universal por excelencia, la Corte Internacional de Justicia, dejando constancia asimismo de la relevancia que, en nuestra opinión, puede llegar a tener con el tiempo la Corte Penal Internacional en cuestiones que supongan violaciones graves de derechos en el marco de su competencia, esto es, crímenes que constituyan crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o crimen de agresión¹³³.

2.1. Jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia e impacto sobre los derechos de los migrantes en situación irregular

Es regla general en Derecho internacional, que si un individuo sufre un acto ilícito por parte de un Estado del que no es nacional, por tanto el caso de cualquier migrante en situación irregular, en principio no puede acudir más que a los órganos jurisdiccionales internos del país en cuestión y, si no obtuviera satisfacción, acudir a su propio Estado para que considere el ejercicio de la protección diplomática¹³⁴.

Esta regla general se manifiesta en el caso de la CIJ en su competencia *ratione personae*, según la cual sólo los Estados, que hayan prestado su consentimiento, es decir, reconozcan como obligatoria la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico internacional¹³⁵, podrán ser partes en los

¹³³ Podría ser el caso de desplazados en masa por conflictos, que por sus circunstancias y condiciones se consideran en un principio migrantes en situación irregular. Así lo ha recogido Héloïse Ruauudel sobre el 'Ejército de Resistencia del Señor', grupo armado que ha originado numerosos desplazamientos forzosos debido a su violencia en Uganda y países limítrofes. RUAUDEL, Héloïse "“Atrápame si puedes” El Ejército de Resistencia del Señor”, en *Migraciones Forzadas*, disponible sólo en <http://www.fmreview.org/es/no-estatales/Ruauudel.htm>

¹³⁴ DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 2002 (13ª ed.), pp. 251 y ss.

Como sabemos, la excepción a esta regla general proviene en la actualidad del sistema europeo, tanto el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que sí permiten el acceso del individuo a estos tribunales y, con ciertas condiciones, también lo permite la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

¹³⁵ Artículo 36.2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que establece lo siguiente:

casos contenciosos ante la Corte¹³⁶. Por otra parte, los asuntos que pueden ser llevados ante la CIJ han de ser divergencias en el orden jurídico internacional o sobre un hecho que pueda tener consecuencias jurídicas internacionales, en razón de su competencia *ratione materiae*, de acuerdo con el artículo 36.2 del Estatuto de la Corte¹³⁷. En razón de la materia, las controversias entre los Estados pudieran darse respecto a tratados internacionales en general. Respecto a aquellos que específicamente tienen relación con la migración irregular y cuyos textos concretan la competencia de la CIJ para la resolución de divergencias hemos de mencionar, junto con la propia CTM, los siguientes tratados: la Convención sobre la Esclavitud de 1926; el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1949; la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951; la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954; la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956; la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 1963; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965; la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984; la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y dos de los Protocolos que la complementan, el Protocolo

“2. Los Estados partes en el presente Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria *ipso facto* y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre:

- a. la interpretación de un tratado;
- b. cualquier cuestión de derecho internacional;
- c. la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional;
- d. la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional”.

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, de 26 de junio de 1945, forma parte integrante de la Carta de Naciones Unidas de acuerdo al artículo 92 de ésta. España reconoció la jurisdicción obligatoria de la Corte, referida en este artículo 36, el 15 de octubre de 1990. Está disponible en el siguiente enlace: <http://www.un.org/spanish/aboutun/icjstat.htm#C>

¹³⁶ Artículo 34.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: “1. Sólo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte”.

¹³⁷ Supra nota 123.

para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, de 2000. También prevé la jurisdicción de la Corte la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2006 que todavía no ha entrado en vigor.

Todos estos tratados establecen la posibilidad de que las controversias entre los Estados respecto de la aplicación e interpretación de los mismos se sometan a la CIJ, tras el fracaso de otros medios de arreglo como son los arbitrales. En todo caso sólo los Estados podrán ser partes en los casos llevados ante la Corte, como ya hemos advertido.

Con tales precedentes pudiera parecer grotesco considerar que la CIJ pueda aportarnos algo concreto al análisis que en principio adelantamos en el título de este apartado. Sin embargo, como veremos a continuación, son ya varios los casos sometidos ante la Corte que tienen como protagonistas secundarios a los migrantes. Éstos, bajo el buen criterio de la mayoría de los jueces de la misma, son titulares de derechos individuales que a su vez son derechos del Estado de origen del migrante, razón esta última por la cual tales situaciones son susceptibles de caer bajo la jurisdicción de la Corte al existir discrepancia en la interpretación de las mismas entre el Estado de origen y el Estado receptor.

2.2. Procedimientos ante la Corte Internacional de Justicia que afectan a los derechos humanos de los migrantes en situación irregular

Si bien es cierto que, de acuerdo con la CIJ, lo que está haciendo valer el Estado en cuestión en los casos llevados ante la misma es su propio derecho, el derecho a que se respete en la persona de sus nacionales el Derecho internacional, no obstante, ello no impide el reconocimiento de derechos individuales derivados de la misma norma internacional supuestamente infringida, como veremos en los casos aquí recogidos¹³⁸.

¹³⁸ C.P.J.I., serie A, nº 2, pág. 12 (A/B 9, Sentencia de 30 de agosto de 1924).

Los procesos más relevantes comenzados por la CIJ, que afectan a derechos de los migrantes, tienen un solo país y un único objeto de litigio como protagonistas. El país demandado en repetidas ocasiones ha sido Estados Unidos de América. El objeto de litigio ha residido en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963¹³⁹. En cuanto a los Estados demandantes, fueron, en primer lugar, Paraguay¹⁴⁰ -quizá menos popular por haber desistido el Gobierno paraguayo de la acción por los motivos que veremos a continuación-, Alemania¹⁴¹ -el conocido caso LaGrand- y, por último México¹⁴² -el caso Avena, del que la interpretación de sentencia solicitada por este país es sólo el último episodio de un largo recorrido en la discusión entre ambos países respecto a política migratoria y sus modos de hacerla efectiva¹⁴³.

a. Objeto de las demandas presentadas ante la Corte Internacional de Justicia

Las tres demandas, aquí mencionadas, ante la Corte han tenido por objeto la reclamación de responsabilidad internacional del Estado demandado, Estados Unidos de América, por incumplimiento del contenido de la Convención de Viena con base en una clara divergencia en la interpretación de la misma entre los Estados partes de los diversos procesos, y tal divergencia se manifiesta en la pretendida sucesiva infracción de las mismas disposiciones normativas por parte de Estados Unidos.

El incumplimiento del contenido de la Convención de Viena se refiere principalmente a su artículo 36:

¹³⁹ Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963, en vigor desde 19 de marzo de 1967, para España desde el 5 de marzo de 1970 (BOE nº 56, de 6 de marzo de 1970). En adelante Convención de Viena.

¹⁴⁰ *Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)*, Order of 10 November 1998, *I.C.J. Reports 1998*, p. 426. Ordenanza de 10 de noviembre por la que la Corte retira el caso de la lista de pendientes.

¹⁴¹ *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2001*, p. 466. Sentencia de 27 de junio de 2001.

¹⁴² *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2004*, p. 12. Sentencia de 31 de marzo de 2004.

¹⁴³ *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)* (*Mexico v. United States of America*), Application I.C.J., General List No. 139, 5 June 2008.

“1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos;

b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;

c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello.

2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo”.

Asimismo se denuncia el incumplimiento del contenido del artículo 5 de la Convención de Viena, en concreto afectaría a los siguientes apartados de dicho artículo:

“Las funciones consulares consistirán en:

a) proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional; [...]

e) prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas; [...]

i) representar a los nacionales del Estado que envía o tomar las medidas convenientes para su representación ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor, de conformidad con la práctica y los procedimientos en vigor en este último, a fin de lograr que, de acuerdo con las leyes y reglamentos del mismo, se adopten las medidas provisionales de preservación de los derechos e intereses de esos nacionales, cuando, por estar ausentes o por cualquier otra causa, no puedan defenderlos oportunamente”.

Al respecto, el hecho infractor objeto de las demandas ha sido, por tanto, en todas ellas el de no informar a los nacionales de los países demandantes sobre los derechos que la Convención de Viena les reconoce, ni a los agentes consulares de sus respectivos países, y el de no permitir la revisión de las sentencias recaídas bajo tal infracción, considerando -particularmente interesante la argumentación alemana en el caso LaGrand¹⁴⁴- que en caso de haber sido informados los extranjeros del derecho a asistencia consular pudiera haber cambiado el rumbo de la sentencia, cuya gravedad es considerable -en todos los casos, pena de muerte-. Esto es, la efectividad del derecho a asistencia consular permite la aplicación de las garantías procesales que toda persona posee¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Demanda alemana de 2 de marzo de 1999. Véase <http://www.icj-cij.org/docket/files/104/7153.pdf>.

Teniendo presente que los hermanos LaGrand habían sido condenados por cometer un delito, no es objeción para aplicar tanto el procedimiento -demanda y demás cuestiones procesales- y las conclusiones que de éste se derivan a cualquier migrante por analogía, pues la esencia del ejercicio de la asistencia consular se fundamenta en el vínculo nacional con el Estado.

¹⁴⁵ Sentencia del caso Avena, parágrafo 30, supra nota 130. Asimismo, véase la demanda alemana en el caso LaGrand, supra nota 131.

Estados Unidos, por su parte, consideró esencial tal comunicación para el ejercicio de las funciones consulares en su Memorial en el caso Teheran, llegando incluso a afirmar: “Article 36 establishes rights not only for the consular officer but, perhaps even more importantly, for the nationals of the

Hagamos un pequeño inciso aquí para recordar que generalmente la inscripción consular debe producirse en un determinado plazo tras la llegada al país de destino para el ejercicio de los derechos que corresponden a la persona como nacional del Estado en cuestión, requisito indispensable para el ejercicio del derecho al voto. Tomando como referencia el caso español, tal inscripción consular no exige la situación administrativa regular -aunque para el caso de los residentes resulta obvia-. Por otra parte, lo que nos parece de extrema relevancia es que independientemente de la inscripción y, por tanto, de la situación administrativa la protección consular no se ve menoscabada¹⁴⁶.

Al mismo tiempo, las demandas solicitaban, además del pronunciamiento sobre la violación de la Convención de Viena y sobre la validez de unas condenas “viciadas” -con la posible nulidad de los procesos judiciales que las determinan-, la reparación en la forma de compensación y satisfacción¹⁴⁷ y de *restitutio in integrum*¹⁴⁸. Asimismo se instaba a la Corte a que exigiera la garantía de que tales infracciones por parte del Estado demandado no volvieran a suceder.

Visto someramente el contenido de las demandas presentadas ante la Corte, pasemos a ver en qué sentido se pronuncia ésta, esto es, cuál es el contenido de las sentencias, tanto en cuanto a la violación de uno o más preceptos como en cuanto a

sending State who are assured access to consular officers and through them to others”. Memorial del Gobierno de Estados Unidos de América, 12 de enero de 1980, pág. 174. I.C.J. Pleadings, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran.

¹⁴⁶ Así lo recoge Torroba: “aunque no la efectúen [la inscripción consular], eso no menoscaba su derecho a una eventual protección consular, pues esta corresponde en cualquier circunstancia a todos los españoles que se encuentren en el extranjero”. TORROBA SACRISTAN, José, *Derecho consular. Guía práctica de los Consulados de España*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores, 1993, pág.165.

Si bien el autor hace referencia a lo establecido por el Real Decreto 136/1984, de 25 de enero, de inscripción de españoles en Registros de Matrícula de Consulados en el Extranjero, derogado por el Real Decreto 3425/2000, de 15 de diciembre, sobre inscripción de los españoles en los Registros de Matrícula de las Oficinas Consulares en el extranjero, éste reconoce, en su artículo 2.3, en términos similares que: “El hecho de no estar inscrito en el Registro de Matrícula Consular no menoscaba, en ningún caso, el derecho a la protección consular que corresponde a todos los españoles en el extranjero.

¹⁴⁷ Así se solicita en el caso de Karl LaGrand, quien en el momento de presentarse la demanda alemana ya había sido ejecutado.

¹⁴⁸ En el caso LaGrand se pide restablecer la situación de Walter LaGrand al momento de su detención. Una vez que éste también es ejecutado, Alemania modifica tal solicitud, pidiendo que al menos tales hechos no vuelvan a producirse, siguiendo así el mismo procedimiento seguido por Paraguay, pero sin desistir de su acción, lo que llevaría a una sentencia de la Corte sin precedentes y de enorme relevancia.

los efectos que tienen algunas de las declaraciones contenidas en las sentencias u ordenanzas¹⁴⁹ de la Corte.

b. Las medidas provisionales de la Corte Internacional de Justicia

Por una parte, los tres países demandantes solicitaron medidas provisionales por parte de la Corte, sobre todo con el fin de evitar las condenas de muerte pendientes. Por otra parte, resulta destacable que presentadas las solicitudes de medidas cautelares, las ordenanzas que han establecido las mismas han sido sistemáticamente infringidas por Estados Unidos, con el resultado tristemente conocido.

La urgencia de tomar estas medidas provisionales en todos los casos es evidente, pero es especialmente relevante en el caso LaGrand pues la ejecución de Walter LaGrand estaba prevista para el día siguiente de la presentación de la demanda por parte de Alemania. Como adelantábamos, en el caso paraguayo, y quizá por el hecho de haber sido un único nacional objeto de la protección solicitada, una vez las medidas provisionales fueron infringidas el Estado paraguayo desistió de su acción tras aceptar formalmente las excusas oficiales de Estados Unidos¹⁵⁰. En el caso LaGrand, estas medidas provisionales son indicadas *ex officio*, dada la urgencia por la cercana fecha de la ejecución, para evitar así las demoras que se derivan de las audiencias de las partes¹⁵¹. Por primera vez se plantea la cuestión del carácter

¹⁴⁹ Ha de tenerse en cuenta las diferentes denominaciones respecto a las ordenanzas, algunos autores hablan de éstas, otros de autos y otros de providencias, como “resoluciones de tramitación o de desarrollo procedimental”. Véase ACOSTA ESTÉVEZ, José B., *El proceso ante el Tribunal Internacional de Justicia*, Barcelona, Bosch, 1995, pág. 160.

¹⁵⁰ *Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America), Provisional Measures, Order of 9 April 1998, I.C.J. Reports 1998*, p. 248. Estas son las medidas provisionales de 9 de abril de 1998, en las que la Corte indicaba a Estados Unidos que debía tomar las medidas necesarias para que el ciudadano paraguayo no fuera ejecutado hasta que la Corte no se pronunciara sobre el asunto.

Respecto a la Ordenanza de la CIJ que anuncia el desistimiento de Paraguay y la consecuente retirada del asunto de la lista, véase *supra* nota 128.

¹⁵¹ *LaGrand (Germany v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I.C.J. Reports 1999*, p. 9.

obligatorio o no de las medidas *-orders-* de la Corte, pues en caso afirmativo Estados Unidos incurriría en responsabilidad internacional al incumplir las medidas recogidas en ellas. En ambos casos, varios jueces, entre ellos el estadounidense, presentaron opinión individual criticando el procedimiento de la Corte, a pesar de que aprobaron las medidas provisionales que solicitaban la suspensión de las ejecuciones.

Las medidas provisionales se dictan en caso de urgencia que, en los casos aquí descritos, resulta evidente por la falta de protección de un derecho de una de las partes, el derecho a la asistencia consular, que, a su vez, conlleva consecuencias graves, como ya hemos referido. Respecto a su obligatoriedad, ésta no queda clara de la redacción del Estatuto y del Reglamento de la Corte y tal discrepancia se recoge en la sentencia del caso LaGrand. Sin embargo esta misma sentencia acoge la tesis de que nada impide el efecto vinculante de las medidas provisionales, es decir, es posible tal efecto. Es más, de acuerdo con el artículo 94 de la Carta de Naciones Unidas, y por tanto, teniendo presente el contexto y el objeto y fin del artículo 41 del Estatuto de la Corte, la CIJ concluye que las ordenanzas sobre medidas provisionales tienen efecto vinculante¹⁵². En consecuencia su incumplimiento permite a la Corte conocer del mismo, pues supone en definitiva conocer del propio asunto objeto de la demanda.

c. Sentencias de la Corte Internacional de Justicia

El sentido que el caso de Paraguay tomaba por medio de las ordenanzas dictadas por la Corte se ve culminado en la sentencia del caso LaGrand de 27 de junio de 2001. Esta memorable sentencia descarta las objeciones presentadas por Estados Unidos respecto a la competencia de la Corte para conocer sobre el fondo

Sobre las obligaciones sobre el derecho de asistencia consular y el efecto legal de las medidas provisionales, véase ACEVES, William J., «LaGrand. International Court of Justice judgment on duty to inform detained persons of their right to consular assistance and on legal effect of provisional measures», *AJIL*, Vol. 96, Nº 1, 2002, pp. 210-219.

¹⁵² Parágrafo 109 de la sentencia del caso LaGrand, supra nota 129. En el parágrafo siguiente, la Corte subraya el carácter obligatorio de la Ordenanza de 3 de marzo de 1999 -supra nota 139-, ordenanza que crea una obligación legal para Estados Unidos. Esta obligación es lógica en cuanto que se trata de un derecho sobre el que debe pronunciarse la Corte en su sentencia, por lo tanto objeto de protección sobre el que se fundamenta la demanda y sin el cual no tendría sentido el proceso.

del asunto y a la admisibilidad de la demanda, asimismo afirma el carácter obligatorio de la ordenanza que recogía las medidas provisionales.

La sentencia supone la condena de Estados Unidos por violar la Convención de Viena, considerando especialmente grave la vulneración del derecho a la asistencia consular. En lo que aquí nos interesa respecto a los derechos de los migrantes, cabe destacar la acogida por parte de la Corte, en la posterior sentencia del caso *Avena*, del reconocimiento de derechos individuales con base en el artículo 36 de la Convención de Viena. Estos derechos son violados en el caso objeto de demanda, puesto que este precepto infringido genera no sólo derechos del Estado del que son nacionales las personas detenidas, sino también derechos de estas personas en cuanto que ambos derechos -estatales e individuales- son interdependientes¹⁵³.

El doble carácter del derecho recogido en el artículo 36 de la Convención de Viena es el origen de la principal discrepancia en los casos ante la CIJ. En este sentido, la argumentación del Estado demandado se basaba en que fundamentar una demanda en la protección consular la haría inadmisibile y por tanto la Corte no sería competente de conocer del asunto en cuestión.

La Corte, por su parte, no sólo admite la demanda y se declara competente, sino que además aprovecha la cuestión de inadmisibilidad planteada para contestar al Estado demandado acerca de la equiparación entre las partes a la que acudía Estados Unidos para considerar más que suficiente la presentación de excusas, dado que Alemania había procedido del mismo modo en casos anteriores. La respuesta de la CIJ incluye la relevante conclusión de que, si bien el artículo 36 de la Convención de Viena proclama las mismas obligaciones para los Estados parte, ello no implica que el remedio deba ser idéntico. De este modo, la Corte acoge someramente una reflexión acerca de la gravedad de la pena de muerte que, en el caso de personas migrantes, se agrava, si cabe, por sus especiales circunstancias¹⁵⁴, sin llegar a

¹⁵³ Parágrafo 40 de la sentencia del caso *Avena*, supra nota 130.

¹⁵⁴ Estados Unidos consideraba que si Alemania había presentado excusas en casos anteriores por haber infringido el mismo artículo 36 de la Convención de Viena, ello demostraba que era un remedio suficiente. La Corte, por el contrario, considera que la gravedad de las penas es tan dispar que justifica que los medios de reparación puedan ser diferentes.

“But the cases concerned entailed relatively light criminal penalties and are not evidence as to German practice where an arrested person, who has not been informed without delay of his or her rights, is

cuestionar su legitimidad en el Derecho internacional. Esto nos parece preocupante en cuanto que un proceso cuyo resultado pueda ser la pena de muerte debería reunir las garantías procesales de todo procedimiento, si cabe, con mayor escrupulosidad, puesto que el resultado es evidentemente irreparable y además sobre una persona no nacional del Estado que la está ejecutando, en una situación de mayor indefensión, lo que, al menos moralmente, merece una dura crítica. Por ello, el respeto de las garantías procesales¹⁵⁵ en relación con el artículo 36 de la Convención de Viena,

facing a severe penalty as in the present case. It is no doubt the case, as the United States points out, that Article 36 of the Vienna Convention imposes identical obligations on States, irrespective of the gravity of the offence a person may be charged with and of the penalties that may be imposed. However, it does not follow there from that the remedies for a violation of this Article must be identical in all situations. While an apology may be an appropriate remedy in some cases, it may in others be insufficient. The Court accordingly finds that this claim of inadmissibility must be rejected". Parágrafo 63 de la Sentencia en el caso LaGrand, supra nota 129.

¹⁵⁵ Las garantías procesales vienen recogidas en el artículo 14 del PIDCP:

"1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

debe llevar a exigir sobre todo en el caso de una persona migrante el derecho “a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella” y “a ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal”. Si bien, en el caso LaGrand, los acusados entendían y hablaban el idioma del tribunal, eso no ocurrió por ejemplo en el caso de Paraguay ni en el caso Avena, en el que algunos de los mexicanos eran menores de edad en el momento de su detención y casi todos con una escasa formación, por lo que la asistencia consular sin duda hubiera modificado sus posibilidades de haber recurrido la pena sentenciada e incluso de haber girado el rumbo del procedimiento que les condenó a pena de muerte. Este reconocimiento de la Corte no deja de ser la afirmación de las garantías procesales ligadas al derecho de asistencia consular como un derecho de todo migrante, esto es, cualquier migrante se halle en situación regular o irregular.

En el caso LaGrand, la Corte reconoce asimismo una violación del segundo apartado del artículo 36 de la Convención de Viena, citado más arriba, de manera indirecta por medio de la aplicación de la regla del defecto procesal. Puesto que tal aplicación no permitió la realización del contenido del apartado primero del artículo 36 de la Convención de Viena, la CIJ entiende que la suma de ambos -ausencia de asistencia consular y la regla del defecto procesal- pudiera haber variado el resultado de las sentencias dictadas -y esto es aplicable a todos los casos llevados ante la Corte bajo circunstancias similares- y, por tanto, infringe el apartado segundo de este precepto.

Hemos de mencionar aquí, que algunos jueces -Oda y Shi en el caso LaGrand- se oponen a esta teoría por entender que el artículo 36.1.b no genera derechos individuales, sino sólo estatales, por lo que tal relación conllevaría una

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

protección a los extranjeros que no poseen los nacionales. Si bien esto es cierto, no es menos obvio y razonable que así sea, puesto que sólo los extranjeros se encuentran fuera de su país de tal manera que puedan y, en su caso, deban acudir a su consulado. Tal diferencia de trato, que no consideramos discriminatorio pues ante circunstancias desiguales no ha de responderse necesariamente del mismo modo, se fundamenta en una aceptación por el Estado parte del contenido de un texto internacional al ratificarlo. Además, ese contenido vinculará a todo el territorio del Estado, es decir, a todos entes que lo conforman por lo que el incumplimiento -en estos casos, por parte de los Estados federados- de la norma internacional no atenúa ni excluye la infracción cometida y será imputable al Estado, tal y como establece la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados¹⁵⁶.

Hemos de concluir haciendo referencia a la aclaración de sentencia que solicitó México en relación con Avena y otros mexicanos¹⁵⁷. En esta aclaración México solicitó en junio de 2008 la consideración de medidas provisionales que salvaguardaran sus intereses y los de sus nacionales, puesto que algunas de las personas sobre las que recayó la sentencia de la CIJ iban a ser ejecutadas en contra de lo determinado por la sentencia de 2004 y la reparación adecuada dictada en dicha sentencia no había sido hecha efectiva por los Estados Unidos de América.

¹⁵⁶ La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 23 de mayo de 1969 (en vigor desde el 27 de enero de 1980) establece lo siguiente en su artículo 29: “Ámbito territorial de los tratados. Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo”.

¹⁵⁷ *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) (Mexico v. United States of America)*, Application I.C.J., General List No. 139, 5 June 2008.

Tal ha sido y está siendo el grado de incumplimiento con los compromisos internacionales y con los derechos humanos por parte de Estados Unidos de América, que una vez presentada la solicitud de aclaración, José Ernesto Medellín Rojas fue ejecutado el 5 de agosto de ese mismo año.

México solicitó a la CIJ el 6 de octubre de 2008:

“(a) that the following supplemental requests by Mexico are dismissed:

- (1) that the Court declare that the United States breached the Court’s 16 July Order;
- (2) that the Court declare that the United States breached the Avena Judgment; and
- (3) that the Court order the United States to issue a guarantee of non-repetition;

(b) an interpretation of the Avena Judgment in accordance with paragraph 86 (a) of Mexico’s Response to the Written Observations of the United States.”

La Corte concluye que hay efectivamente una divergencia de perspectivas respecto a la obligación de resultado que surge de la sentencia, pero que no puede pronunciarse sobre dicha obligación respecto a la aplicación por los tribunales nacionales, sin que a su vez pueda concluirse que tal aplicación no es obligatoria para dichos tribunales. En definitiva, a pesar de rechazar las pretensiones del Gobierno de México respecto a la persona que había sido ejecutada, confirma la violación de la obligación referida en las medidas provisionales de 16 de julio de 2008 en el caso de José Ernesto Medellín Rojas¹⁵⁸ y confirma el carácter vinculante de las obligaciones de Estados Unidos de América con base en la sentencia Avena de 2004, sin embargo, declina la petición de México de ordenar a los Estados Unidos de América que provea de garantías de no repetición¹⁵⁹.

2.3. Relevancia de los fallos de la Corte Internacional de Justicia respecto a los migrantes en situación irregular

La Corte ha determinado en todos estos casos una infracción en relación con el derecho de asistencia consular, como derecho de doble carácter individual y estatal¹⁶⁰. Por otra parte, la decisión de la Corte ha supuesto la reparación del daño causado¹⁶¹.

¹⁵⁸ *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) (Mexico v. United States of America), Provisional Measures, Order of 16 July 2008, I.C.J., Reports 2008*, p. 311.

¹⁵⁹ *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) (Mexico v. United States of America), Judgment, I.C.J., Reports 2009*, p. 3, 19 January 2009.

¹⁶⁰ Ello supone la obligación de cesación tanto en el sentido de poner fin al acto ilícito -que en algunos de los supuestos ya no hubiera tenido remedio, al haber sido ejecutados los nacionales del Estado demandante- como en el sentido de modificar el comportamiento que infringió la Convención de Viena garantizando que tal infracción no volverá a cometerse.

¹⁶¹ Esta reparación, en el sentido solicitado por Alemania en el caso LaGrand de *restitutio in integrum* referido arriba, pierde su razón de ser en los supuestos en que las personas han sido ejecutadas por Estados Unidos de América. El incumplimiento de este Estado de las medidas provisionales pone punto final a cualquier retrocesión de los hechos al momento de su comisión, es decir, a un momento procesal anterior en el que los migrantes pudieran disfrutar del derecho de asistencia consular tal y como establece la Convención de Viena.

Estados Unidos ha considerado suficiente reparación la presentación de excusas a los Estados demandantes. Sin embargo, de manera comprensible, excusarse no es suficiente reparación, así como tampoco lo es la garantía de que los hechos ilícitos no se producirán de nuevo, pues esto en todo caso

Llegados a este punto podemos extraer algunas conclusiones sobre dos cuestiones suscitadas. La primera es la que se refiere al valor que las declaraciones de la Corte tienen respecto a la tutela de los derechos de los migrantes y la segunda, la que se refiere a la cuestión de la responsabilidad internacional de los Estados por violaciones de esos derechos.

En cuanto a la primera cuestión, es al menos de gran fuerza simbólica, y no sólo, que la Corte tutele los derechos de los migrantes, aunque ello sea consecuencia del ejercicio de una potestad estatal de reclamar los derechos del Estado del que proceden los migrantes -recordemos al respecto que esto no discrimina por la situación administrativa, origen o cualquier otra condición del migrante, sino únicamente por la de no ser nacional del país demandado-. A pesar de que sólo bajo la facultad del Estado demandante podrá interponerse la demanda contra otro Estado por infringir sus derechos, no es menos cierto que tal potestad abre la vía de reclamación de derechos individuales tal y como ha reconocido la Corte al admitir que el artículo 36 de la Convención de Viena genera derechos individuales y estatales.

Respecto a la segunda cuestión mencionada, podemos concluir que no deja de ser preocupante la constante infracción del mismo precepto por el mismo Estado. Por ello sería deseable la existencia de algún mecanismo que permitiera reaccionar ante una irresponsabilidad en el plano internacional, de manera que se proporcione una respuesta generalizada a la comunidad y no únicamente entre las partes. Al menos queda claro, tras la sentencia del caso LaGrand, que un Estado puede resultar responsable internacionalmente no sólo por los hechos que se consideren ilícitos en el contenido de la sentencia, sino también por contrariar las medidas provisionales que la Corte establece.

Retomando la primera cuestión suscitada en nuestras conclusiones, la relevancia de estos fallos de la CIJ descansa en la protección de los derechos de los

puede entenderse como un compromiso de cesación del acto ilícito que en el momento en que se están presentando se concibe como una forma de satisfacción. Aunque tal presentación de excusas sea considerada una reparación, este compromiso no ha sido respetado por el Estado demandado, ya que, como hemos podido apreciar en distintos procedimientos muy similares contra el mismo Estado en el transcurso de pocos años, la conducta infractora sigue produciéndose a pesar de la condena por parte de la Corte Internacional de Justicia.

migrantes que, de manera indirecta, ponen de manifiesto. Consideramos, aun con todo, que quizá fuera necesario un pronunciamiento concreto respecto a los derechos individuales tutelados de manera indirecta, pues en muchos casos -en todos los que se han llevado ante la Corte y aquí referidos- ese derecho es el derecho a la vida, ligado a otros derechos no menos fundamentales. Considerando que la ejecución de una persona no tiene vuelta atrás, que la pena de muerte está abolida en gran número de países, con las excepciones que lamentablemente se recogen en algunos ordenamientos nacionales, y que tal violación de un derecho humano se realiza sobre la persona nacional de otro Estado, resulta cuando menos cuestionable y sobre todo criticable que no haya un pronunciamiento firme al respecto.

Esta última reflexión no empaña la verdadera conquista que supone el reconocimiento de la Corte y abre la esperanza a que, en un momento en el que los derechos de los migrantes son cada vez más cercenados, exista una cierta protección jurídica internacional de los derechos de millones de personas que se encuentran fuera de su país de origen.

**PARTE TERCERA. ESTATUTO JURÍDICO
INTERNACIONAL.**

**Un marco normativo internacional de migrante en
situación irregular**

CAPÍTULO CUARTO.

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

Como hemos recogido en las páginas previas, la existencia de una necesidad de migrar es innegable y el derecho a ello se convierte en sí mismo en una realidad que no puede dejar de reconocerse como tal. Por otra parte, la evolución de la normativa y de la práctica internacionales ha constatado el reconocimiento de ese derecho y de los derechos humanos de la persona migrante hasta el momento histórico, en las últimas décadas del siglo XX, en que la migración, y especialmente la migración irregular, comienza a verse como un problema, cuando no una amenaza.

Ese marco jurídico internacional, bajo el auspicio de la Organización de las Naciones Unidas y el impulso de algunas de sus agencias y otros actores internacionales, perseguía la meta de hacer efectiva la dignidad humana de este grupo de personas, razonablemente considerado vulnerable. En el pensamiento de algunos, se reconoce que la responsabilidad ante esa vulnerabilidad es tanto de los países de origen como de los países de destino, pues en ambos lugares pueden ser objeto de explotación laboral y condenarles a la injusticia. Lo que prevalece en la mente de muchos es la intención de poner fin a esa explotación y a esa injusticia en ambas orillas del proceso migratorio, lo que todavía hoy continúa siendo una utopía. En definitiva, se pretendería reconocer la dignidad y la igualdad de los seres humanos, pues sin ello los derechos humanos no son tales¹.

¹ BLÁZQUEZ MARTÍN, Diego, «La situación jurídica de los inmigrantes irregulares a la luz de los Derechos Humanos», en VALLE GÁLVEZ, Alejandro del; ACOSTA SÁNCHEZ, Miguel Ángel (eds.), *Inmigración irregular y derecho. VIII Jornadas Autonómicas de Derecho Internacional Humanitario*, Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2005, pág. 166.

I. Punto de partida del Grupo de Trabajo que redactó la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares

En el año 1980, año en que el Grupo de Trabajo que redactará la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares -en adelante GTCTM o Grupo de Trabajo- comienza su andadura, el punto de partida no era en todo caso halagüeño para establecer un estatuto jurídico de migrante en situación irregular desde una perspectiva internacional². El binomio Estado-migrante venía a ser más bien una contradicción en los términos, como continúa siéndolo, una suerte de desencuentro entre el deber ser y el ser.

Debiéramos añadir que en el presente no sólo continúa existiendo tal contradicción sino que se amplía la distancia entre ambos conceptos. Aún con todo, quizá baste con acercarnos a lo que a principios de los años ochenta se entendía al respecto por los miembros del Grupo de Trabajo para comprender las dificultades en alcanzar una postura común que difuminara esa dicotomía. Si atendemos a las circunstancias de aquel momento y del presente, ello nos permitirá confirmar las mismas dificultades entonces y en la actualidad para que soberanía estatal y migrante en situación irregular no sean conceptos antitéticos.

Tendremos ocasión de ahondar en esta disyuntiva, pero sirva de adelanto que el reconocimiento de derechos a los migrantes en situación irregular no ha sido *ex novo*, sino que el núcleo de tratados internacionales de derechos humanos ya reconocía los principales derechos recogidos en esta Convención. Por tanto no existe una ampliación efectiva de derechos a aquellas personas que se encuentran en situación irregular, aunque, como veremos, si se introducen algunas novedades.

En el mismo sentido, la soberanía del Estado no se ve menoscabada por este texto internacional, pues finalmente se aprobó que nada de lo dispuesto en la Convención afectaría al derecho de cada Estado Parte a establecer los criterios que

² Aquí, del mismo modo que venimos haciendo en todo nuestro trabajo, hablaremos de “migrante” o “trabajador migrante” salvo cuando los textos a los que nos referimos o en los que nos basamos utilizan otras expresiones, como la locución “trabajador migratorio” utilizada por la Convención.

rijan la admisión de los trabajadores migratorios y de sus familiares. Lo cual no quiere decir que las normas internacionales, en general, y la Convención, en particular, deban existir como medidas que definen en cierto modo el poder de los Estados³.

Sin embargo, no sólo las disquisiciones teóricas entorpecieron el camino de redacción del texto normativo. A ello se unieron factores menos relacionados con la discusión acerca del contenido propio del tratado, banales quizá, pero con un efecto inmediato en el proceso de redacción de la Convención. Nos estamos refiriendo a cuestiones prácticas tales como los efectos que tuvieron el método de trabajo del GTCTM o la larga negociación del texto.

Pudieran parecer estas cuestiones consecuencias de las diferencias teleológicas, sin embargo en sí mismas constituirían una dificultad al modificar lógicamente las circunstancias coyunturales del Grupo de Trabajo. Si el proceso duró más de diez años, con toda seguridad el contexto, en todos los sentidos, no era el mismo al principio que al final de dicho período y ello dificultó que se llegara a acuerdos sobre cómo debía trabajarse y cuál debía ser el resultado. Éste en definitiva fue el corolario de un proceso de discusión largo, complejo y contrariado, de arduas negociaciones que dieron nacimiento a la Convención a la que aquí nos dedicamos.

1. Dicotomía teórica

Probablemente la pregunta relevante, tanto para nosotros en este momento como lo fue entonces para los auspiciadores de la Convención, era cómo resolver la dicotomía, ampliamente reconocida por entidades actoras y doctrina, entre Estado -o soberanía del Estado, más bien- y migrante -más concretamente, migrante en situación irregular-. No en vano, la negociación sobre el texto a ser redactado y finalmente aprobado duró algo más de diez años, pues a diferencia de otros textos lo que estaba en juego no era el mero reconocimiento de derechos humanos a un grupo humano singular, sino -tal y como entendieron los Estados participantes del Grupo de

³ MADRA, Ömer, *Migrant Workers and International Law*, Ankara, Sevinç Matbaasi, 1986, pág. 126.

Trabajo- la constatación de diferentes niveles de protección y de interferencia -o no- en asuntos considerados exclusivamente competencia estatal.

Durante el análisis de los trabajos preparatorios de la Convención, resulta inevitable pensar que, si por un lado, se negaba la limitación voluntaria del ejercicio de las competencias ligadas a la soberanía del Estado, por otro, se mostraba una cierta inquietud y preocupación por una cuestión a todas luces de trascendencia internacional.

Muestra de esta inocente apreciación de los intereses estatales, es la opinión del, entonces, Director General de la OIM:

“Los países en todas partes del mundo tienen el interés común de instaurar perspectivas globales de gestión de la migración que velen por la seguridad y dignidad de los migrantes, al tiempo que satisfacen las necesidades nacionales en materia de empleo, crecimiento, desarrollo y seguridad”⁴.

Estas palabras, precedentes a la entrada en vigor de la Convención el primero de julio de 2003, no acusan falta de sinceridad. Sin embargo, muestran la irrealidad que ha rodeado a este tratado desde el inicio de su redacción hasta su aprobación diez años después y de ahí hasta su entrada en vigor doce años y medio más tarde⁵. La laxitud de los Estados en el tiempo es muestra más que evidente de la dificultad de cohesionar aspectos comprometidos de la migración y más concretamente de los relacionados con la migración irregular, como aquí pretendemos abordar.

Posiblemente por ello se deja constancia clara en el Preámbulo de la preocupación ya citada, pues junto con la intención de impedir la explotación laboral de los migrantes en situación irregular se confirma el objetivo de luchar contra la migración clandestina:

“Teniendo presente que los problemas humanos que plantea la migración son aún más graves en el caso de la migración irregular, y convencidos por tanto de que se debe alentar la adopción de medidas adecuadas a fin de evitar y eliminar los

⁴ Palabras de Brunson McKinley, OIM, nota de prensa, 18 de diciembre de 2002.

⁵ Tendremos oportunidad más adelante de analizar la falta y tardanza en las ratificaciones a la Convención. Al respecto puede verse TARAN, Patrick A., «Status and Prospects for the UN Convention on Migrants' Rights», *EJML*, Vol. 2 (1), Netherlands, Kluwer Law International, 2000, pp. 92-93.

movimientos y el tránsito clandestinos de los trabajadores migratorios, asegurándoles a la vez la protección de sus derechos humanos fundamentales,

Considerando que 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,

Considerando también que la práctica de emplear a trabajadores migratorios que se hallen en situación irregular será desalentada si se reconocen más ampliamente los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios y, además, que la concesión de determinados derechos adicionales a los trabajadores migratorios y a sus familiares que se hallen en situación regular alentará a todos los trabajadores migratorios a respetar y cumplir las leyes y procedimientos establecidos por los Estados interesados”.

El Preámbulo de la Convención comienza reconociendo tanto las normas que la preceden como los órganos y las organizaciones que han realizado una mayor labor por la protección de los migrantes. Seguidamente hace referencia a la importancia de los flujos migratorios y a la acción llevada a cabo por los Estados y la repercusión que aquéllos producen en éstos, para luego declarar la vulnerabilidad de los migrantes y la necesidad de proteger internacionalmente sus derechos. Estas cuestiones, si bien no menos importantes pero señaladas someramente, vienen seguidas de una referencia concienzuda de lo que la migración irregular sufre, como vemos en los párrafos citados del Preámbulo.

Aunque en el texto de la Convención se reseñarán los peligros y/o violaciones de derechos que se pretenden evitar, ya en este preludio se especifican las cuestiones clave a tener presentes respecto a la materia que nos ocupa. De hecho, los tres párrafos citados recogen lo que, a nuestro entender, constituyen tres de los objetivos principales de esta Convención: la protección internacional de los migrantes basada en el principio de no discriminación; la lucha contra la migración irregular por sus problemas humanos y por la explotación a la que se somete; y la promoción de la migración en condiciones de regularidad.

1.1. Protección internacional de los migrantes y principio de no discriminación

La base de este objetivo es el reconocimiento de los derechos humanos de toda persona por el hecho de serlo. Este estándar mínimo lo constituyen los derechos humanos que deben ser respetados y garantizados con independencia de la situación administrativa de la persona, pues constituyen la esencia de la dignidad humana y la hacen posible⁶. Con tal fin, el Preámbulo de la Convención establece que los Estados parte de la misma están:

“Convencidos, por ello, de la necesidad de lograr la protección internacional de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, reafirmando y estableciendo normas fundamentales en una convención amplia que tenga aplicación universal”.

Sin duda, ésta es una cuestión que debiera ser un principio fundamental de todo Estado de Derecho, por el contrario resulta ser espinosa por cuanto incide en la dicotomía soberanía-migrante. Nos resulta contradictorio que así sea, sobre todo cuando es ampliamente declarado en voz alta la importancia que el respeto a los derechos humanos merece en los Estados democráticos y la lucha contra la discriminación ampliamente pregonada. Sin embargo, resulta lejano a la realidad cuando se trata de poner en práctica estos principios. De tal modo, el reconocimiento de derechos humanos a los migrantes en situación irregular ha sido el motivo principal de rechazo a la hora de ratificar la Convención que aquí nos ocupa.

No obstante, tal perspectiva no es incompatible con el principio de no discriminación. La base de este principio es el trato igual, esto es, que no se produzca un trato discriminatorio por cualquiera de las características internacionalmente admitidas, entre las que se encuentra la nacionalidad. Este principio adquiere enorme relevancia en la CTM gracias a ser la ONU quien alberga el debate y trabajo sobre el texto. A pesar de ello, y de ahí vendrán las escasas ratificaciones posteriores de la Convención, los Estados directamente pueden poner en práctica la discriminación de

⁶ En la actualidad, venimos diferenciando los derechos del ser humano de los derechos del ciudadano, de modo tal que la ciudadanía se convierte en un factor de exclusión y discriminación. Es lo que Ferrajoli denomina “un último residuo premoderno de desigualdad personal en contraposición con la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales”. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pág. 118.

los extranjeros -con mayor claridad si se encuentran en situación irregular- por medio de las diferentes leyes de extranjería, leyes que en ocasiones discriminan respecto a ciertos derechos obviando el principio universal de no discriminación. En el fondo, entendemos, el no reconocimiento de este principio y, por ende, de los derechos humanos de los migrantes en situación irregular manifiesta una clara intención de clasificar entre grupos sociales que cohabitan en una sociedad concreta con estatutos diferenciados.

1.2. Lucha contra la migración irregular

En la teoría, la lucha contra la migración irregular se centra, por un lado, en combatir la explotación laboral y la competencia desleal de las que pueden sacar provecho los empleadores sin escrúpulos, y, por otro lado, en impedir las violaciones de derechos humanos y la discriminación que sufren las personas que se encuentran en situación irregular. Esta teoría no plantea en principio mayores problemas, pues es ampliamente aceptada por los Estados, sobre todo cuando éstos son destino de los flujos migratorios.

Si éste es el objetivo, los medios que propone la Convención para lograrlo son principalmente los que pretenden impedir la entrada irregular o poner fin a la estancia irregular. Y ahí los encuentros de posiciones entre los Estados no han sido tan sencillos, puesto que las técnicas propuestas difieren dentro de estos medios para poner fin a la inmigración irregular. Aunque las diferencias técnicas existan, lo que persiste es la idea cierta de que para poner fin a la inmigración irregular sólo existen dos mecanismos:

- Ponerle fin antes de que sea, esto es, no permitir que una persona pueda estar en situación irregular y para ello la idea prevalente es la de cerrar puertas o lo que es lo mismo rechazar la entrada de todo aquel que no es “deseado”. Idea que justifica, como podemos apreciar en los casos más cercanos, el rechazo no sólo de la migración irregular sino también de la regular por medio de

criterios estrictos que producen el desvío de migración que pudiera ser regular a la clandestinidad.

- Ponerle fin cuando ya es, es decir, dar término a una situación administrativa de irregularidad ya existente, para lo cual hay dos claras posturas, que destacan sobre otras: expulsar a la persona que se encuentra en tal situación de irregularidad, cuyo significado es la salida forzada del territorio del Estado; o permitir su regularización, idea políticamente denostada pero ampliamente utilizada, que significa el cambio de situación administrativa de irregularidad de una persona a una situación administrativa de regularidad por medio de la acción del Estado o del propio migrante.

Como ya hemos constatado, hubo un consenso en no interferir en la competencia estatal respecto a la admisión de migrantes en el territorio de cada Estado, como prerrogativa soberana de éste. Tal declaración viene recogida en el definitivo artículo 79 de la Convención⁷, que impide que lo dispuesto en el texto de la misma afecte al derecho de cada Estado Parte a establecer los criterios de admisión de migrantes y permite así la utilización de los medios legítimos destinados a impedir la entrada irregular de personas en el territorio de cada Estado.

Al respecto, entonces, de determinar cómo y a quién se le permite la entrada en el territorio no hay mayores discrepancias, al menos por parte de los Estados que celosamente vigilan sus espacios. No se puede decir lo mismo de organizaciones de diverso tipo y sociedad civil que en determinados casos se han manifestado en contra de impedir tan severamente la entrada de personas en los territorios de cada Estado⁸. En nuestra opinión, tal prerrogativa es una competencia discrecional del Estado, cuya

⁷ Artículo 79. “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al derecho de cada Estado Parte a establecer los criterios que rijan la admisión de los trabajadores migratorios y de sus familiares. En cuanto a otras cuestiones relacionadas con su situación legal y el trato que se les dispense como trabajadores migratorios y familiares de éstos, los Estados Partes estarán sujetos a las limitaciones establecidas en la presente Convención”.

⁸ Al respecto, véase la postura en defensa de los derechos de los migrantes de algunas organizaciones internacionales -como PICUM, La Cimade, o GISTI-, nacionales -como APDHA o Red Acoge- o de movimientos, como el Foro Social Mundial de las Migraciones (próximo encuentro en noviembre de 2012 en Filipinas). Accesibles todas ellas por medio de las páginas web referenciadas en el apartado de fuentes.

justificación queda lejos de estar motivada lo suficientemente, como podremos recordar más adelante⁹.

Respecto a poner fin a la estancia irregular, las discrepancias no vienen únicamente de las organizaciones y la sociedad civil con los entes estatales, sino entre éstos mismos. Y el motivo de esto último son las diferentes perspectivas que se tienen a la hora de poder terminar con una situación administrativa previamente existente. Entre tales perspectivas, las mismas se basan principalmente en dos técnicas, como hemos avanzado: la expulsión o la regularización.

La salida del migrante en situación irregular es una de las opciones elegidas por la mayoría de países. Tal salida puede ser voluntaria o forzada, en el primer caso se denominará retorno y, en el segundo, expulsión. Lógicamente, no sólo por carecer de los medios económicos necesarios sino también por perseguir los proyectos de vida soñados, las personas no saldrán voluntariamente del país en que se encuentran irregularmente salvo que el “beneficio” que de ello se derive sea mayor, lo cual es ciertamente difícil de valorar. En cuanto a la expulsión, los Estados se pusieron definitivamente de acuerdo en permitir explícitamente la misma en el texto de la Convención, así el artículo 22 prohíbe las expulsiones colectivas, pero permite las individuales conforme a la ley y respetando ciertos requisitos recogidos en este precepto¹⁰.

⁹ Es lo que Monique Chemillier-Gendreau denomina una “libertad de hacer” de los Estados que tiene dos consecuencias: “D’une part, la présence des immigrés clandestins n’est pas le résultat d’une pression souterraine qui s’exercerait sur une société et à laquelle celle-ci chercherait à résister, mais est « fabriquée » par le jeu combiné de législations répressives et de pratiques administratives abusives. [...] D’autre part, ces mécanismes produisant des personnes en situation d’irregularité et les conditions qui leur sont faites alors, conduisent à une dégradation de la démocratie qui fait peser des dangers sur l’avenir des sociétés politiques concernées”. CHEMILLIER-GENDREAU, Monique, «Un régime juridique pour l’immigration clandestine», en CHETAIL, Vincent (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l’homme: le droit international en question. Globalization, migration and human rights: International law under review*, Vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2007, pág. 334.

¹⁰ Ésta es una norma de derecho internacional, expresada, entre otros órganos, por el Comité de Derechos Humanos en su Observación General 15 respecto al artículo 13 del PIDCP. En dicha Observación General, el Comité interpreta que “al permitir solamente las expulsiones ‘en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley’, su objetivo es claramente impedir las expulsiones arbitrarias. Por otra parte, otorga a cada extranjero el derecho a que se adopte una decisión en su propio caso y, por lo tanto, el artículo 13 no se cumple con leyes o decisiones que dispongan expulsiones colectivas o en masa”. Observación General 15 del Comité de Derechos Humanos, 11 de abril de 1986. *The position of aliens under the Covenant*. CCPR General Comment N° 15.

Sin embargo, no existió ni existe el mismo consenso respecto a otra de las técnicas utilizadas por los países de destino y recogida en la CTM, la regularización. El artículo 69 de la Convención introduce este tema muy delicadamente con el ánimo evidente de no interferir en los asuntos internos de cada país, estableciendo en primer lugar que los Estados tomen medidas para que no persista la situación de irregularidad. De este modo exige a los países terminar con la situación irregular de las personas que se encuentran en su territorio incitando seguidamente a considerar la regularización de dichas personas teniendo en cuenta “las circunstancias de su entrada, la duración de su estancia en los Estados de empleo y otras consideraciones pertinentes, en particular las relacionadas con su situación familiar”. Este segundo apartado del precepto mencionando la posibilidad de regularizar a los migrantes en situación irregular no fue unánimemente aceptado y generó amplias discusiones acerca del contenido y alcance del mismo, puesto que las naciones receptoras de migrantes veían en él una limitación a su capacidad de decidir sobre qué hacer con los migrantes en situación irregular. Por ello, la discusión fue zanjada con el texto finalmente aprobado que reconocía esa posibilidad sin exigir a los Estados que tomaran la regularización como medida para terminar con la irregularidad, pero sí reclamándoles medidas con tal fin.

1.3. Promoción de la migración regular

Por último, el tercer objetivo que destacamos como fundamental entre los propósitos de la Convención es la promoción de la migración en condiciones de regularidad. Para tal fin no sólo se promovía la idea de terminar con la permanencia y/o existencia de la migración en situación irregular, sino también la facilitación de medios que posibiliten a las personas migrar regularmente.

El punto de partida del Grupo de Trabajo era que la explotación laboral o las condiciones abusivas que sufrían con mayor intensidad los migrantes en situación irregular serían desalentadas al reconocer más ampliamente los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios. Asimismo, como ya hemos citado arriba, se consideró y se recogió en el Preámbulo de la Convención, “que la

concesión de determinados derechos adicionales a los trabajadores migratorios y a sus familiares que se hallen en situación regular alentará a todos los trabajadores migratorios a respetar y cumplir las leyes y procedimientos establecidos por los Estados interesados”.

Y con tal objetivo se establecían en cierto modo dos cuestiones diferentes: por un lado, la idea de que reconociendo más derechos se promovería la migración regular y desalentaría la migración irregular al conceder más “privilegios” al migrante en situación regular; y, por otro lado, el “buen ejemplo” educador que tendría tal reconocimiento de derechos a los migrantes en situación regular para todos los migrantes frente al Estado de acogida y frente al resto de la población al invitar a respetar y cumplir las normas, en definitiva normas de convivencia, del país receptor.

De hecho, esta intención educadora se transmite a lo largo del texto de la Convención tanto en su estructura y articulado como en los enunciados que la componen y su contenido con clara vocación pedagógica¹¹ y protectora de los derechos humanos. En concreto el artículo 34 volverá a declarar esta obligación de respeto de las normas internas añadiendo el deber de respetar la “identidad cultural de los habitantes” de los Estados receptores.

Sin duda este objetivo es una cara inseparable de la otra cara de la moneda arriba mencionada, la lucha contra la inmigración irregular. La idea se repite, puesto que textos normativos de diversa procedencia hacen referencia a ambas cuestiones como parte de un único fin; dos caras que se ven completadas en triángulo con un tercer objetivo que diferirá según el ámbito normativo al que nos refiramos. Así en el ámbito internacional, se completa con el objetivo de la protección de los derechos humanos, como ya hemos referido. En el ámbito comunitario se completa con la idea de cooperación entre Estados¹². Y en el plano interno se completa, generalmente, con el propósito de integración social de los extranjeros¹³.

¹¹ ROJO TORRECILLA, Eduardo (coord.); CAMAS RODA, Fernando; CAMÓS VICTORIA, Ignacio; ESTEVE GARCÍA, Francina; ILLAMOLA DAUSÀ, Mariona; RODERA RANZ, Susana, *Inmigración y mercado de trabajo en la era de la globalización. Estudio de la normativa internacional, comunitaria y española*, Valladolid, Lex Nova, 2006, pág. 41.

¹² El Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, refrendado por el Consejo Europeo de 16 de octubre de 2008, establecía, a la manera de los Estados que lo conforman, como objetivos principales: la

Hemos de decir que esta idea de promoción de la migración regular no es nueva, sino que es originaria del Estado en sí, en su concepción westfaliana de la soberanía estatal, de acuerdo con la cual, puede afirmarse, todo el mundo era admitido al territorio del Estado salvo por causas verdaderamente relevantes como para expulsar a la persona extranjera. Esta concepción evidentemente ha evolucionado desde entonces y los medios para promover esta migración regular y luchar contra la que se produce irregularmente son otros. Ahora la expulsión es la medida “estrella” de entre todas las que son tomadas. Aunque de esto nos ocuparemos más adelante, sirva adelantar que nuestra reflexión es clara: si no se ha promovido satisfactoria y efectivamente la migración regular, ni evitado las situaciones que favorecen la irregularidad, quien falla entonces es el Estado y, por

inmigración legal y ordenada; la lucha contra la inmigración ilegal; y el favorecimiento de la integración -si bien aquí se refiere a los inmigrantes “legales”- mediante un equilibrio de derechos y deberes. Estas ideas siguen reflejadas en el Programa de Estocolmo - Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano [Diario Oficial nº C 115 de 4/5/2010] y en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 20 de abril de 2010 – Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos – Plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo [COM(2010) 171 final – no publicada en el Diario Oficial].

¹³ El caso español no difiere de esa inclusión en su ordenamiento de los tres objetivos, si bien hay que tener presente las numerosas reformas legislativas respecto a extranjería en casi una década, lo que lleva a cierta confusión. Aunque aquí no podamos analizar ampliamente el porqué de estas reformas, adelantamos que los cambios de Gobierno, las circunstancias y la escasez de consenso en esta materia han sido las causas principales de estas reformas y de ahí que los objetivos no sean siempre los mismos.

De hecho, en la primera reforma de la Ley de extranjería actualmente vigente, con sus múltiples reformas, no mencionaba objetivos en su Exposición de Motivos. Se trata de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre de 2000, BOE 23 de diciembre de 2000, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Por el contrario, las reformas de 2003, ciertamente desafortunadas en nuestra opinión pues mezclaban cuestiones muy diferentes que llevaban a engaño e incluso a xenofobia, centraban su Exposición de Motivos en la lucha contra la inmigración “ilegal”. Las dos reformas se produjeron en breve espacio de tiempo por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, BOE de 30 de septiembre de 2003, y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. BOE de 21 de noviembre de 2003.

El texto consolidado de la LOEX -en realidad la última reforma es la que realiza la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, que no hace tantos cambios como las aquí mencionados- hace referencia expresa en su Preámbulo a estos tres objetivos principales, ya repetidos, al hacer suyos los objetivos del Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo; objetivos principales que después desglosa minuciosamente en su apartado V. Véase la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 299 de 12 de diciembre.

tanto, entendemos que no debiera utilizar los medios coercitivos, como es el caso de la expulsión, sino únicamente como última opción, dando prevalencia a otras técnicas menos represivas y teniendo siempre presente, por encima de cualquier circunstancia, el respeto y la protección de los derechos humanos de toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción con independencia de su situación administrativa.

2. De la teoría a la práctica

2.1. Pasos previos

Antes de cualquier otra referencia a los pasos dados con el destino final de redactar la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, sería poco apropiado no reconocer el papel primordial que tuvo la Organización Internacional del Trabajo en el origen de esta Convención¹⁴. El núcleo de la labor de la OIT ha sido desde sus inicios la protección de los derechos de los trabajadores, en la que siempre han estado presentes los migrantes -prueba de ello son los diversos Convenios aprobados dedicados a la cuestión migratoria a los que ya nos hemos referido-. Efectivamente sus esfuerzos por regular y promover la igualdad de trato de los trabajadores migrantes con los trabajadores nacionales y por proteger los derechos de ambos son encomiables, como también lo es su mediación en acuerdos bilaterales migratorios entre los Estados.

Como es sabido y ya hemos recogido ampliamente en el capítulo segundo, la década de los treinta y la II Guerra Mundial contradijeron en cierta manera esos esfuerzos debido a la crisis económica sufrida globalmente. Sin embargo, pasado ese

¹⁴ Para un mayor conocimiento del papel de la OIT, véase HASENEAU, Michael, «ILO Standards on Migrant Workers: The Fundamentals of the UN Convention and their Genesis», *International Migration Review*, Vol. 25 (4), Center for Migration Studies of New York, 1991, pp. 687-697.

Sobre el tratamiento de las migraciones internacionales con una perspectiva desde dentro de la OIT, véase STALKER, Peter, *Workers Without Frontiers: The Impact of Globalization on International Migration*, Geneva, ILO, 2000, xii, 163 p.

período, la migración humana y el interés en proteger a las personas que dejaban su país en busca de mejores oportunidades crecieron. En dicho contexto surgió el Convenio número 97 de la OIT de 1949¹⁵ entre otras iniciativas tomadas a raíz de la postguerra.

Poco a poco, como ya vimos, distintos movimientos apuntaban hacia un mismo fin, un tratado internacional que protegiera los derechos humanos de los trabajadores migrantes. Tanto la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías en 1973¹⁶, junto con el Convenio número 143 de la OIT de 1975¹⁷, como la primera Conferencia Mundial contra el Racismo y la Discriminación Racial de 1978¹⁸, promovían la elaboración de la mencionada convención específica. A estas iniciativas se unirían numerosas Resoluciones de la Asamblea General de la ONU, el ECOSOC y la CDH¹⁹ que instaban a los Estados a reconocer los derechos de los trabajadores migratorios y llamaban la atención sobre el tráfico ilícito en el ámbito laboral.

Y fue esta última cuestión del tráfico ilícito la que constituyó el objeto de estudio del informe de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías en 1973²⁰. Por medio de este informe se solicita un estudio sobre esta explotación, considerando que la clandestinidad y la discriminación que se

¹⁵ Convenio de la OIT número 97 sobre los trabajadores migrantes, que revisaba el Convenio núm. 66 de 1939 (revisado en 1967). Adopción: Ginebra, 32ª reunión CIT (01 julio 1949). (Entrada en vigor: 22 enero 1952). Ratificación España: 21 marzo 1967. Véase el apartado I del capítulo tercero.

¹⁶ E/CN.4/Sub.2/343, Informe de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. Informe en el que se detallan los problemas de derechos humanos que se encuentran los trabajadores migrantes en situación irregular.

¹⁷ Como sabemos este Convenio se refiere explícitamente a las condiciones abusivas en que se dan las migraciones, especialmente cuando las personas se encuentran en situación irregular, además de promover la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores migrantes y nacionales. No obstante hemos de mencionar también que los países de origen miraron este texto con escepticismo y los países de destino desconfiaron del texto, pues creían que desincentivaba la migración temporal y otorgaba más privilegios de los deseados a los trabajadores migrantes. Éstas son indudablemente las razones de su escasa ratificación.

¹⁸ Informe de la Conferencia Mundial para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial, Ginebra. 14 a 25 de agosto de 1978 (Publicación NU n° S.79.XIV.2), cap. II.

¹⁹ Ya recogidas en el capítulo segundo, por lo que anotamos aquí sólo su referencia numérica: las Resoluciones 1706 (LIII) de 1972, 1749 y 1789 (LIV) de 1973 del ECOSOC; las Resoluciones de la AG 2920 (XXVII) de 1972, 3224 (XXIX) de 1974, 3449 (XXX) de 1975, 31/127 de 1976, 32/120 de 1977, 33/163 de 1978; y la Resolución 3 (XXIX) de la CDH, de 1973.

²⁰ Resolución 1789 (LIV) del ECOSOC, de 1973.

producían en relación con los trabajadores migratorios eran dos aspectos importantes del problema. De este modo, una de las preocupaciones mayores, como es la explotación y discriminación que sufren los trabajadores migrantes clandestinos, se convierte en uno de los pilares para la redacción de la futura Convención sobre trabajadores migratorios y en su primera motivación.

El informe que resulta del estudio sobre la explotación que sufren los trabajadores migrantes, el denominado y ya mencionado informe Warzazi²¹, junto con la primera Conferencia contra el Racismo de 1978, supondrán el segundo impulso a la creación de un Grupo de Trabajo que redacte la Convención.

La Sra. Warzazi, en su informe, planteaba que debiera controlarse la inmigración por medio de agencias públicas que monopolizaran el reclutamiento, la admisión y la acogida de los trabajadores migrantes; asimismo proponía, entre otras medidas, penas elevadas, incluyendo la prisión, para aquellos empleadores que les emplearan a sabiendas de su situación, para los traficantes y para cualquier otra persona que contribuyera al tráfico ilícito de personas. Junto a esto, Warzazi sugería a los Estados la necesidad de publicitar los riesgos de la explotación a la que se exponían los trabajadores migrantes en situación irregular.

Por último, entre todas estas iniciativas y como tercer impulso, no faltó el ánimo de algunos Estados poco conformes con el marco legal internacional establecido. Al amparo de dicho ánimo, México y Marruecos empezaron una campaña para elaborar una Convención amparada por Naciones Unidas²². Su motivación se encontraba dividida entre la insatisfacción respecto a la OIT que, con su estructura de triunvirato, daba cabida también a la posición de los Gobiernos - pensando como tales en los Gobiernos de países receptores de migrantes-, y la certeza de que en el marco de la ONU las Convenciones permitían las reservas de los Estados, lo que haría posible mayor número de ratificaciones que respecto de los Convenios de la OIT, que no permitían dichas reservas. Como veremos al estudiar

²¹ WARZAZI, Halima, *Exploitation of Labour through Illicit and Clandestine Trafficking*, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, E/CN.4/Sub.2/351, de 1974.

²² PÉCOUD, Antoine; GUCHTENEIRE, Paul de, *Migration, human rights and the United Nations: an investigation into the low ratification record of the UN Migrant Workers Convention*, Ginebra, Global Commission on International Migration, N. 3, Oct. 2004, pág. 5.

los trabajos preparatorios de la Convención, México y Marruecos formaron parte de los países más activos en el GTCTM.

Algunos autores vieron en esta iniciativa, bajo la crisis del petróleo como telón de fondo coyuntural, la esperanza de los países “no desarrollados” o “en vías de desarrollo” de una oportunidad para cambiar el orden económico mundial²³. En tal sentido la ONU ofrecía mejor abrigo a aquellos países, en su gran mayoría países de origen de migrantes, que la OIT y por tanto con mayor probabilidad, entendemos, de dar cabida a sus reclamaciones en materia migratoria. Así se crea en 1979 el Grupo de Trabajo que redactará la CTM, sólo cuatro años después de la aprobación del conocido Convenio núm. 143 de la OIT²⁴.

Localizados ya en el momento previo a la labor de redacción de la Convención, tenemos que considerar otros factores -digamos formales-, que conjuntamente dibujan el contexto en el que ubicar y comprender la CTM. Ambos apartados configuran el punto de partida a la hora de abordar el texto al que nos dedicamos. En este sentido, vamos a pasar a analizar los efectos que el método de trabajo adoptado y la larga negociación que desarrolló el contenido de la Convención tuvieron en el texto final dentro del contexto histórico, socio-económico, político y jurídico que hasta aquí hemos dibujado, aspectos que por formales no son desdeñables.

²³ En este sentido PÉCOUD, Antoine; GUCHTENEIRE, Paul de, op. cit. Aunque los autores hablan de “Tercer Mundo”, expresión que no compartimos por el carácter despectivo y de superioridad que alberga, utilizamos las locuciones “no desarrollados” o “en vías de desarrollo” teniendo presente que dicho desarrollo se refiere siempre al desarrollo económico, concepto auspiciado por la teoría neoliberal aceptada por la mayoría de Estados y que en nada tiene que ver con el desarrollo social o cultural de los países. Quizá innecesaria la reflexión, nos permite introducir el debate económico que las migraciones han producido no sólo al estudiar sus causas -en base a todas las teorías mencionadas brevemente en el primer capítulo- sino al proponer soluciones, que en no pocos casos se fundamentan en la transformación del modelo económico vigente por otro más justo y equilibrado.

²⁴ Convenio de la OIT número 143 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes. Adopción: Ginebra, 60ª reunión CIT (24 junio 1975). (Entrada en vigor: 09 diciembre 1978). Véase el apartado I del capítulo tercero.

2.2. Elementos coyunturales

Para establecer un marco en el que contextualizar la Convención, consideramos que los elementos coyunturales del proceso en su conjunto son evidentes influencias en el resultado final. Al respecto vamos a referirnos al contexto general o marco socio-político, al escenario concreto -la ONU-, y a los actores -países y organizaciones que participaron de la labor-.

La primera circunstancia, más general, es la realidad política y las circunstancias, fueran económicas o sociales principalmente, que se dieron fuera del proceso de negociación. Ya tuvimos la ocasión de explicar ampliamente este contexto en el capítulo primero. Por tanto, valga aquí la mera referencia al mismo como clima poco propicio para el desarrollo de los trabajos preparatorios, dada la dispar posición de los países de origen y los países de destino, separados por una situación económica -y en algunos casos política-. Las reticencias de aquéllos, los países de origen, frente a una supuesta discriminación por parte de éstos, los países de destino, tenía matices diversos. Y, mientras aquéllos veían la negociación como un medio para discriminarlos en el marco de la ONU, los países industrializados -principalmente de destino- se centraron en las intenciones y los motivos -aparentemente de contenido político- que los países de origen mostraban, viendo en ellos un cierto desinterés por la cuestión de los derechos humanos. En definitiva, estos planteamientos eran una muestra de las diferencias que, por diversas circunstancias ajenas al proceso negociador, existían entre unos y otros países.

La discusión acerca de los efectos económicos que podía tener la migración en las naciones daba cuenta del interés por parte de todos. Unos, los Estados que reciben, estaban interesados en una protección de los derechos humanos, pero sin permitir de ninguna manera la regularización o la permanencia de migrantes en situación irregular en sus territorios e intentando restringir el elenco de derechos que eran concedidos tanto a éstos como a los que se encuentran en situación regular. Otros, los que originan el flujo migratorio, podían estar interesados en el retorno de

sus nacionales por el conocido *brain drain* o en su defecto el envío de remesas²⁵. Las circunstancias propias de cada país también afectaron a su toma de postura en el GTCTM. Así, por ejemplo, Dinamarca no se posicionó en el grupo de países conocido como MESCA -de la versión inglesa Mediterranean and Scandinavian, formado por los países mediterráneos y escandinavos- al lado de los demás países escandinavos, como habría sido de esperar, sino a favor de las posturas de Estados Unidos o Alemania. Tal posicionamiento se debió con toda probabilidad a un deseo de tener una regulación más restrictiva, frente a la postura más abierta del grupo MESCA.

La migración irregular se agravaba como problema bajo la fluctuante situación económica. Al inicio de las labores del GTCTM, las circunstancias permitían absorber la mano de obra extranjera y al amparo de ello se produjeron regularizaciones en los países tradicionalmente considerados de inmigración -como Francia, Alemania o Estados Unidos- y se dieron facilidades para la reagrupación de familiares. En ambos casos se requería de una armonización de políticas al respecto y un férreo control de la entrada al territorio con la finalidad de impedir el denominado “efecto llamada”. Este mismo patrón seguirían los países “nuevos” en cuanto a inmigración, como España, pero ya más adelante en la década de los noventa o en la primera década del siglo XXI.

Al amparo de esta situación era comprensible un acercamiento de los países para, al menos, intentar esa deseada armonización y colaborar de cara a prevenir situaciones problemáticas futuras. No obstante, eso se produjo en el dibujado escenario que, en pleno auge económico, permitía hablar de la migración irregular sin demonizaciones ni criminalizaciones. Ese contexto no fue el mismo cuando en 1990 se aprobó el texto final de la Convención, puesto que, como hemos tenido ocasión de desarrollar en el capítulo primero, desde entonces particularmente la

²⁵ Amparándose en este deseo Juhani Lönnroth, delegado finlandés en el Grupo de Trabajo que redactó la Convención, ve en estos fines la intención de algunos Estados, que entenderían, según Lönnroth, que la concesión de menos derechos a ciertos grupos de trabajadores migrantes podría fomentar el retorno más temprano de los mismos y un mayor envío remesas a sus países de origen. Véase LÖNNROTH, Juhani, «The International Convention on the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families in the Context of International Migration Policies: An Analysis of Ten Years of Negotiation», en *International Migration Review*, Vol. 25 (4), Center for Migration Studies of New York, 1991, pág. 719.

migración irregular se considera un problema, que el endeble marco económico en el que se sustenta la realidad global no quiere absorber. Ello se reflejó en las posiciones adoptadas por países como Estados Unidos, Holanda o Alemania, con amplia trayectoria en la materia y dispuestos a no ceder en algunos términos. Otros países, sin embargo, se mostraban todavía abiertos a posturas más relajadas en cuanto a la concesión de derechos a los migrantes en situación irregular o al reconocimiento de la oportunidad de ofrecer un marco que permitiera terminar con dicha situación administrativa dentro del texto a negociar.

El discurso se tradujo en esos momentos en la disyuntiva de equilibrar el temido “peligro” de pérdida de los logros del estado de bienestar social con la necesidad de mano de obra extranjera, dado que las poblaciones de los países receptores -en su inmensa mayoría países occidentales con poderosas economías- se veían mermadas de población activa que hiciera competitivo el mercado. Este discurso se trasladó al debate del Grupo de Trabajo y redujo las aspiraciones de un texto más comprometido posibilitando, eso sí, un marco internacional de diálogo y cooperación entre Estados para abordar la cuestión migratoria. Este marco internacional para el diálogo lo facilitaba en mayor medida la Organización de las Naciones Unidas, dando una mayor visibilidad al asunto que si hubiera sido trabajado bajo el auspicio de cualquier otra organización internacional.

En referencia a los participantes en el GTCTM, ha de considerarse que sólo los delegados de Marruecos y de Finlandia permanecieron desde el inicio hasta el final. Esta circunstancia afectó sin duda al factor temporal que veremos seguidamente, esto es, retrasaba el proceso de redacción por el mero hecho de una simple explicación del momento en el que el debate se encontraba o continuas repeticiones, que Lönnroth denomina debates “educacionales”²⁶. Pero entendemos que además dificultó las negociaciones tanto por las diferencias de posiciones entre un delegado y su sustituto -cuestión que no tiene porqué ocurrir cuando ambos representan al mismo Gobierno, no obstante bastante posible debido a un cambio por elecciones, por ejemplo, o simplemente por el diferente comportamiento personal de cada delegado-, como por las distintas personas que sucesivamente pasaron por el

²⁶ LÖNNROTH, Juhani, op. cit., pág. 715.

Grupo de Trabajo, puesto que, como sabemos, en un proceso negociador esos cambios personales pueden favorecer o dificultar la llegada al consenso. No obstante la confluencia de posiciones se produjo a pesar o gracias a las continuas sustituciones de delegaciones, pues el MESCA mantuvo una posición frente a la de otros grupos que propusieron versiones contradictorias del texto, como veremos más adelante.

En todo caso, los delegados, pertenecientes a unos u otros Estados participantes, defendieron unas perspectivas que debían confluir en la Convención. De tal modo, se trataba de una negociación con tintes políticos, bajo el manto de las relaciones internacionales, en las que se discutirían cuestiones que afectaban a los intereses de los Estados, principalmente, pero también de la comunidad internacional y, cómo no, del ser humano en particular. Y al mismo tiempo esta perspectiva tenía que conjugarse con una visión defensora de los derechos humanos -y en concreto preocupada de hacer valer este tratado en el marco del resto de normas internacionales- y con una perspectiva básicamente migratoria, esto es, atendiendo a los elementos que conforman el proceso migratorio y sus especiales circunstancias.

2.3. Dificultades técnicas

El interés y las preocupaciones que suscitaba el tema migratorio en las Naciones Unidas no podían reflejarse en un texto meramente declarativo, tampoco por razón de la complejidad del fenómeno migratorio y de su carácter “políticamente explosivo”²⁷. Todo ello junto con la tradición de las Naciones Unidas en cuestión de derechos humanos, llevan a la ONU a decidir no sólo que se creara un Grupo de Trabajo que acogiera las diferentes perspectivas de la cuestión -para ello invitó a todos los Estados y organizaciones y agencias del sistema de las Naciones Unidas a participar en el grupo- sino que además el resultado de ese trabajo tomara la forma de convención internacional. Y así, por medio de una Resolución de la Asamblea General de fines de 1979, se crea el Grupo de Trabajo que redactará la Convención

²⁷ LÖNNROTH, Juhani, op. cit., pág. 711.

Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares²⁸.

Para comprender cuáles son los efectos del método de trabajo adoptado para redactar la Convención, debemos considerar previamente las dificultades que traía consigo el texto en sus inicios. Esa dificultad proviene, a nuestro entender, de varios aspectos.

Por un lado, la dificultad de prever lo que podría ocurrir en un futuro con el fenómeno migratorio no ayudaba en la tarea de analizar lo que ya había ocurrido hasta el momento, tarea de por sí complicada. Los cambios referidos en el capítulo primero de esta tesis dan cuenta de la complejidad debida en parte a los apresurados e imprevisibles cambios sociales, económicos y, por ende, políticos. Por otro lado, esta dificultad era todavía mayor a la hora de ser traducida a un lenguaje jurídico, que -además de que pudiera quedar obsoleto con relativa facilidad- podía resultar ineficiente en su contenido y objetivos si no se amoldaba a la realidad que lo sustentaba -de ahí nuestra insistencia en la importancia del lenguaje en el Derecho desde el inicio de este trabajo-.

A estas dificultades que el Grupo de Trabajo afrontó, debe añadirse el factor “tiempo” que, si en general matiza la actualidad y la conformidad de las normas a la sociedad para las que son redactadas, juega su papel en el desarrollo del proceso de redacción desde dos direcciones contrarias.

Por una parte, supone un factor negativo si consideramos que lo redactado en un momento podía no servir para un momento posterior de -recordemos- once años de diferencia. En tal sentido aunque el proceso de redacción no es más largo de lo que comúnmente lo son en el marco de las Naciones Unidas, el lapso temporal pudiera haber implicado que los elementos coyunturales antes definidos cambiaran y, de ese modo, alteraran la negociación en sí, como de hecho lo hicieron.

Por otra parte, ese mismo lapso de tiempo ejerce una influencia positiva en el sentido del texto concreto, pues tal dificultad en la redacción conlleva un necesario consenso que permita la adaptación de la misma a los distintos momentos y las

²⁸ Resolución de la AG, A/RES/34/172, de 17 de diciembre de 1979.

diferentes perspectivas en la cuestión migratoria. Por tanto, el texto resultado de años de trabajo debiera ser más ampliamente compartido. Ello, evidentemente, puede traer a su vez otro efecto negativo, la ambigüedad de un texto que pretende convencer y servir a todos y en todo momento. Tendremos ocasión de ver esta última cuestión en el apartado siguiente acerca de las negociaciones y las posiciones que aparecen en el Grupo de Trabajo que redactó la Convención, así como en los apartados siguientes que analizan el contenido de este texto. Pero retomando el carácter positivo del tiempo, hemos de mencionar que el consenso se dio porque, a pesar de la sustitución de delegados durante los once años del Grupo de Trabajo, existió una especie de “lugar común” entre los países que formaron el núcleo de las negociaciones. Y tal circunstancia permitió en el transcurso del tiempo que, por un lado, las propuestas más conflictivas o sobre las que no se producía consenso y las que eran hechas por motivos que quedaban al margen del propio proceso de negociación y redacción -las procedentes de razones personales o políticas, por ejemplo- fueran olvidadas, y que, por otro lado y en consecuencia, se creara un clima apropiado para llegar al acuerdo final y al compromiso.

En este sentido, hemos de considerar que cuestiones clave como la referencia a derechos humanos fundamentales no podían modificarse por la mera razón del transcurso del tiempo, como el derecho a la vida -artículo 9 de la CTM- o la prohibición de la esclavitud o de las torturas -artículos 11 y 10 de la CTM-. Sin embargo, otras cuestiones podían verse afectadas por constituir en cierta manera novedades y permitir interpretaciones diferentes, y así algunos preceptos quedaron redactados vagamente -con ambigüedad como nos hemos referido en el párrafo anterior- con el objeto de amparar esa diversidad de opiniones. En esa dirección van las remisiones a la ley nacional en algunos de los derechos fundamentales, como el mismo artículo 11 de la CTM en lo referente a las penas de prisión con trabajos forzosos o su artículo 16 en lo referente a la identidad y privación de libertad. También se dirigen en ese sentido redacciones incompletas, susceptibles de ser interpretadas o fundamentadas en la “buena fe” que confían en el buen hacer de los Estados para la realización de los derechos, cuestión que dependería también de los medios materiales; buen hacer que, no olvidemos, podía variar con el transcurso de los años. Ejemplos de éstos son la delimitación “en la medida de lo posible” de la

detención de una persona infractora de las leyes de inmigración en locales distintos a los de personas condenadas -artículo 17 de la CTM- o el nombramiento de defensor de oficio “siempre que el interés de la justicia lo exija” -artículo 18-. Finalmente, algún precepto quedó redactado de manera contradictoria, o cuando menos poco clara, entendemos que con el fin de permitir interpretaciones diferentes, véase el artículo 20 como ejemplo²⁹.

En tercer lugar, en el momento histórico en el que comenzaron los trabajos previos a la redacción de la Convención había un interés político en que ciertas cuestiones quedaran reflejadas en el texto. Cuando las circunstancias cambiaron con el paso del tiempo el texto también se modificó. De esa manera se extrajeron referencias que en 1984 se hicieron al nuevo orden económico internacional, a los costes sociales y a los efectos económicos de la movilidad laboral tanto en los países de origen como en los de destino³⁰.

Por todo lo expuesto consideramos que más que un acercamiento, como defiende Lönnroth -no olvidemos que fue representante de Finlandia en el Grupo de Trabajo y por tanto su optimismo resulta justificable-, se produjo un alejamiento o cuando menos una vaguedad y un escaso atrevimiento en las posturas defendidas que resultarían en el texto final de la Convención y, por ende, el texto quedó algo desmejorado, en nuestra opinión.

Por último, además de las dificultades consideradas y del factor tiempo, queremos reflexionar sobre los efectos que el método de trabajo tuvo en el resultado final de la redacción. Para entender el método de trabajo del GTCTM, que nos servirá para realizar el análisis cualitativo de los trabajos preparatorios de la Convención, hemos estudiado los textos que reflejaron anualmente los acuerdos y las discordancias. Estos textos recogieron las versiones que venían siendo consensuadas entre los participantes del grupo y las divergencias que se producían entre ellos.

²⁹ El párrafo 2 establece que: “Ningún trabajador migratorio o familiar suyo será privado de su autorización de residencia o permiso de trabajo ni expulsado por el solo hecho de no cumplir una obligación emanada de un contrato de trabajo, a menos que el cumplimiento de esa obligación constituya condición necesaria para dicha autorización o permiso”. El subrayado es nuestro.

³⁰ A/C.3/39/WG.1/WP.1, de 26 de octubre de 1984. Este texto de los trabajos preparatorios contenía claras intenciones políticas y por tal motivo, en opinión de Lönnroth, podía haber restringido un acercamiento desde los derechos humanos individuales. LÖNNROTH, Juhani, op. cit., pág. 714.

Éstas fueron múltiples en el primer borrador de la Convención³¹, todavía incipiente y con varias lagunas pero con la estructura básica de la finalmente aprobada CTM, y fueron desapareciendo en las sucesivas sesiones de trabajo hasta el texto definitivo, que fue precedido por una versión casi final en junio del mismo año de su aprobación³² -recordemos que fue aprobada por la Resolución de la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1990³³-.

El mencionado método, reflejado en los trabajos preparatorios, consistió en el trabajo sobre un informe preliminar con un texto provisional de la Convención, con base en las siguientes técnicas:

- La toma de fuentes normativas y declarativas de ámbito internacional. Sobre todo en los primeros informes, se recogen las diferentes declaraciones y tratados internacionales que la CTM no puede ignorar, sino que debe tomar como punto de partida.
- La definición de los términos a utilizar en el texto. Esta tarea se realiza minuciosamente, aportando las diferentes visiones que sobre una misma locución tenían los participantes del Grupo de Trabajo.
- La exposición de divergencias sobre los conceptos y el alcance de los preceptos que deberían ser recogidos en la futura Convención, fundamentada lógicamente en la postura defendida por cada uno de los copartícipes, más o menos restrictiva, más o menos inclinada a favor de los derechos de la persona frente al Estado y de los deberes de éste.
- La redacción del contenido de la Convención, que iba fraguándose con el paso de los años y que, con subrayados y entre corchetes, recogía las diversas versiones factibles que irían matizándose en las sucesivas sesiones del Grupo de Trabajo.
- Y, por último, la decisión final sobre la transcripción de los preceptos finalmente adoptados fue tomada únicamente por consenso, no por votación.

³¹ A/C.3/39/WG.1/WP.1, de 26 de octubre de 1984.

³² A/C.3/45/1, de 21 de junio de 1990.

³³ A/RES/45/158, *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*, de 18 de diciembre de 1990.

Por un lado, consideramos negativos algunos efectos de tal consenso, por el, ya comentado, riesgo de ambigüedad del contenido definitivo al tener que ceder en sus demandas todas las posturas. Sin embargo, por otro lado, resulta positivo tal consenso por la dificultad que hubiera supuesto tener que votar por diferentes actores todas las propuestas, pues no siempre participaron en los debates los mismos Estados u organizaciones. Por otra parte, pudiera entenderse que votar hubiera significado posiblemente un enfrentamiento entre países de origen y países de destino -esta es la postura de quienes defienden una visión de los intereses de unos y de otros como opuestos³⁴-, sin embargo, entendemos que, no sólo en aras del consenso sino como muestra del verdadero compromiso al afrontar semejante proceso negociador, tales intereses no debieran ser contradictorios sino semejantes, tendentes hacia los tres objetivos abordados en la teoría: la protección internacional de los migrantes bajo el principio de no discriminación; la lucha contra la migración irregular; y la promoción de la migración regular.

Dejamos atrás la dicotomía teórica, sintetizada en los tres objetivos arriba mencionados, y tomamos nota de los elementos coyunturales que acompañaron los pasos previos a la Convención, junto con las dificultades técnicas que el proceso en sí mismo conllevó. Y pasamos a estudiar las posiciones encontradas en el Grupo de Trabajo respecto a la migración irregular y el proceso de elaboración de las disposiciones que le afectan, ello nos permitirá entender mejor el texto final de la Convención y la aplicación práctica que de ella surge, objeto fundamental de estudio de nuestra tesis.

³⁴ Lönnroth apunta respecto a este aspecto que una mayoría teórica consistiría en los países en vías de desarrollo, que en su mayoría eran países de origen, y que eso supondría un resultado por votación opuesto a los países industrializados, en su mayoría países de empleo. LÖNNROTH, Juhani, op. cit., pág. 724.

Lo que a Lönnroth le resulta improductivo, a nosotros nos parece una obviedad que debe asumirse. Dado que las matemáticas son aplastantes en otro tipo de negociaciones y se asumen dentro de la normalidad, argumentar con esa realidad numérica nos parece cuando menos de cierta hipocresía, si no un abuso de "autoridad". Ello no implica que estemos en contra del consenso, pues es un principio de acción válido, loable y deseable, pero no debe descartarse el pensamiento de la mayoría simplemente por el hecho de no ser del gusto de la minoría. En este supuesto refleja, a nuestro modo de ver, los posicionamientos cada vez más restrictivos por parte de los países industrializados, mayormente países de destino, respecto a los flujos migratorios, en general, y a los migrantes en situación irregular, en particular.

II. Elaboración de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Posiciones encontradas en el Grupo de Trabajo respecto a la migración irregular

En 1980, bajo la presidencia de México, comienzan las labores del Grupo de Trabajo que redactaría la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. El punto de partida era la redacción de una convención inclusiva, esto es, que incluyera los derechos humanos de todos los trabajadores migrantes³⁵. La idea de incluir un catálogo de derechos humanos para todos ellos la hacía compatible con el Convenio de la OIT de 1975³⁶, que, como ya vimos, estaba dedicada a promover la igualdad de oportunidades y de trato y a luchar contra las condiciones abusivas. Este Convenio de la Organización Internacional del Trabajo estaba centrado en la relación laboral entre el trabajador migratorio y el empleador y, además, las circunstancias de explotación que se producían como consecuencia de su situación de irregularidad. Sin embargo, al ampliar con un nuevo texto el ámbito que recogía este tratado de la OIT hacía surgir, ya durante el proceso de redacción de la nueva Convención, dudas respecto a la futura viabilidad del Convenio 143.

La visión inclusiva del GTCTM ampliaba los horizontes del texto no sólo en cuanto al objeto sino también en cuanto al sujeto. Como anunciaban algunos expertos cuando el texto todavía estaba redactándose³⁷, el objeto -esto es, el catálogo de derechos humanos que albergaba- recogía lo ya establecido por otros textos como la DUDH, los Pactos de 1966 -PIDCP y PIDESC- o la *Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en el que viven* -en aquel momento todavía borrador-³⁸. Ello podía hacer poco atractiva la ratificación de un tratado que “no ampliara” o no innovara las normas internacionales de derechos

³⁵ UN Doc. A/C.3/35/WG.1/CRP.5, 1980.

³⁶ Convenio de la OIT número 143 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes. Adopción: Ginebra, 60ª reunión CIT (24 junio 1975). (Entrada en vigor: 09 diciembre 1978).

³⁷ LILLICH, Richard B., *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1984, pp. 75-76.

³⁸ Aprobada el 13 de diciembre de 1985 por la Resolución 40/144 de la Asamblea General.

humanos ampliamente ratificadas por los Estados. Esto sin duda, y con la distancia temporal que permite analizar el texto definitivo de la Convención, no resulta cierto del todo, puesto que, si bien recoge la lista *-laundry list* diría Lillich³⁹ - de derechos humanos básicos, amplía en cuestiones novedosas nunca antes recogidas en un texto normativo. De hecho, podemos afirmar que tal ampliación a otras cuestiones y tal amplitud de visión ha sido el motivo esgrimido por numerosos Estados para no ratificar, ni siquiera firmar, esta Convención.

En cuanto al sujeto, nos atrevemos a señalar que no es tanto una ampliación del mismo, sino un reconocimiento expreso y por escrito de la persona como sujeto de Derecho Internacional, como el resto de tratados de derechos humanos, y, por consiguiente, de toda persona migrante en situación irregular como sujeto.

Sin embargo, se ha venido argumentando por los detractores de apoyar la Convención con su ratificación o firma, que incluir en la misma a los trabajadores migrantes en situación irregular como sujetos de algunos derechos humanos concretos no era admisible desde la nueva perspectiva de las políticas migratorias. Sorprendentemente, por la amplitud del sujeto que suponía, argumentaban a favor de la inclusión en la Convención de una definición amplia de “familiares” como sujetos de los derechos humanos recogidos en la misma.

Como venimos señalando, el objeto del texto son los derechos humanos y por ende, o más bien en esencia, tales son los derechos de toda persona, con independencia de su situación administrativa. El problema viene de la tendencia completamente opuesta por parte de las políticas estatales de inmigración y asilo, tanto entonces como ahora. De ello nos ocuparemos más adelante.

Por ahora nos centraremos en las posturas que determinados países adoptaron respecto a la migración irregular en el Grupo de Trabajo. Y si el proceso de elaboración y las posturas que se adoptaron durante el mismo nos importan es indudablemente por el resultado final de la Convención que, como más adelante podremos apreciar, lidia con aspectos delicados en cuanto a la cuestión migratoria y, más concretamente y en lo que nos interesa, respecto a la migración irregular.

³⁹ LILLICH, Richard B., op. cit., pág. 76.

1. La migración irregular encima de la mesa, cuestión a debate

Los trabajos preparatorios de la Convención permiten adivinar las motivaciones de los cambios entre los diferentes informes previos al texto final aprobado en 1990. Desde una mayor claridad del lenguaje hasta un cambio ideológico o la existencia de un contexto diferente, pasando por la búsqueda de una mayor seguridad jurídica, lo cierto es que el texto de la Convención terminó siendo el punto en común entre posturas muy diferentes, como a continuación veremos. La primera redacción reflejó, lógicamente, de manera más fiel la visión de los impulsores de esta Convención, una visión centrada en el individuo según Lönnroth⁴⁰. La segunda redacción, y casi definitiva, puso de manifiesto por el contrario las preocupaciones de los Estados, sobre todo de aquellos que adquirieron peso en el Grupo de Trabajo.

El debate en la redacción de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares afloró posiciones encontradas entre los países que formaban parte del Grupo de Trabajo, en especial en las cuestiones relacionadas con la migración irregular. Sin duda el tema de la irregularidad no ofrecía, ni ofrece, puntos de encuentro ya no sólo entre países de destino y países de origen, sino entre las distintas organizaciones y organismos relacionados con el tema, así como entre la doctrina.

En el contexto de la discusión acerca de la migración irregular que el GTCTM tuvo, determinados Estados sostuvieron la negativa a reconocer ciertos derechos a los migrantes en situación irregular por considerar que incitaría a cruzar de forma ilegal las fronteras territoriales de sus naciones. Por otra parte, algunos Estados defendieron la postura contraria entendiendo que el reconocimiento de derechos humanos a los migrantes en situación irregular era una cuestión de valores universales, de afirmación de la protección internacional que estas personas requerían por su especial vulnerabilidad. Esta argumentación se apoyaba en lo que el propio Preámbulo de la Convención -ya transcrito arriba, al inicio del primer

⁴⁰ LÖNNROTH, Juhani, op. cit., pp. 721-722.

apartado de este capítulo- declara respecto al desaliento que el reconocimiento más amplio de derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios produciría en la “práctica de emplear a trabajadores migratorios que se hallen en situación irregular”.

El argumento a favor de incluir ampliamente los derechos humanos de todos los migrantes adquiere peso por los numerosos países, mayormente de origen, que dejaban caer la responsabilidad de atender las consecuencias de la migración irregular en los países de destino por diversas razones. Estas razones serían, entre otras, la “insaciable demanda” de mano de obra migrante barata, la historia de explotación política y económica de los países de origen de los migrantes irregulares y la contribución económica que suponen los migrantes en situación irregular en esos países de destino⁴¹.

Por otra parte, algunos países encontraban problemático el hecho de reconocer determinados derechos humanos a los migrantes en situación irregular, bajo el prisma de que este reconocimiento supondría el -ya repetidamente oído- “efecto llamada”, esto es, alentaría la entrada irregular de personas en sus territorios. Otros países consideraban que tal reconocimiento era una necesidad dentro de un marco de protección de los derechos humanos a toda persona como valor universal en Derecho internacional. Apoyando esta última opción aparecía el argumento de conceder un “plus” de derechos humanos a los migrantes en situación regular para fomentar que la migración se produzca por cauces regulares. Junto a estos argumentos a favor del reconocimiento de derechos a los migrantes en situación irregular aparecía la idea de que ello desalentaría a los empleadores de contratarles, incluso ayudaría a la lucha contra las mafias que trafican o “tratan” personas al amparo de la necesidad y el deseo de migrar. Como veremos, algunas de estas explicaciones vendrán recogidas en el propio texto de la Convención.

⁴¹ Cholewinski recoge estos motivos afirmando a su vez que, siendo esta la fundamentación de esta postura, se trataba de coordinar el control estricto de entrada irregular con medidas efectivas que penalizaran a los empleadores y explotadores de migrantes indocumentados. Entiende el autor que de este modo se previene mejor el fenómeno del “trabajo clandestino”, idea que debe combinarse igualmente con la protección de los derechos humanos de las personas que ya se encuentran irregularmente en el Estado en cuestión. CHOLEWINSKI, Ryszard, *Migrant Workers in International Human Rights Law: Their Protection in Countries of Employment*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pág. 188.

2. Cada uno a sus puestos, posiciones divergentes en el Grupo de Trabajo

Aunque no existieron grupos formalmente creados dentro del GTCTM, comúnmente se agruparon algunos de los países participantes por el hecho de seguir una línea ideológica o una posición política afín. En este sentido, como grupos principales, por sus iniciativas, caben destacar el MESCA; el grupo de países occidentales, que quedan fuera del MESCA pero son países industrializados que adoptan una postura diferente a aquella -tales como Alemania o Estados Unidos-; el grupo del Este -países del entorno socialista de la ex URSS-; y el grupo 77, que elaboró el primer borrador de la Convención. En cualquier caso, ha de tenerse presente que algunos países cambiaron de grupo con el paso de los años y las negociaciones, sobre todo del grupo 77 y del grupo de los países occidentales al MESCA en ciertas propuestas concretas. Asimismo ha de considerarse que la propia esencia *open-endedness* del Grupo de Trabajo permitía la participación discontinua por parte de los Estados, de modo que alrededor de la mitad de los Estados miembros de la ONU participaron en algún momento de la elaboración del texto de este tratado.

2.1. El grupo de países mediterráneos y escandinavos (Mediterranean and Scandinavian, MESCA)

El grupo denominado MESCA -de sus siglas en inglés Mediterranean and Scandinavian [countries], países escandinavos y mediterráneos- estaba formado en sus inicios por Finlandia, Noruega y Suecia -por la parte escandinava, como ya dijimos Dinamarca se abstuvo de pertenecer a este grupo, de hecho defendió una posición en contra del mismo- y por Grecia, Italia, Portugal y España -por la parte mediterránea, mediterránea europea más específicamente-. Noruega apoyó en algunas ocasiones a Estados Unidos y diversos países pasaron a lo largo del proceso de redacción de la CTM por este grupo.

El papel principal jugado por este grupo se lo ganó en cierta manera por la ausencia en el debate del Secretariado de las Naciones Unidas y por el

comportamiento activo que mantuvo en las sesiones desarrolladas y los períodos entre las mismas, preparando las propuestas y los documentos de trabajo.

Los componentes de este grupo, además, habían optado en su inicio por redactar un texto bajo el mandato de la OIT. Esta circunstancia permitió, sin duda, el acercamiento entre ambos actores y la aportación de la OIT de sus técnicos, personal especializado en la temática migratoria, para el asesoramiento sobre las propuestas realizadas. Esta aportación fue de interés para el MESCA que acogió con los brazos abiertos al personal especializado de nuestro siguiente actor, la Organización Internacional del Trabajo.

2.2. La Organización Internacional del Trabajo (OIT)

El hecho de que ya en la fase previa al Grupo de Trabajo se hubiera discutido la oportunidad de que la Convención fuera albergada en el marco de la OIT o en el de Naciones Unidas, era motivo más que suficiente para una actitud en cierta medida vigilante por parte de la organización laboral. No obstante, y quizá por ello, la OIT, que -ya sabemos- finalmente no albergó el tratado internacional, sí ejerció en cambio un papel de vigilancia del proceso como celosa guardiana de los estándares mínimos de derechos que debían ser recogidos en el texto. El temor de ciertos países de que la Convención se convirtiera en una vía para hacer que una situación irregular pareciera regular y alimentándolo, por tanto, como argumento para posteriormente no ratificar la Convención pudo ser uno de los motivos principales para la guardia ejercida por la OIT⁴².

La importancia de la OIT resultaría tal que en el debate del Grupo de Trabajo surgiría, al referirse ya a la aplicación de la Convención, la oportunidad de que algún experto de dicha organización o incluso su Director General fueran miembros del Comité que supervisaría la aplicación del texto. Algunos Estados, del grupo de países occidentales, querían hasta que la OIT ejerciera la total supervisión de la Convención. Obviamente, el resultado final no fue ninguno de éstos, sino que la OIT

⁴² Así lo apreció Lönnroth como delegado en el Grupo de Trabajo. LÖNNROTH, Juhani, op. cit., pág. 727.

fue invitada “a nombrar representantes para que participen, con carácter consultivo, en sus sesiones” -de acuerdo con el artículo 74.5 de la Convención- y su Director General recibe copias de los informes presentados por los Estados partes y proporciona sus conocimientos especializados -de acuerdo con el apartado 2 del mismo artículo de la Convención-.

El trabajo de la OIT durante el debate del GTCTM y su posición ante el Comité corroboran la capacidad supervisora de este organismo, asimismo permitieron y permiten en la labor actual del Comité evitar la aplicación contradictoria del Derecho Internacional, incluyendo el estándar mínimo de derechos humanos.

2.3. Otros países occidentales

El grupo de otros países occidentales fue el formado por aquellos que quedan fuera del MESCA y adoptan una postura diferente a éste, pero que son igualmente países industrializados y de destino. Este grupo estaba formado principalmente por Alemania, Australia, Canadá, Dinamarca, Estados Unidos, Holanda y Japón. De entre ellos, Alemania, dentro de ser en cierto modo uno de los pilares del grupo de países occidentales, mantuvo su posición independiente. Por otro lado, Australia, Dinamarca y, de forma más acentuada, Holanda, cambiaron sus posiciones en diversos momentos del proceso de elaboración del texto.

Estos países defendieron de manera más ferviente el derecho de cada Estado a determinar los criterios para admitir la entrada de extranjeros y los que regulan los procesos de regularización, postura que queda claramente reflejada en el texto final de la Convención -artículos 79 y 35, respectivamente-, aunque por el contrario el artículo 69 viene a establecer que, pese a lo establecido en el artículo 35, los Estados harán lo posible por que la situación de irregularidad no persista. Esta perspectiva es la que defiende que la libertad de circulación incluye un derecho de salida del país en el que se encuentra una persona, pero no un derecho de entrada, salvo en los casos que por acuerdo específico se determine lo contrario -son los supuestos de libre circulación de trabajadores en ciertos espacios regionales-. Siguiendo esta

argumentación, este grupo apoyaba que una vez el migrante sea admitido en territorio del país en cuestión sea tratado con dignidad y respeto, pero sin obviar su obligación de respetar y cumplir las normas del país de acogida.

En definitiva su objetivo primordial era que no se incitara al cruce ilícito de sus fronteras -pues, sin duda, la preocupación se dirigía hacia sus propias naciones consideradas el destino de todo migrante-. Esta visión centrada en sí mismos les impedía ver la misma crítica que hacían a sus “colegas del Sur”: se olvidaban que ya, ni en los años 80 ni mucho menos hoy día, ningún país es exclusivamente de destino o de origen, sino ambos a la vez e incluso país de tránsito. Este aspecto conservador de su visión política de las migraciones es, a nuestro entender, el que más los diferencia del grupo MESCA, más abierto en este sentido a las diferentes concepciones del fenómeno migratorio.

La perspectiva de universalidad de estos países se inclinaba más por aquella que tenía en cuenta la variedad de sistemas normativos, administrativos y políticos. En este sentido, se conocía ampliamente la nula intención de Estados Unidos en ratificar, o incluso firmar, la Convención en el futuro inmediato, pero asimismo su interés en alcanzar estándares legales elevados y conseguir un contenido lo más cercano a sus intereses ante una eventual ratificación. Ese es el motivo por el que Estados Unidos -y en nuestra opinión es extensible a otros países, principalmente de este grupo y del MESCA, como Alemania- participó activamente en el grupo y contribuyó con propuestas de reformas legales y substanciales a algunos preceptos de la Convención⁴³.

Alemania aportó, por su parte, ideas respecto a las lagunas, los errores legales o las contradicciones que aparecieron en el texto. Teniendo en cuenta su perspectiva de país occidental, no fue en la misma línea que el resto de países de este grupo⁴⁴, sin embargo a pesar de ello no fue motivo para romper el consenso en las negociaciones.

⁴³ LÖNNROTH, Juhani, op. cit., pág. 734.

⁴⁴ De hecho, Lönnroth señala que todas las contra-propuestas realizadas por Alemania podrían conformar en sí mismas un texto alternativo de la Convención. Según el delegado finlandés, el hecho de que las correcciones alemanas no fueran aceptadas constituye un argumento importante para decidir no ratificar la Convención. Ídem.

Dinamarca propuso originalmente un precepto que permitiera las reservas a cualquier artículo por parte de los Estados (artículo 89 de la primera lectura, o primer borrador). No obstante ni este país continuó sus intentos de aprobar esa propuesta ni fue defendida como tal. Es más, fue aprobado un artículo en el sentido contrario (artículo 88 de la CTM).

La paradoja de la postura de algunos de estos países se reflejaba en actuaciones como las de Estados Unidos y Francia -país quizá más al margen de cualquier grupo, con una actitud más independiente en el GTCTM-. Ambos países intentaron resolver el problema de la migración irregular con programas de regularización masiva y control férreo de sus fronteras. Entendemos que ello, sin duda, contradice la posición defendida en el Grupo contraria a cualquier permisibilidad respecto a las regularizaciones. Sin embargo no por ello ha de olvidarse destacar la labor que estos países de larga tradición migratoria -al menos mayor que la de otros países occidentales que participaron en el GTCTM- habían realizado ya en ese momento, pues sus esfuerzos habían conseguido unas políticas migratorias armonizadas o, cuando menos, eficaces para la regulación de los flujos migratorios hacia sus territorios.

2.4. El grupo del Este

El grupo del Este -países del entorno socialista de la ex URSS- mantuvo una postura inicial acorde, si así puede decirse, con un contenido ideológico fuertemente marcado por el bloque al que pertenecían. Aún con todo llegaron a posiciones diferentes en la negociación del texto de la Convención conforme pasaron los años y el desarrollo histórico se tradujo en transformaciones profundas en dichos Estados, aunque eso ya ocurriese al final del período de elaboración de la CTM.

De tal modo, desde el principio estos países tuvieron una postura crítica en cuanto a terminología. Y por ello se mostraron reacios a aceptar el derecho a la

propiedad en el sentido recogido en la Convención⁴⁵. En este sentido entendieron que los flujos migratorios no incluirían los que se producían dentro del bloque socialista, pues éstos eran considerados “intercambio socialista de trabajo”. Y en parte debido a este discurso se fue modulando el artículo 3.b hasta quedar como está redactado finalmente⁴⁶.

Como cada uno de los grupos, los países del Este defendieron una postura ideológica y política determinada. En su caso, el fenómeno migratorio se debía a desequilibrios entre el Norte rico y el Sur pobre, y con base en esta teoría hicieron circular el debate migratorio y la fundamentación de sus propuestas.

2.5. El grupo 77

El grupo 77 fue uno de los más participativos, junto con el MESCA, de hecho fue el que elaboró el primer borrador de la Convención. Este grupo estuvo formado por Argelia, Barbados, Egipto, México, Paquistán, Turquía y Yugoslavia; en algunos momentos también fueron parte Marruecos e India -no olvidemos que la delegada marroquí, la Sra. Warzazi, fue responsable en gran parte del impulso hacia una Convención que protegiera a los migrantes-. India, Marruecos y Yugoslavia participaron en algún momento de los borradores del grupo MESCA, por lo que, como vemos, su aproximación a uno u otro grupo dependió en parte del interés mostrado en las propuestas que se realizaban. En cualquier caso, más cercana a este grupo 77 fue la posición de México.

El enfoque principal del grupo 77 era el de defender a sus ciudadanos emigrados a los países industrializados y sus intereses, partiendo de la idea de que eran países de origen y obviando, así, la doble faceta -de origen y de destino- que

⁴⁵ El artículo 15 recoge la defensa de la propiedad frente a la privación arbitraria, y determina que la expropiación deberá ser indemnizada.

⁴⁶ El artículo 3 se refiere a quienes no será de aplicación la Convención, entre aquéllos están 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”, párrafo b del artículo 3.

tienen los países en la práctica en mayor o menor proporción. El borrador del que partió la Convención tenía esta visión “más colectiva”, característica que se fue puliendo para hacer posible un acercamiento mayor a la perspectiva desde los derechos humanos necesaria en un tratado como el que se quería adoptar. Lo que resulta claro, y comprensible, es la defensa de estos países de los migrantes en los países de destino, tales como Estados Unidos o Alemania, por el trato discriminatorio que recibían, sobre todo respecto a cuestiones laborales.

2.6. Los espectadores

Englobamos con este nombre a todos aquellos Estados u otras entidades que no pertenecieron a ninguno de los grupos ya referidos, al menos con una clara participación en los mismos o un abierto posicionamiento a favor de alguno de ellos. No obstante, la gran mayoría de estos espectadores participaron tenuemente en las elucubraciones que culminarían con la Convención o, por el contrario, mantuvieron una posición al margen de los demás Estados entendiéndola como reflejo de su marcada independencia y diferencia. Así, por ejemplo, Francia mantuvo una posición independiente, tal y como lo hicieron China o Cabo Verde.

Entre los espectadores, estuvo el Secretariado de la ONU, cuyo papel pasivo se redujo a lo estrictamente técnico u organizativo. Las Naciones Unidas ofrecieron su sede y sus recursos, observaron el debate y tomaron nota, pero dejaron el papel de “director de orquesta” al grupo MESCA, que vino a constituirse en un Secretariado de facto del GTCTM.

La actitud de los países que no tomaron partido claro y decisivo fue variada, si bien mayormente deseaban un “bien común”, un texto que no fuera una mera declaración de intenciones políticas sino un tratado internacional de derechos humanos y de ahí su esfuerzo en generar un instrumento legal que sirviera lo mejor posible a la persona desde una perspectiva universal. Desde luego el reto estaba, y sigue estándolo, en crear una estructura legal internacional efectiva y eficaz en dicho sentido, que funcionara de la mejor manera para hacer posible la protección de los derechos humanos de la persona migrante.

3. Encuentros en la enésima fase

Resulta necesario concluir que el texto final de la Convención no es resultado de un único grupo protagonista, sino del encuentro de las diferentes posturas aquí recogidas, que superaron las dificultades temporales, metodológicas o de cualquier otro tipo que acaecieron durante el proceso de redacción. De este modo aparecen en el contenido de la Convención las influencias de los distintos participantes, y no sólo del “protagonista” MESCA o la “celosa” OIT.

Por lo aquí contemplado, y aunque no todos los países de las Naciones Unidas participaron en el Grupo de Trabajo, las distintas regiones del mundo fueron representadas y con ellas las diferentes visiones que acerca de la migración y, especialmente, de la migración irregular, estaban presentes en el proceso de redacción de la Convención.

También se encontraron en el GTCTM las diferentes perspectivas de los expertos que representaban a las diferentes partes. De tal modo, como indica Lönnroth⁴⁷, se podían diferenciar tres tipos de delegados: los expertos en migraciones, que representaban principalmente a los países miembros, concentrados en aquellos preceptos directamente relacionados con las causas y efectos de la migración y los diferentes elementos de la cadena migratoria; los delegados expertos en Derecho Internacional en el área de los derechos humanos, que tenían un interés especial en los instrumentos de derechos humanos ya existentes y en crear un marco legal coherente; y los expertos en la política de las Naciones Unidas, cuyo interés principal era utilizar las negociaciones como un foro de intercambio de señales políticas de acuerdo a la naturaleza del trabajo que se realiza en la sede de organización anfitriona. Si bien, nos parece muy acertada la clasificación de Lönnroth, entendemos que existió otro grupo más de expertos, considerablemente imprescindible: los expertos laboristas. Sin ellos la Convención no sería la que es, pues no olvidemos el título de la misma y el objeto central de su contenido, regular los flujos de los trabajadores migrantes y sus derechos. Además, estos delegados no

⁴⁷ LÖNNROTH, Juhani, op. cit., pp. 724-725.

provinieron únicamente de la OIT, sino también de países cuyas administraciones ya habían aplicado políticas migratorias centradas en el aspecto laboral y no tanto en el de seguridad o control.

Llegados al punto de aprobar finalmente un texto que reuniera los variados puntos de vista, los Estados participantes ya habían enfrentado en sus ordenamientos internos las cuestiones que se les planteaban en torno a la migración y realizado acuerdos bilaterales o multilaterales que regulaban asimismo los asuntos migratorios. La comunidad internacional necesitaba del mismo compromiso a nivel global y, sin duda, la consecución de un marco conceptual y protector del migrante en situación irregular y sus derechos era muestra del progreso conseguido y permitiría su aplicación en los ámbitos regionales y bilaterales. Ello servía de igual modo a la creación de otro marco, legal en este caso, para posteriores instrumentos jurídicos basados en su esencia.

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

Por todo lo aquí reflejado podemos estar de acuerdo en que la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares es la culminación de un proceso no sólo histórico y socio-político, sino también jurídico. La Convención constituye la consumación de un desarrollo progresivo durante el siglo XX de un marco normativo protector de los derechos humanos y refleja cómo tal desarrollo no ha dejado de lado, a pesar de las dificultades generalmente impuestas por los Estados, la protección de los derechos humanos de los migrantes bajo el paraguas del estándar mínimo internacional. Si ha sido evidente la necesidad humana de migrar y, en tal sentido, la práctica ha ido reconociendo tal hecho como un derecho, inevitablemente los organismos internacionales, con la Organización de las Naciones Unidas a la cabeza, han puesto de manifiesto, negro sobre blanco, el mencionado reconocimiento. Las diferentes resoluciones, convenciones, iniciativas y prácticas, ya recogidas en los capítulos precedentes, apuntaban en este sentido, por lo que, en cierto modo, la Convención era un evento esperado y consecuente.

Nuestra idea central, en todo caso, no es analizar cómo ha culminado este proceso en su totalidad -cuestión que en su mayor parte ya ha sido analizada en el segundo, principalmente, y tercer capítulos- sino meramente revisar su estructura, objetivos y principios para estudiar con más detenimiento lo que a nuestro fin nos interesa, la migración irregular. Tal ha sido nuestro objetivo desde el comienzo de este trabajo y la Convención ofrece, en este aspecto, amplias opciones a la especulación, como diría Cholewinski⁴⁸, más si cabe en cuanto al tratamiento de la migración irregular. No obstante, siguiendo el consejo del autor, para evitar en lo posible dicha especulación y, por tanto, obtener una interpretación del texto más cercana a la teleológica es inevitable acudir a los trabajos preparatorios de la Convención, algo que haremos en repetidas ocasiones de aquí en adelante.

⁴⁸CHOLEWINSKI, Ryszard, op. cit., pág.137.

Tanto los textos del Grupo de Trabajo que redactara la Convención como el resultado final, adelantamos, muestran con total claridad la disyuntiva -ya referida en el capítulo anterior- que implica el recelo a reconocer los derechos humanos a todos los migrantes, en aras del ejercicio de la soberanía del Estado, y el control de los flujos migratorios -manifiesto en el control de fronteras y la expulsión de personas-. En todo caso, resulta interesante y relevante la complejidad de la negociación de ciertos aspectos recogidos en este tratado y la discusión llevada al efecto por las partes, principalmente por los Estados que, cada uno desde su perspectiva, defendieron posiciones enfrentadas en el seno del Grupo de Trabajo.

1. Un tratado de derechos humanos con un objetivo principal

La Convención se inicia con un preámbulo largo y concluye con 93 artículos, repartidos en nueve partes lógicamente estructuradas: una primera que recoge las definiciones de los conceptos relevantes; una cláusula de no discriminación, en una brevísima segunda parte; los derechos que poseen todos los migrantes, parte que especialmente nos interesa; una cuarta parte que añade el disfrute de otros derechos a aquellos migrantes que se encuentran en situación regular; seguida de otra que recoge las especificidades de algunas categorías especiales de trabajadores migratorios regulares; la sexta parte trata de las obligaciones y responsabilidades de los Estados en promover condiciones que favorezcan la migración regular y combata la migración irregular, promoviendo las condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas para que aquélla se produzca; seguidamente se explica la aplicación de la Convención; para terminar, en las últimas dos partes, con las disposiciones generales y las disposiciones finales.

Hemos de reseñar que esta estructura es indivisible gracias al artículo 88 de la Convención que impide excluir la aplicación de ninguna parte de la misma ni de ninguna categoría determinada de trabajadores migratorios, con la salvedad de lo dispuesto en el artículo 3. Se evitó así que, respecto al primer punto, se recogiera la cláusula de reciprocidad que algunos Estados quisieron introducir durante el proceso de redacción, a lo que se opusieron claramente el grupo MESCA y otros países. Y se

impidió igualmente que algunos países rehusaran simplemente comprometerse respecto a alguna o varias partes de la Convención. Respecto al segundo punto, se evitó que, como en este último caso, los Estados pudieran excluir determinadas categorías de trabajadores migratorios, algo que la mayoría de países consideró inaceptable⁴⁹.

Como recogió el GTCTM en su informe de junio de 1989, la cuestión de la reciprocidad resulta incoherente con el principio de universalidad de los derechos humanos y, añadiríamos, incompatible con el sentido propio de la Convención pues son contradictorias en su definición. Además de que podría llevar a la discriminación en el trato a los trabajadores migratorios según su procedencia, según el mismo texto de 1989⁵⁰. Ambas cuestiones fueron eliminadas en el último informe del Grupo de Trabajo en 1990, preludeo del texto final de la Convención, que recoge el artículo 88 tal y como se aprobó.

Por otra parte, se permiten las reservas⁵¹ -como tratado internacional que es-, salvo cuando éstas sean incompatibles con el objeto o el propósito de la Convención, tal y como establece su artículo 91. Esta posibilidad permite mantener el espíritu de la misma, pero permitiría hacer una reserva a preceptos individualmente. Bien es cierto que el límite establecido podría “desmotivar” en la ratificación de textos como el de la CTM, pero no lo es menos que los tratados internacionales, muy especialmente los tratados de derechos humanos, poseen sentido en su conjunto indivisible y además el sentido de las reservas es precisamente fomentar la ratificación por parte de los Estados. Como ha reconocido la jurisprudencia internacional, los tratados no suponen un “equilibrio contractual entre derechos y

⁴⁹ La cuestión de la reciprocidad fue propuesta por Italia y apoyada por Francia, Alemania y Japón. La cuestión de exclusión de determinadas partes de la Convención o de categorías de trabajadores migratorios fue propuesta por Dinamarca. Véase CHOLEWINSKI, Ryszard, op. cit., pp. 148-149.

⁵⁰ A/C.3/44/1 Informe del Grupo de Trabajo, 19 de junio de 1989, pág. 42, párrafo 242 y siguientes.

⁵¹ Véase la definición de reserva dada en el art. 2.1.d de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Véase también la Observación General 24 del Comité de Derechos Humanos, sobre las reservas al PIDCP.

Al respecto de las reservas a los tratados de derechos humanos, véase CHUECA SANCHO, Ángel Gregorio, *Las reservas a los Tratados de Derechos Humanos*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, 1992, 169 p.

obligaciones”⁵², sino obligaciones objetivas “que disfrutaban de una garantía colectiva”⁵³ y de un orden legal al que se someten los Estados “dentro del cual, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”⁵⁴. En este sentido, el uso de las reservas a la Convención ha de ser, en nuestra opinión, un último recurso, evitándose lo máximo posible, pues puede poner en peligro la efectividad del texto y generar cierta inseguridad respecto al reconocimiento del contenido del mismo por parte de los Estados, al generar diferentes obligaciones para los diferentes países que las realizan⁵⁵.

La lógica de la estructura de la Convención es muestra de su sentido final y prueba preliminar de ello es el Preámbulo. En él se recogen los objetivos del texto internacional “teniendo en cuenta” el núcleo de derechos humanos consagrado a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵⁶ y otras normas y principios provenientes de la Organización Internacional del Trabajo⁵⁷. Con ambas referencias se ofrece desde su inicio el marcado carácter protector de los derechos

⁵² Opinión consultiva de la CIJ, de 28 de mayo de 1951, *Validez de ciertas reservas a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio*.

⁵³ STEDH, 18 de enero de 1978, *asunto Irlanda contra Reino Unido de Gran Bretaña*.

⁵⁴ Opinión consultiva de la CIDH, de 24 de septiembre de 1982, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

⁵⁵ Véase SALADO OSUNA, Ana, *Las reservas a los tratados de derechos humanos*, Murcia, Laborum, 2003, pág. 67 y ss.

⁵⁶ En concreto el texto propone tener en cuenta “los principios consagrados en los instrumentos fundamentales de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos, en particular la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño”, segundo párrafo del Preámbulo de la CTM.

⁵⁷ Entre ellos, se tendrán en cuenta “en especial el Convenio relativo a los trabajadores migrantes (No. 97), el Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes (No. 143), la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (No. 86), la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (No.151), el Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio (No. 29) y el Convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso (No. 105)”, tercer párrafo del Preámbulo de la CTM.

Se propuso, en los primeros documentos, incluir otros textos importantes de la OIT, como el Convenio sobre igual remuneración (No. 100) entre otros referidos a la igualdad o la no discriminación. UN Doc. A/36/378, anexo XII, pág. 4, párrafos 17-19. Finalmente se decidiría mantener la referencia a los principales textos en relación con la migración, que son los arriba recogidos.

humanos y el matiz laboral que finalmente quedó reflejado en la redacción del texto final de la Convención.

Ambas afirmaciones constatan que la Convención se construye sobre una base sólida formada por los textos que conforman el núcleo de derechos humanos, por lo que sus objetivos subsiguientes y sus principios tienen una esencia común al marco internacional de protección de los derechos humanos.

A lo aquí expuesto el Preámbulo añade la razón de ser de aprobar otro tratado más de derechos humanos: “[c]onvencidos de 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 apropiada”. Esto es, la Convención pretende clarificar el reconocimiento de los derechos humanos de los migrantes y su protección. Este objetivo principal es indudablemente necesario y justificado en el caso de los migrantes en situación irregular, pues supone la primera referencia clara por un texto normativo de carácter universal a que las personas en una situación administrativa irregular sean titulares de los derechos humanos en dicho texto reconocidos. Por supuesto, esta salvedad es más bien formal, dado el carácter universal de los tratados que conforman el núcleo de derechos humanos reconociendo prácticamente todos los derechos para todas las personas, así como ocurre con las normas y los principios de la OIT, que, sin embargo, tenían un ámbito de aplicación más limitado y un contenido en derechos algo más parco, pues su objetivo no era precisamente la creación de un marco protector internacional sino la protección de la esfera laboral⁵⁸. La CTM, en este sentido, tiene en consideración la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran con frecuencia los migrantes - párrafo décimo del Preámbulo-.

Asimismo, junto a este objetivo principal, la Convención incluiría entre sus objetivos fundamentales los siguientes tres objetivos fundamentales relacionados con la migración irregular: primero, alentar la adopción de medidas adecuadas a fin de evitar y eliminar los movimientos y el tránsito clandestinos de los trabajadores migratorios, asegurándoles la protección de sus derechos humanos fundamentales -

⁵⁸ Aunque a ello -tratados de derechos humanos y a la OIT- ya nos referimos en los capítulos segundo y tercero, volveremos frecuentemente en este capítulo, pues sin ambos marcos sería incomprensible el avance producido por la CTM en la creación de un estatuto jurídico de migrante en situación irregular.

decimotercer párrafo del Preámbulo de la CTM-; segundo, considerar que los trabajadores 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, así como que esta práctica será desalentada si se reconocen más ampliamente los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios -decimocuarto y decimoquinto párrafos del Preámbulo de la CTM-; y tercero, considerar que es necesario lograr la protección internacional de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares por medio de las normas -decimosexto párrafo del Preámbulo de la CTM-.

Estos objetivos, los relacionados con la migración irregular, centrarán gran parte del debate del Grupo de Trabajo que redactó la CTM, sobre todo en cuanto a qué derechos y libertades habría de reconocer la norma a todos los migrantes y cuáles exclusivamente a los que se encuentren en situación regular, por un lado, y cómo afectaría a la soberanía de los Estados, por otro⁵⁹.

2. Objetivos fundamentales de la Convención respecto a la migración irregular

2.1. Eliminar la migración irregular o clandestina

“Teniendo presente que los problemas humanos que plantea la migración son aún más graves en el caso de la migración irregular, y convencidos por tanto de que se debe alentar la adopción de medidas adecuadas a fin de evitar y eliminar los movimientos y el tránsito

⁵⁹ Tales discusiones se reflejan en los informes del Grupo de Trabajo a la AG, de especial interés el informe A/C.3/42/1 sobre los derechos que deberían ser garantizados a todo trabajador migratorio y el informe A/C.3/43/1 sobre el artículo 79 de la CTM, artículo que circuló de un lugar a otro en la Convención hasta que encontró posición en la parte VIII, con el disenso expreso de Suecia que se había opuesto a él.

clandestinos de los trabajadores migratorios, asegurándoles a la vez la protección de sus derechos humanos fundamentales”⁶⁰.

a. Cuestiones previas respecto a la migración irregular o clandestina

Con este propósito recogido en el decimotercer párrafo del Preámbulo de la Convención, ésta se propone empujar a los Gobiernos a tomar medidas adecuadas cuyo fin sea evitar y eliminar “los movimientos y el tránsito clandestinos” de los trabajadores migratorios. Semejante objetivo resulta lógico, sobre todo desde la perspectiva actual de control migratorio de fronteras, pues el fin último de todos y cada uno de los Estados es ejercer su soberanía de tal modo que mantengan el control sobre las entradas a su territorio, decidiendo quién entra y quién no.

Esta cuestión, como ya hemos referido en diversas ocasiones, es una de las motivaciones más relevantes de la Convención. En las primeras sesiones del Grupo de Trabajo ya se abordó la cuestión dejando patente la importancia para todos los participantes del GTCTM. De hecho, algunas delegaciones avanzaron que “el propósito de la Convención debía ser prevenir la inmigración ilegal, eliminar los movimientos clandestinos de migrantes y luchar contra el tráfico ilícito de

⁶⁰ El decimotercer párrafo del Preámbulo tuvo una versión alternativa en los primeros trabajos preparatorios, versión que, como se aprecia, habla de indocumentados -frente a la otra versión que se refería a la migración ilegal- y que remarcaba la situación de indefensión de los migrantes en situación irregular. Al final el Preámbulo tomó un poco de ambas versiones y quedó tal y como se aprobó. El texto alternativo decía:

“[(17) Considering, therefore, that the fundamental human rights and labour rights of all migrant workers and their families, including the rights of undocumented workers, who are even more defenceless because of their irregular status, require appropriate protection at the international level.]”, en UN Doc A/C.3/36/10, *Measures to Improve the Situation and Ensure the Human Rights and Dignity of All Migrant Workers. Report of the Open-ended Working Group*, New York, 23 November 1981, pág. 7, párrafo 23.

Ambas propuestas fueron discutidas en el Grupo de Trabajo hasta que, en 1985, se recogieron ambas y se aprobó la segunda (la que aparecía como segunda alternativa, en la columna derecha) más cercana al texto finalmente aprobado. Tras diversas consultas informales se modificó escasamente el texto y se propuso como párrafo 13 a ser aprobado, en UN Doc A/C.3/40/1, *Report of the Open-ended Working Group on the Elaboration of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, New York, 1985, pp. 25-26, párrafo 107.

trabajadores”⁶¹. Tal objetivo exclusivo era, para ciertos Estados, la justificación para criminalizar la migración “abusiva” y les animó a solicitar que la Convención no incluyera ninguna cláusula que pudiera alimentar tales movimientos ilícitos o clandestinos. Por supuesto, tal propuesta fue firmemente rechazada por los Estados que hicieron el primer borrador de la Convención reforzando la idea de que todos migrantes, con independencia de su *status* migratorio, debían tener reconocidos sus derechos humanos fundamentales⁶².

Sin embargo, hemos de ser conscientes que finalmente este objetivo se dirige exclusivamente hacia los movimientos migratorios, pretendiendo poner fin, sea de manera preventiva sea de manera efectiva, a todo flujo migratorio irregular cuando se produce el cruce de fronteras clandestino. No obstante ¿qué ocurre con la migración irregular ya existente en el país? En esta cuestión se encuentra, en nuestra opinión, no sólo el meollo del texto internacional que aquí estudiamos sino el verdadero nudo gordiano de la migración irregular.

Ateniéndonos a lo referido no podemos decir que la Convención proteja a todos los migrantes en situación irregular, pues existen dos factores clave para entrar en la definición que la Convención acogería bajo su manto de protección: el factor laboral y el factor familiar. Aunque atenderemos ambos elementos en el siguiente capítulo, veamos brevemente cómo afectan al objetivo aquí delimitado.

Bajo el primer factor, el laboral, no sería protegido por la Convención alguien con una situación previa regular, de permiso de estudiante por ejemplo, que terminó posteriormente en una irregularidad sobrevenida y no trabaja en el momento presente -situación que sería fácilmente reconocible en el contexto actual en que nos

⁶¹ UN Doc. A/36/378, anexo XII, pág. 7, párrafo 41. En el mismo sentido se pronunciaron Finlandia, Grecia, Italia, Portugal, Italia y Suecia -el grupo conocido como MESCA, al que se uniría Noruega asumiendo las posturas presentadas anteriormente-, pero no tomando ese fin como el propósito de la Convención, sino teniendo presente que tiene la finalidad de terminar con los problemas humanos que envuelven la migración, pero sobre todo, asegurando a la vez la protección de sus derechos humanos fundamentales, ídem, pág. 8, párrafo 45. El MESCA confronta así, en cierta manera, la visión más restringida de la migración de países como Estados Unidos.

⁶² UN Doc. A/36/378, anexo XII, pág. 8, párrafo 42.

encontramos en España-. Éste sería el resultado bajo un criterio rígido de interpretación⁶³.

Dicho esto, no entendemos por qué en el mismo sentido deba ser excluida una persona que trabajó, por tanto ya se dio el hecho laboral definido, pero cuyo permiso o autorización de trabajo y/o de residencia expiró y permaneció irregularmente en el país con la expectativa, igualmente obvia, de volver a encontrar trabajo. Nos parece que el silogismo es evidente y que la protección debiera extenderse a este grupo de personas que sufren la irregularidad sobrevenida. Es más, creemos que la Convención tiene entre sus objetivos protegerles.

Asimismo existe otra cuestión no contemplada por Cholewinski ni por los propios redactores de la Convención, o al menos así se deduce de la protección emanada del texto. Se trata de la irregularidad sobrevenida, principalmente cuando tal irregularidad no es consecuencia de un acto del propio migrante, sino de la propia administración pública. Como sabemos, tal circunstancia no ha sido infrecuente, puesto que, al menos en la práctica administrativa española, el silencio produce efecto negativo en los actos administrativos relacionados con la extranjería⁶⁴. Lo que resulta más grave es, a nuestro entender, que las personas que sufren tal incapacidad o torpeza proveniente de las administraciones “paguen” con la desprotección de sus derechos humanos ese error, sin considerar el claro perjuicio de la imposibilidad de trabajar de manera regular debido a tal práctica errónea⁶⁵. Por ende, consideramos que estos migrantes, cuya irregularidad es sobrevenida, han de ser igualmente incluidos bajo el manto protector de la Convención.

⁶³ Así lo considera Cholewinski, quien cree que la Convención protege a casi todos los migrantes en situación irregular exceptuando a los que sobrepasaron su autorización y no están trabajando -en sus palabras, “who have overstayed their visa authorizations but are not employed”, lo que no debe ser identificado con todo tipo de irregularidad sobrevenida-, en CHOLEWINSKI, Ryszard, op. cit., pág. 187.

⁶⁴ Así lo establece, salvo para las renovaciones de autorizaciones el Reglamento de la LOEX en su “Disposición adicional decimotercera.- Silencio administrativo.

Transcurrido el plazo para resolver las solicitudes, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional anterior, éstas podrán entenderse desestimadas, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional primera de la propia Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y con las excepciones contenidas en dicha disposición adicional”.

⁶⁵ Aunque mejorada, debemos añadir, pues en las últimas reformas de la Ley de Extranjería española y del Reglamento, que desarrolla la versión de la ley antes de la última reforma de 2009, se han introducido constantes alusiones a la resolución motivada positiva o negativa, dejando menos espacios para el silencio administrativo.

En cuanto al factor familiar, el segundo factor que mencionábamos, queda suficientemente claro en el texto de la Convención que uno de los objetivos de la misma era proteger a los familiares que viajan ya sea con la persona trabajadora ya sea posteriormente para reunirse con ella. Ello es así por el sentido, ampliamente compartido, de que el núcleo familiar y la vida en familia han de ser protegidos. Sin embargo, en la actualidad el concepto de familia es variado. Así alguien que podríamos considerar nuestro familiar como es la pareja, no registrada en modo alguno, será rechazada como miembro de la familia en numerosos países pues muchos son los que no reconocen dicha relación, por lo que no podrá contar con la protección de sus derechos humanos por medio de esta Convención. Esta cuestión problemática es una más de las que surgen de la CTM por su remisión frecuente a la regulación nacional de ciertos aspectos. Esa remisión puede resultar comprensible en ciertos aspectos, pero no en todos. De hecho, el artículo 4 establece una relación breve de quienes son familiares y remite a la norma nacional para la inclusión de otros familiares cuando los ordenamientos internos así lo reconozcan. De este modo, por ejemplo, los ascendientes de la persona migrante no serán protegidos por la Convención si la legislación del país de destino no les reconoce como tales familiares.

No obstante, como veníamos diciendo, este objetivo se centra esencialmente en el flujo migratorio irregular, esto es, en el tránsito o la entrada (o intento de entrada) clandestinos de acuerdo con esa concepción de eliminar la migración irregular en frontera. Este elemento central quedó manifiesto en el artículo 79, cuya primera parte declara que “[n]ada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al derecho de cada Estado Parte a establecer los criterios que rijan la admisión de los trabajadores migratorios y de sus familiares”. En nuestra opinión esto demuestra el peso que los Estados de destino tuvieron en el resultado del texto final, a pesar de las determinantes posiciones en contra⁶⁶.

⁶⁶ Así lo argumentaba Vucetic que argumentaba que el énfasis de la Convención sobre los derechos humanos de los migrantes en situación irregular reflejaba el predominio del G-77 -grupo de países de origen-, recogido en CHOLEWINSKI, Ryszard; DE GUCHTENEIRE, Paul; PÉCOUD, Antoine (eds.), *Migration and human rights: the United Nations Convention on migrant worker's rights*, Cambridge [etc.], UNESCO, Cambridge University, 2009, pág. 22.

b. Medidas propuestas para eliminar la migración irregular o clandestina

Por lo ya referido, el fin de eliminar la migración clandestina es referido con frecuencia en la Convención, y no sólo en su Preámbulo, teniendo presentes tanto el control de fronteras como las medidas a tomar una vez que la persona migrante ya se encuentra en situación irregular en el territorio del Estado. La importancia de este objetivo es tal que las partes VI y VIII de la Convención centran su atención en diversas disposiciones al respecto.

Por un lado, nos encontramos con las medidas destinadas a eliminar la migración irregular impidiendo la entrada en un país, el rechazo en frontera o devolución. Retomamos aquí el artículo 79 que recuerda la competencia de los Estados para regular la entrada a su territorio y lo enlazamos con la primera parte del artículo 68 que dispone que los Estados “colaborarán con miras a impedir y eliminar los movimientos [...] ilegales o clandestinos”. Este texto, y otras medidas propuestas en la Convención, surgen de la propuesta de Argelia, México, Paquistán, Turquía y Yugoslavia, en un primer documento. Estos Estados proponían la cooperación entre países de origen con este fin y para ello preveían como medidas a tomar las siguientes:

- “(a) prevention and suppression of false information (...) and obligation to condemn and discourage illegal or clandestine movements of migrant workers
- (b) sanctions against persons engaged in illegal or clandestine traffic or movements of unauthorized/undocumented migrant workers
- (c) prevention and repression of clandestine employment and of threats and intimidation by employers or labour contractors”⁶⁷.

La posición de estos países, además de resultar clave en la elaboración del texto junto con la del MESCA, era la de defender a los trabajadores migrantes por cuanto se veían expuestos a engaños -información falsa, falsas ofertas o contratos-, abusos -amenazas, intimidación- y eran víctimas del delito de tráfico ilícito de

⁶⁷ UN Doc A/36/378, anexo IX, pág. 6.

personas. Aún con todo no dejaban de lado su “condena” de los movimientos migratorios irregulares -ilegal o clandestino, señalan-.

Por otro lado, se encuentran las propuestas para terminar con la situación de irregularidad de alguien que ya se encuentra en el territorio del país en cuestión. En este caso, se proponen la regularización y el retorno como posibles soluciones, si bien el retorno puede ser voluntario o forzoso, denominado éste último propiamente expulsión.

Respecto a la controvertida regularización hemos de alertar que su propuesta no debiera servir como argumento para no ratificar la Convención, puesto que el texto invita a que los Estados consideren tal opción como una posibilidad y no como una obligación -artículo 69-. Además deberá realizarse de conformidad con la legislación nacional y los acuerdos bilaterales o multilaterales que sean aplicables. La CTM establece asimismo que se tendrán en cuenta cómo se produjo la entrada, cuánto duró la estancia y otras circunstancias para realizar la regularización.

En cuanto al retorno voluntario, la Convención establece en su artículo 67 que los Estados, por medio de la cooperación apropiada, adopten medidas relativas al regreso ordenado.

Respecto a la expulsión, la Convención establece la prohibición de expulsiones masivas, obligando a los Estados a que cada expulsión sea individualizada y conforme a la ley vigente. La medida de expulsión, recogida en el artículo 22 del texto, será referida con más detenimiento en el siguiente apartado II del presente capítulo.

De manera global la Convención propone ciertas medidas que tienen como fin impedir y terminar con la migración irregular, entre ellas, el artículo 68 -epígrafes a y b- da prioridad a las medidas “adecuadas contra la difusión de información engañosa en lo concerniente a la emigración y la inmigración” y a las medidas “para detectar y eliminar los movimientos ilegales o clandestinos de trabajadores migratorios y sus familiares y para imponer sanciones efectivas a las personas, grupos o entidades que organicen o dirijan esos movimientos o presten asistencia a tal efecto”. Deja así entender que hay dos factores clave en los movimientos migratorios clandestinos: la desinformación o engaño de los migrantes respecto al

proceso migratorio en sí mismo y el crimen organizado que se aprovecha del deseo de migrar.

En relación con el primer factor es necesario advertir cierto paternalismo en su argumentación poco justificable en un mundo globalizado donde instantáneamente se tiene conocimiento de lo que ocurre en el otro lado del planeta. No obstante es admisible la existencia de falsas expectativas respecto al resultado que pueda ofrecer la “aventura” de migrar clandestinamente, pero una y otra cuestión son diferentes y han de ser tratadas con rigor, pues de lo contrario caeremos en una falsa y pretenciosa posición de superioridad. Si en lugar de hablar del resultado de la migración, nos referimos al proceso en sí mismo, sin duda la falsa información o el engaño o simplemente la ignorancia de las circunstancias en que dicho viaje migratorio se produce son elementos a considerar por todos países, tanto de origen como de destino, e incluso de los mismos migrantes con base en un principio de solidaridad o en una cuestión de fraternidad.

En lo que se refiere al segundo factor, no es desdeñable el aumento sustancial del negocio criminal generado alrededor de las mafias que trafican un día con drogas o armas, otro con personas. Sin entrar en el debate del lucro y de la estrecha relación entre mafias, lo que aquí viene a pesar es la indudable existencia de una delincuencia transnacional que aprovecha el deseo y/o necesidad de las personas de migrar a otro país para lucrarse, por un lado, infringir las normas que regulan la entrada en el territorio de los Estados, por otro, y violar los derechos humanos de los migrantes, por último. En cuanto a las dos primeras, la CDOT se ocupa extensa y detenidamente de las mismas. En cuanto a la tercera, son los tratados de derechos humanos, junto con aquella Convención, los que han de proclamar tales derechos y establecer los mecanismos pertinentes o las medidas apropiadas para luchar contra dichas violaciones.

Por otra parte, no será menos importante la intención de evitar que, una vez dentro del territorio del país, los trabajadores migratorios y sus familiares sean explotados o sus derechos sean quebrantados. Éste será el segundo objetivo de la Convención respecto a la migración irregular, aunque también es extensible lógicamente a la migración regular.

2.2. Terminar con la explotación y la violación de derechos humanos de los migrantes en situación irregular

“Considerando que 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 desleal⁶⁸.

Considerando también que la práctica de emplear a trabajadores migratorios que se hallen en situación irregular será desalentada si se reconocen más ampliamente los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios...”⁶⁹.

a. Cuestiones previas respecto a la explotación y la violación de derechos humanos

Este segundo objetivo recogido en los párrafos decimocuarto y decimoquinto del Preámbulo de la Convención indudablemente pretende terminar con las violaciones de derechos humanos y la explotación laboral que el migrante en situación irregular por su condición de persona en territorio ajeno y por su situación irregular sufre con mayor incidencia dada su vulnerabilidad. Asimismo establece un nexo entre aquéllas y la economía sumergida, práctica empresarial que se aprovecha de la necesidad humana de subsistir para establecer condiciones de trabajo peores cuando no esclavizantes, y siempre infractoras.

⁶⁸ Aprobado en la sesión de 1985, con discusiones relativas mayormente a la terminología, de poca trascendencia, en UN Doc A/C.3/40/1, pág. 26, parágrafo 111.

⁶⁹ Versión previa aceptada, en términos casi idénticos, en 1985, en UN Doc A/C.3/40/1, pág. 27, parágrafo 117.

En realidad los tres factores que componen este segundo objetivo son tan claros que no sería necesaria mayor explicación. De hecho, el primer párrafo al que nos hemos referido -el decimocuarto del Preámbulo- es similar al que apareció desde el principio en los trabajos preparatorios. Por un lado, el texto anterior recogió la idea de “en la mayoría de las ocasiones” en lugar de “frecuentemente” y hablaba de “peores condiciones de trabajo” en lugar de “menos favorables”, por tanto, quizá se suavizó un poco. Sin embargo, la idea de “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” está en idénticos términos que en 1981 tras la aprobación de algunos apartados del primer borrador de Convención⁷⁰.

En cuanto al párrafo decimoquinto del Preámbulo se redactó, en aquellas primeras sesiones que nos estamos refiriendo, en el mismo sentido en que se aprobó aunque expresado de diferente forma. Sólo se añadía que con el reconocimiento de derechos humanos a todos los migrantes se contribuiría a la reducción de los flujos migratorios irregulares, texto que posteriormente desapareció⁷¹.

No obstante, la parte del párrafo que aquí referimos venía separada en los trabajos preparatorios de la segunda parte que se refiere exclusivamente a los derechos de los trabajadores migratorios en situación regular -tal y como lo hacemos en nuestro análisis-, puesto que el único nexo de unión es el reconocimiento de derechos, pero en la primera parte el objetivo es desalentar la contratación de personas en situación irregular, en otros términos, luchar contra la economía sumergida, mientras que en la segunda parte el objetivo es favorecer el cumplimiento de las leyes y procedimientos. Ambos objetivos son loables, pero manifiestamente diferentes y, además, no creemos relevante anotar aquí mayor referencia a esa segunda parte del párrafo⁷².

⁷⁰ UN Doc A/C.3/36/10, pág. 7, párrafo 25.

⁷¹ UN Doc A/C.3/36/10, pág. 7, párrafo 25.

⁷² Este segundo objetivo quizá quedara más claro y más relacionado con la lucha contra el empleo irregular en el texto del primer borrador que determinaba este reconocimiento de derechos a los trabajadores migratorios en situación regular “in order to encourage prospective migrants for employment to respect the normal procedures established by the competent authorities of the State concerned”, en UN Doc A/C.3/40/1, pág. 27, párrafo 112.

No resultó tan clara, sin embargo, la solución aportada por la Convención de reconocer más ampliamente los derechos humanos de todos los migrantes. Esta ambición ofrece a ojos de algunos de los Estados motivación suficiente para no ratificar este texto, cuando tal reconocimiento de derechos es ya efectivo gracias al resto de tratados internacionales de derechos humanos y la Convención viene a clarificar dicho reconocimiento y su protección, como ya hemos mencionado en repetidas ocasiones.

b. Medidas propuestas para terminar con la explotación y la violación de derechos humanos de los migrantes en situación irregular

Estas cuestiones referidas a la vulnerabilidad de los trabajadores migratorios y sus familiares que se encuentren en situación irregular podemos disgregarlas en dos: las infracciones o la explotación en el ámbito laboral; y las violaciones de derechos humanos. Respecto a ambas se ofrecen algunas medidas para terminar con las mismas.

La cuestión laboral es referida en el Preámbulo con el fin de terminar con la explotación que sufren los trabajadores migrantes por el hecho de ser extranjeros en el que país en que residen y trabajan y más aún cuando su condición de irregularidad los expone a mayores riesgos de sufrir situaciones de explotación, incluso de esclavitud. Retomamos al respecto el artículo 68 que igualmente hace referencia a la colaboración que ha de producirse entre los Estados -incluyendo los de tránsito, reza el texto- para impedir y eliminar, además de los movimientos, el empleo ilegal o clandestino.

La preocupación en cuanto a esta cuestión era notable. No obstante, el tratado se rubrica con la expresión “trabajadores migratorios” y en su labor preparatoria se propuso ser albergado en el ámbito de la OIT en lugar de Naciones Unidas. Es decir, la preocupación por la vertiente laboral del fenómeno es evidente desde mucho antes de que se empezara a discutir el texto que culminaría con esta Convención y el motivo no es otro que la constante y creciente vulneración de derechos y la

preocupante explotación laboral a la que se ven sometidos los migrantes, en especial cuando se encuentran en situación irregular.

Para impedir y eliminar el empleo ilegal se proponen que los Estados adopten las medidas recogidas en el referido artículo 68: “todas las medidas necesarias y efectivas para eliminar la contratación en su territorio de trabajadores migratorios en situación irregular, incluso, si procede, mediante la imposición de sanciones a los empleadores de esos trabajadores”⁷³. Esas medidas no menoscabarán los derechos de los trabajadores migratorios frente a sus empleadores en relación con su empleo”.

En lo que concierne a la violación de derechos humanos, es clara la vocación protectora de la Convención al ubicarse entre los tratados internacionales de derechos humanos. Así, el Preámbulo de la CTM hace referencia a la vulnerabilidad de los migrantes y la necesidad de una protección de sus derechos y, además de todo el articulado que recoge los derechos humanos de los que son titulares y que analizaremos más adelante, establece en varias partes de su texto la necesidad de protegerles y la obligación de los Estados al respecto. Para ello nos encontramos, por un lado, con que prohíbe la violación, la negación o la renuncia a todos los derechos reconocidos en la CTM y, por otro, con la afirmación constante y categórica de la indivisibilidad, inviolabilidad e inseparabilidad de los mismos.

En cuanto a las primeras medidas, las que se refieren a la prohibición nos centramos en los siguientes aspectos relevantes. Por una parte, se impone, como no podía ser de otro modo, la prohibición de incumplir el contenido de la Convención, esto es, de no respetar los derechos humanos en ella reconocidos y, además, se propone que los Estados adopten medidas “para imponer sanciones efectivas a las personas, grupos o entidades que hagan uso de la violencia o de amenazas o intimidación contra los trabajadores migratorios o sus familiares en situación irregular” -artículo 68-. Asimismo el texto, en su artículo 83, establece que los Estados que se obliguen por la Convención se comprometan a garantizar que:

“a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en la presente Convención hayan sido violados pueda obtener una reparación

⁷³ Durante los trabajos preparatorios, la República Federal Alemana propuso las sanciones a los empleadores como parte del preámbulo, recalando la importancia que tenía -y tiene- para evitar la contratación irregular. UN Doc A/C.3/40/1, pág. 27, parágrafo 114.

efectiva, aun cuando tal violación haya sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad judicial, administrativa o legislativa competente, o cualquier otra autoridad competente prevista en el sistema jurídico del Estado, decida sobre la procedencia de la demanda de toda persona que interponga tal recurso, y que se amplíen las posibilidades de obtener reparación por la vía judicial;

c) Las autoridades competentes cumplan toda decisión en que el recurso se haya estimado procedente”.

Con estas obligaciones se pretende no sólo dar cuenta de las violaciones de derechos humanos sino también imponer las sanciones necesarias y que se repare efectivamente a la víctima, extendiendo esta obligación y la de reconocerla a todas las autoridades competentes. Esta es sin duda una cuestión importante, pues ha de entenderse incluidas entre estas autoridades a todas las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, que debieran hacerse eco de las sanciones ante violaciones de derechos y las reparaciones que se producen a este respecto.

Por otra parte, en lo que concierne a la renuncia de derechos, tal práctica está tajantemente prohibida de acuerdo a su artículo 82:

“Los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares previstos en la presente Convención no podrán ser objeto de renuncia. No se permitirá ejercer ninguna forma de presión sobre los trabajadores migratorios ni sobre sus familiares para hacerlos renunciar a cualquiera de los derechos mencionados o privarse de alguno de ellos. No se podrán revocar mediante contrato los derechos reconocidos en la presente Convención. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar que se respeten esos principios”.

La prohibición de infringir los derechos humanos reconocidos en la CTM y de dejar impunes tales infracciones está en relación directa con la cara inversa de la misma moneda: el reconocimiento expreso de los mencionados derechos.

2.3. Proteger internacionalmente los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

“Convencidos, por ello, de la necesidad de lograr la protección internacional de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, reafirmando y estableciendo normas fundamentales en una convención amplia que tenga aplicación universal” -decimosexto párrafo del Preámbulo-⁷⁴.

El reconocimiento expreso de los derechos humanos de los migrantes en situación irregular es la cara de la moneda cuyo reverso, como adelantábamos, es la prohibición de violar tales derechos. El silogismo nos parece evidente. No obstante es preciso mencionar que la Convención es el texto que, probablemente, con mayor incidencia se refiere a tal obligación -obligación, por otro lado, obvia respecto a cualquier Estado que ratifica un tratado internacional-.

Pues bien, esta Convención insiste en repetidas ocasiones sobre la obligación internacional de proteger los derechos humanos de todos los migrantes. Con casi toda probabilidad, la responsabilidad de que esta protección sea tan subrayada recae sobre los países que redactaron uno de los documentos clave en el primer borrador de la Convención y los que después se unieron o colaboraron en su desarrollo⁷⁵. Éstos determinaron claramente que el reconocimiento de derechos no debía ser interpretado de ninguna manera como favorecimiento de la migración indocumentada, “but simply as a recognition of the need to extend to a certain degree the protection under the Convention on the basis of a reality, no matter how undesirable it may be”⁷⁶.

⁷⁴ Versión del texto aceptada en términos casi idénticos en 1985, en UN Doc A/C.3/40/1, pág. 28, párrafo 118.

⁷⁵ Estos países fueron Argelia, México, Paquistán, Turquía y Yugoslavia, a los que se unirían posteriormente Egipto, Barbados y otras delegaciones que defenderían posiciones cercanas. Documento A/C.3/35/WG.1/CRP.7, recopilado como anexo I en UN Doc A/36/378.

El documento de trabajo que presentaron estas delegaciones se incorporó en gran parte al borrador preliminar de la Convención o “First Reading”, UN Doc A/36/378, anexo XII.

⁷⁶ UN Doc A/36/378, anexo XII, pág. 8, párrafo 42.

Este tercer objetivo recogido en el decimosexto párrafo del Preámbulo de la CTM sirve, en cierta manera y entre todas las motivaciones de las que emerge la propia Convención, de justificación de su existencia. Este objetivo-motivo, podríamos denominar, declara abiertamente la necesidad de un tratado internacional de derechos humanos que aplique y, en definitiva, proteja y haga respetar universalmente el núcleo inviolable, indivisible e inderogable de derechos humanos⁷⁷. Entiende así la Convención desde el primerísimo punto de partida que los migrantes, y muy especialmente los migrantes en situación irregular, precisan ser reconocidos como sujetos de derecho y como poseedores de derechos humanos. Y en esta necesidad fundamental encuentra su sentido y justificación la redacción de una Convención que proteja a los trabajadores migratorios y sus familiares⁷⁸.

Más adelante en el articulado de la Convención volverá a hacerse referencia a la protección internacional de diferentes maneras: estableciendo la obligación por parte de los Estados de adoptar medidas legislativas u otras para aplicar la Convención -artículo 84-; determinando que las responsabilidades de los órganos de Naciones Unidas y de los organismos especializados en asuntos relacionados con la Convención no sean menoscabadas por ninguna interpretación posible del texto de la Convención -artículo 80-, dejando así constancia de la labor que otros órganos de la ONU u organismos especializados puedan llevar a cabo en relación con la cuestión migratoria; y declarando, por último, la vigencia de la disposición más favorable prohibiendo, de nuevo, menoscabar los derechos reconocidos en la Convención, artículo 81, que dice así:

“1. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a ningún derecho o libertad más favorable que se conceda a los trabajadores migratorios y a sus familiares en virtud de:

a) El derecho o la práctica de un Estado Parte; o

⁷⁷ En consonancia con el Programa y la Declaración de Viena de la Conferencia Mundial de derechos humanos, 25 de junio de 1993. UN Doc. A/CONF.157/23, *Declaración y Programa de Acción de Viena*, de 12 de julio de 1993.

⁷⁸ El texto de este párrafo del Preámbulo es idéntico al que se propuso en 1981, en UN Doc A/C.3/36/10, pág. 8, párrafo 27.

b) Todo tratado bilateral o multilateral vigente para el Estado Parte interesado.

2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá interpretarse en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos que puedan menoscabar cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en la presente Convención”.

3. Principios inspiradores de la Convención

3.1. Principios generales de la Convención

Muy brevemente haremos referencia a la importancia que tienen los principios generales del Derecho Internacional de los derechos humanos para la Convención. Dicha importancia es la base de la prevalencia del Derecho Internacional tanto en espíritu -sobre todo en cuestión del valor de los derechos humanos universalmente reconocidos-, como de forma.

El espíritu de los principios generales del Derecho Internacional se encuentra recogido en los primeros párrafos del Preámbulo:

“Teniendo en cuenta los principios consagrados en los instrumentos fundamentales de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos, en particular la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño,

Teniendo en cuenta también los principios y normas establecidos en los instrumentos pertinentes elaborados en el marco de la Organización Internacional del Trabajo, en especial el Convenio relativo a los trabajadores migrantes (No. 97), el Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes (No. 143), la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (No. 86), la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (No.151), el Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio (No. 29) y el Convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso (No. 105),

Reafirmando la importancia de los principios consagrados en la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Recordando la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Declaración del Cuarto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y las Convenciones sobre la esclavitud”.

La relevancia de los principios inspiradores de todas estas normas ofrecen un valor considerable, puesto que en su contenido obligan a los Estados como principios que son generalmente aceptados, y en su forma establecen esa obligación más allá de la voluntad manifiesta por los Estados de verse obligados a su cumplimiento. En cierta manera, se recogen principios “reconocidos por las naciones civilizadas, obligatorios para todos los Estados incluso al margen de todo vínculo convencional”⁷⁹. A sabiendas de que no es necesario recurrir a los principios generales del Derecho teniendo en cuenta instrumentos como son los tratados internacionales, como fuente del Derecho, la relevancia de los mismos viene dada por su contenido protector del ser humano en sus diferentes condiciones.

⁷⁹ Opinión consultiva de la CIJ de 18 de mayo de 1951, sobre validez de ciertas reservas a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio.

La importancia del Derecho Internacional en su evolución hacia una mayor y mejor protección de los derechos de la persona ya ha sido ampliamente analizada en los capítulos segundo y tercero por lo que nos remitimos a ellos para comprender la relevancia que tienen en el significado mismo de la Convención.

3.2. Principio de no discriminación

Este principio, esencia misma del fin de la Convención, es de tal relevancia que se dedica la parte II a recogerlo, con el título “No discriminación en el reconocimiento de derechos”, cuyo único artículo, el número 7, declara que:

“Los Estados Partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición”.

Como recogía Cholewinski, tomando a su vez las palabras de Hune y Niessen, la obligación de no discriminación no es una cláusula substantiva pues se refiere exclusivamente a los derechos contenidos en la Convención⁸⁰. Sin embargo, es reseñable que en casi idénticos términos a los del artículo 7 se exprese el primer apartado del artículo 1 de la Convención. La diferencia entre ambos preceptos se encuentra, según el presidente del Grupo de Trabajo que redactó la CTM, en la obligatoriedad únicamente respecto a los Estados del artículo 7 frente a la

⁸⁰ CHOLEWINSKI, Ryszard, op. cit., pág. 155.

generalidad del artículo 1, que pretendería obligar también a las empresas y empleadores del sector privado, estableciendo una obligación *erga omnes*⁸¹.

En primer lugar, comenzando por la justificación ofrecida para la coexistencia de ambos artículos con el mismo principio, hemos de partir de la idea de que son los Estados los que ratifican los tratados y no las empresas o entes privados, por tanto su vinculación u obligación a un precepto resulta en todo caso de manera indirecta, más si cabe en una cuestión como la migratoria. Por otra parte, es preciso recordar que son los Estados parte y, en multitud de ocasiones, la sociedad civil los que hacen valedor de respeto a uno u otro tratado de acuerdo a su importancia y a la relevancia y eficiencia que demuestra tener. Aunque loable por su ambición, es irreal la pretensión de que por el hecho de que el principio de no discriminación aparezca en dos repetidas ocasiones en lugares diferentes fuera a surtir un mayor efecto, si es que ese era el verdadero objetivo como el presidente del GTCTM apuntaba -supra nota 80-. Por último, quizá no sobre añadir que lo declarado una única, pero clara, vez debiera bastar para el fin que se propone. El resultado, que a nuestro modo de ver supone esta duplicidad en el texto, sería que finalmente el artículo 7 concretizara las obligaciones de los Estados respecto a los derechos, mientras que el apartado 1 del artículo 1 viniera a establecer dicho principio con carácter general respecto a toda la Convención y a su intención de obligar *erga omnes*, como ya referíamos.

El artículo 7 fue redactado en los primeros trabajos en términos casi idénticos a los que reflejaría el texto definitivo de la Convención. La discusión, aparte de lo que estamos reflejando aquí, se llevó en el plano de la redacción como en algunas otras cuestiones “espinosas” de la CTM. Así al principio de los trabajos se propuso un texto que determinaba la obligación de respetar a quienes se encontraran en el territorio “y” estuvieran bajo la jurisdicción del Estado. Esa condición fue retirada del texto⁸² a la vez que se añadía la referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos, referencia que se ampliaría tras la discusión y a propuesta del

⁸¹ Informe del GTCTM de 1986, UN Doc A/C.3/41/3, *Report of the Open-ended Working Group on the Drafting of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, New York, 1986, pág. 19, parágrafo 108.

⁸² No hemos podido saber bien por qué se modificó, pero sí cuando, en los trabajos preparatorios de las sesiones de 1986 aparecen ambas versiones del texto sucesivamente -con la conjunción “y” primero y la “o” después-, en UN Doc. A/C.3/41/3, pág. 18, párrafos 103 y 105, respectivamente.

presidente del Grupo de Trabajo a los instrumentos internacionales de derechos humanos⁸³.

En cualquier caso, y en eso no podemos estar más de acuerdo con el presidente del GTCTM, la “esencia” de la prohibición de cualquier discriminación es la obligación de los Estados de aplicar todos y cada uno de los artículos de la Convención sin ningún tipo de distinción⁸⁴.

Al respecto la Convención es muy clara, y determina que la idea de ningún tipo de distinción incluye: “por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición”, motivos que fueron modulándose e incluyéndose en las sucesivas redacciones dadas al artículo 7⁸⁵.

Por otra parte viene a definirse la prohibición de discriminación entre trabajadores migratorios y sus familiares como la no discriminación entre migrantes distinguidos entre diferentes tipos, esto es, no discriminación entre ellos mismos. Ahora bien, la duda viene a plantearse en cuanto a si esa prohibición de discriminación por nacionalidad se refiere también a la discriminación entre sí de migrantes y nacionales del país en que se hallen. Ciertamente el texto en sí no ofrece la solución y, por ello, autores como Cholewinski⁸⁶ se han atrevido a exponer la posible incompatibilidad de la Convención con regulaciones como el régimen de la

⁸³ UN Doc. A/C.3/41/3, pág. 19, párrafo 111.

⁸⁴ UN Doc. A/C.3/41/3 10 de octubre 1986, pág. 18, párrafo 106.

⁸⁵ En el primer borrador de 1981, aunque ya se planteó desde los inicios el principio de no discriminación, sin embargo no recogía los motivos de convicción, origen étnico, edad, situación económica y estado civil. UN Doc A/36/378, *Measures to Improve the Situation and Ensure the Human Rights and Dignity of All Migrant Workers*, New York, 1981, anexo I, pág. 4.

En el siguiente documento del GTCTM del mismo año 1981, se añadirían origen étnico, edad y estado civil u otra condición como motivos no justificables de discriminación, UN Doc A/C.3/36/10, pág. 10, párrafo 34.

En 1985, se plantearía un interesante debate a raíz de la inclusión del patrimonio como motivo discriminatorio, aunque respecto al primer párrafo del artículo 1 de la Convención y en relación con la terminología a utilizar, puesto que no se llegaba a ningún acuerdo entre las delegaciones en usar “fortuna”, “propiedad” u otra acepción como la que finalmente se adoptó, en consultas informales por deseo expreso de algunos países de que así fuera para no entorpecer la labor del Grupo de Trabajo, UN Doc A/C.3/40/1, pág. 29, párrafos 124-127.

⁸⁶ CHOLEWINSKI, Ryszard, op. cit., pág. 156.

libre circulación en la Unión Europea, que discrimina de acuerdo a la nacionalidad de la persona. En nuestra opinión, la opción resultaría más sencilla: cualquier declaración de derechos más favorable es permitida, por lo que, respetando como punto de partida el contenido de todos los derechos recogidos en la Convención, una discriminación con base en un derecho más ampliamente reconocido sería permisible -siempre y cuando no sea contrario a ningún otro tratado internacional o norma que vincule al Estado-. El sentido teleológico del precepto inclina a tal afirmación y se manifiesta en la inclusión en 1986 de la expresión “de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”⁸⁷. En todo caso, el Estado tiene la obligación de proteger a la persona frente a todo tipo de discriminación y ello genera no pocos debates respecto a derechos, sobre todo políticos, vinculados a la nacionalidad, pues si la fundamentación de tal reconocimiento reside en el vínculo que existe entre la persona y el Estado, tal vínculo podría reconocerse a todas aquellas personas que llevan residiendo durante largo tiempo en el país.

⁸⁷ Se propuso en el mismo lugar la expresión “de acuerdo a la Declaración Universal de Derechos Humanos”. Sin embargo la URSS declaró que sería limitado puesto que la DUDH se había expandido en otros tratados internacionales de derechos humanos que debieran verse recogidos. UN Doc. A/C.3/41/3 10 de octubre 1986, pág. 19, párrafo 107.

CAPÍTULO QUINTO.

**MIGRANTE EN SITUACIÓN IRREGULAR BAJO LA
CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS
TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS
FAMILIARES**

I. Definición de migrante en situación irregular en la Convención

“Artículo 2

A los efectos de la presente Convención:

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”.

“Artículo 4

A los efectos de la presente Convención, el término "familiares" se refiere 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 entre los Estados de que se trate”.

“Artículo 5

A los efectos de la presente Convención, los trabajadores migratorios y sus familiares:

a) 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;

b) Serán considerados no documentados o en situación irregular si no cumplen las condiciones establecidas en el inciso a) de este artículo”.

La Convención recoge en su parte I el alcance y definiciones a efectos del texto que ahí comienza. Son de especial atención en relación a nuestro propósito los artículos 2, 4 y 5 de la Convención, que por ello aquí reproducimos, aunque otros artículos afectan a la propia definición que estudiamos por modificar o eliminar ciertas categorías y definiciones de migrantes o por modular el concepto de irregularidad en uno u otro sentido. Estos últimos serán reproducidos o mencionados en su debido momento; empecemos con aquellos otros preceptos, que, por otra parte, dieron lugar a numerosos debates y pronunciamientos.

Como ya recogíamos en el primer capítulo de este trabajo, coexisten dos partes de la expresión que nos ocupa: la de migrante y la de irregular. Ambas se

configuran negativamente, es decir, excluyendo otras definiciones para determinar la que se considera válida, si bien la de migrante reúne varios conceptos, como seguidamente veremos.

Nos parece que ha lugar, por tanto, a disgregar por partes la configuración de la expresión “migrante en situación irregular” en la Convención, para comprender la creación consecuente y lógica de un estatuto jurídico internacional de migrante en situación irregular. Para ello, comenzaremos nuestro análisis en el orden inverso de la expresión: en primer lugar, por la circunstancia de irregularidad; para, en segundo lugar, llegar en último término al concepto de migrante, de tal modo que podamos construir un concepto jurídico de migrante en situación irregular.

1. La irregularidad como elemento de carácter doblemente negativo

La utilización finalmente en la Convención de la expresión “indocumentado o en situación irregular” proviene de una Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la que establecía que todos los órganos del sistema de la ONU y otras agencias especializadas utilizaran los términos “undocumented migrant workers or in an irregular situation' for those workers that have entered into a country illegally or surreptitiously”¹.

1.1. Definición de irregularidad

El artículo 5 de la Convención establece de manera negativa por doble partida quién se encontrará en situación irregular. En primer lugar, será considerado no documentado o en situación irregular aquel migrante que no cumpla las condiciones establecidas para ser considerado documentado o en situación regular. Tal evidencia

¹ GA Resol. 3449 (XXX) de 9 de diciembre de 1975.

Sin embargo, respecto a esta definición algunas delegaciones sugirieron que se encontraran palabras más adecuadas para reflejar el hecho de que algunos trabajadores no documentados habían entrado en el país de empleo legalmente bajo un visado de turista o de estudiante. A/C.3/37/1, pág. 20, parágrafo 71.

podría ser suficiente y determinada jurídicamente si no fuera porque el segundo elemento negativo se encuentra en la definición de la condición de regularidad -en el apartado a) del artículo 5-: “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”. Es lo que Cholewinski ha venido a denominar una definición ‘subjética’, dejando al derecho del Estado de empleo la determinación de si un trabajador migrante y sus familiares se encuentran o no en situación irregular². Sin embargo, como veremos, las normas internas de los Estados en rara ocasión definen específicamente la entrada o la presencia irregular de una persona, sino que se limitan a definir quien está en situación regular para dejar al resto como potenciales situaciones de irregularidad³.

Dicho esto, será considerada indocumentada o en situación irregular aquella persona que no sea considerada documentada o en situación regular, a su vez por no haber sido autorizada a ingresar, permanecer y ejercer una actividad remunerada de conformidad con las normas aplicables en el Estado de empleo, internas e internacionales. Parece poco adecuado tratar así una cuestión tan seria como es la determinación de la situación administrativa de una persona y las consecuencias que en el reconocimiento de sus derechos tiene, asimismo el hecho de remitir a los ordenamientos nacionales ofrece cierta inseguridad jurídica. Sin embargo, veremos si ambas cuestiones son o no una consecuencia inevitable. El por qué de tal planteamiento de nuestra parte viene del convencimiento de que dejar la resolución de este asunto al fragor de las normas internas -continuamente cambiantes y opuestas entre sí- no ofrece un marco estable para el entendimiento en la arena internacional

² CHOLEWINSKI, Ryszard, *Migrant Workers in International Human Rights Law: Their Protection in Countries of Employment*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pág. 187.

³ Guild habla de ‘illegal entry’ o ‘potentially illegal’, justificando su uso frente al de ‘irregular’ por ser el utilizado por las instituciones de la Unión Europea, GUILD, Elspeth, «Who is an irregular migrant?» en BOGUSZ, Barbara; CHOLEWINSKI, Ryszard; CYGAN, Adam; and SZYSZCZAC, Erika (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, ed. Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pág. 4.

Reiteramos nuestra oposición a tal expresión por errónea y por las asociaciones equivocadas que conlleva y aprovechamos para recordar que sólo haremos uso de la expresión ‘ilegal’ o ‘illegal’ -en inglés- cuando citemos textualmente.

respecto al fenómeno de las migraciones desde una perspectiva jurídica, mucho menos si éstas se producen en condiciones de irregularidad.

La cesión ante las demandas de los Estados respecto a esta definición es evidente. Los Estados miembros del GTCTM no podían admitir en un texto de carácter global y ambición universal que la definición de quien se encuentra en situación regular o irregular en su territorio dependiera de una norma internacional. De ahí que sean las normas del Estado y los acuerdos internacionales en los que dicho Estado sea parte -breve y obvio recordatorio del necesario cumplimiento de las obligaciones internacionales- las que lo establezcan según la propia Convención. En el fondo, lo que el texto reconoce es la ruptura o infracción de las fronteras territoriales que, por definición, supone la migración irregular, esto es, el concepto de irregularidad sólo se entenderá en referencia tanto al componente territorial del principio de soberanía del Estado como a las limitaciones de la soberanía en sí⁴.

Quizá a causa de esta circunstancia nada desdeñable, el presidente del Grupo de Trabajo, en una de sus primeras sesiones, no hizo una referencia directa a la definición de migrante en situación irregular. En lugar de ello dedicó varios párrafos a recalcar la imposibilidad de utilizar la irregularidad como argumento para no respetar los derechos humanos: recordando a los Estados que no podían denegar la validez de los derechos fundamentales y los derechos laborales⁵; estableciendo que los derechos fundamentales son irrenunciables e indivisibles⁶; determinado la protección de los derechos civiles con independencia de la situación migratoria⁷; o afirmando que la irregularidad en la que se encuentre el trabajador no afectará a ningún derecho adquirido por él en el país de destino como consecuencia de una relación de trabajo, derechos que prevalecerán incluso después de salir del Estado, sea voluntaria o involuntariamente⁸. De cualquier modo, la cuestión se

⁴ BOSNIAK, Linda S., «Human Rights, State Sovereignty, and the Protection of Undocumented Migrants under the International Migrant Workers' Convention», en BOGUSZ; CHOLEWINSKI; CYGAN; SZYSZCZAC (eds.), op. cit., pág. 317.

⁵ UN Doc A/36/378, *Measures to Improve the Situation and Ensure the Human Rights and Dignity of All Migrant Workers*, New York, 1981, anexo I, pág. 5, párrafo 13.

⁶ UN Doc A/36/378, anexo I, pág. 5, párrafo 15.

⁷ UN Doc A/36/378, anexo I, pág. 6, párrafo 21.

⁸ UN Doc A/36/378, anexo I, pág. 8, párrafo 36.

planteaba ya como uno de los puntos centrales y críticos de la Convención, pues desde el primer informe del Grupo de Trabajo se hace referencia al “status migratorio”⁹.

Tal es la relevancia que el Grupo de Trabajo acordó proponer en 1982 un artículo 4 con el título “Application to persons who are undocumented or in an irregular situation” -discutido por las delegaciones de Marruecos y Holanda, que entendían que debía ser formulado como una definición-, que establecía lo siguiente:

“(1) Except as otherwise provided, hereafter this Convention is applicable to all migrant workers and members of their families as defined in the preceding articles, even if they are undocumented or are in an irregular situation.

(2) For the purposes of the preceding paragraph, the following are considered as undocumented or in an irregular situation:

(a) In respect of admission and stay, all those who are within the national territory of a country of which they are not nationals and

(i) Have not complied with the formalities and obtained the authorizations required by law for admission to and stay in the country concerned; or

(ii) Having complied with the formalities and obtained the authorizations required by law for admission to and stay in the country concerned, or to fulfil the conditions to which their admission and stay in that country are subject;

(b) In respect of the exercise of a gainful activity, all those who work in a country of which they are not nationals and

(i) Have not complied with the formalities and obtained the authorizations required by law to exercise a gainful activity in the country concerned or

(ii) Having complied with the formalities and obtained the authorizations required by law for the exercise of a gainful activity in the country concerned, exercise a gainful activity for which the said formalities and the authorizations obtained are not or are no longer valid”¹⁰.

⁹ UN Doc A/C.3/35/13, *Measures to Improve the Situation and Ensure the Human Rights and Dignity of All Migrant Workers*, New York, 1980, anexo V, pág. 3.

¹⁰ A/C.3/37/1, pp. 25-26, párrafo 90.

Como apreciamos, esta primera definición elaborada incluía la cuestión de entrada y estancia así como la relacionada con el empleo dentro de la concepción de irregularidad. De hecho era tan amplia la definición que no sólo incluía el no cumplimiento con las normas y las formalidades -trámites, a su efecto- y no obtención de las autorizaciones correspondientes para entrar, estar y trabajar, sino también el incumplimiento por no reunir las condiciones de estancia o del trabajo realizado. Esto es, se ofrecía un marco muy extenso de irregularidad, que, de hecho, podía ‘condenar’ a esta circunstancia a una gran parte de los migrantes dada la volatilidad de las normas de extranjería en los ámbitos normativos que conocemos y de las situaciones que en este marco se generan. La unión de los hechos de entrada, estancia y empleo fue subrayada por varios países con el fin de enfatizar la necesidad de ligar el empleo y dejar claro que la Convención concernía únicamente a los trabajadores migratorios, y no a todos extranjeros¹¹.

Las excepciones provistas en sentido diferente, que permitían las primeras palabras de la propuesta, fueron rechazadas por varios miembros del Grupo de Trabajo para que fuera utilizada una expresión más clara para referirse a la aplicación de la Convención a todos los migrantes, tanto documentados o indocumentados. Otras delegaciones, como la holandesa y la belga, propondrían centrarse en la definición de migrante documentado -“regular or documented migrant workers”-, para definir al migrante indocumentado *a sensu contrario*¹².

La complejidad del concepto en sí mismo y de una definición que la mayoría pudieran acordar obligó a posponer una decisión sobre el texto con el fin de mantener consultas informales entre las delegaciones del Grupo de Trabajo¹³. Las propuestas de definición fueron múltiples, por lo que en la tabla inferior recogemos

¹¹ A/C.3/37/1, pág. 27, párrafo 94. Entre otros, Estados Unidos de América defendería ese enlace entre la presencia y el trabajo determinando la aplicación a “all persons who are present and employed within the national territory”, afirmando que no debía aplicarse a “all foreign nationals” -extraña expresión para denominar a las personas extranjeras-.

¹² A/C.3/37/1, pág. 26, párrafo 93.

¹³ De hecho las consultas fueron tanto informales como formales por numerosas delegaciones como los propios informes del Grupo de Trabajo reflejan, véase UN Doc. A/C.3/38/5, *Report of the Open-Ended Working Group on the Elaboration of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, New York, 1983, pág. 23, párrafos 74 y ss. En concreto, respecto a los artículos 2 y 4 se ocuparon diversos informes y documentos de trabajo, como los ya referidos A/33/378 o A/C.3/36/WG.1/CRP.1

las más relevantes o que ofrecían nuevas aportaciones a lo ya recogido por el Grupo de Trabajo. Esas discusiones se llevaron a cabo durante los meses sucesivos y en el informe presentado por el Grupo de Trabajo el año siguiente, 1983, ya ofrecía un artículo más conciso y similar al definitivo artículo 5 de la Convención. En realidad, la mayor diferencia, de nuevo, con la redacción final era la terminología, pues aquel documento se refería a los migrantes como documentados si “poseían la autorización requerida respecto a la admisión, estancia y actividad económica” y, sin embargo, se hacía la referencia al marco normativo en la definición negativa de “migrante en situación irregular” entendiéndolo a éste como aquel que “no posee las autorizaciones requeridas por ley del Estado en cuyo territorio se encuentra en relación a la admisión, estancia o actividad económica, o si cesa de cumplir con las condiciones para las cuales su admisión, estancia o actividad económica están sujetas”¹⁴.

La aproximación a la definición final incluida en el artículo 5 se produciría en las siguientes sesiones, en especial durante el año 1984. El texto del artículo, entonces artículo 4, era el siguiente:

“For the purposes of this Convention, migrant workers and members of their families, as defined in the preceding articles:

(a) Are considered as documented or in a regular situation [lawful status] if they have been granted the requisite permanent or temporary authorizations in respect of admission, [duration of] stay and employment [or economic activity];

(b) Are considered as non-documented or in a irregular situation [unlawful status] if they have not been granted the authorizations of the State in whose territory they are, that are required by law in respect of admission, [duration of] stay or employment [or economic activity] or if they have failed [except for reasons beyond their control to comply with the conditions to which their admission, [duration of] stay or employment [or economic activity] are subject”.

Este precepto se discutiría durante esas sesiones proponiendo modificaciones por parte de las diferentes delegaciones y del propio presidente del Grupo de Trabajo. Éste preguntó al representante de Estados Unidos de América si insistía en mantener las expresiones “lawful status” y “duration of” como textos alternativos. A lo que esta delegación respondió aceptando eliminar tales sugerencias y también “as

¹⁴ A/C.3/38/5, pág. 22, parágrafo 72. Traducción propia.

defined in the preceding articles” de la introducción del artículo. Sin embargo insistió en que consideraba redundante la utilización de “non-documented” y de “in an irregular situation”. El Grupo de Trabajo no aceptó esta última propuesta pues tal y como recordó y explicó su Presidente estas acepciones debían ser utilizadas como pidió la Asamblea General en su Resolución 3449 (XXX) de 9 de diciembre de 1975. Además de relevante, es preciso y apropiado recordar aquí de nuevo que tal Resolución pedía a los órganos y agencias especializadas de las Naciones Unidas que utilizaran en todos sus documentos oficiales ambos términos para definir a aquellos trabajadores que “ilegal” o subrepticamente habían entrado en otro país para obtener trabajo¹⁵.

Las delegaciones delimitaron cada vez más las definiciones propuestas y entre estas delimitaciones cabe destacar la propuesta de Australia de cambiar las palabras “permanent or temporary” por “hold a valid authorization”, expresión más cercana al verbo “are authorized”¹⁶. También es reseñable la propuesta finlandesa de diferenciar los migrantes documentados como aquellos que están legalmente autorizados a la admisión, la estancia y el empleo, frente a los migrantes indocumentados sin dicha autorización. Esta propuesta surge de subrayar la problemática que pudieran afrontar los países miembros del Mercado Común Nórdico -Nordic Common Market-, donde no existe un permiso individual de trabajo o residencia para los nacionales de aquellos Estados miembros. Sin embargo, en seguida encontraría posiciones encontradas, como el representante de Túnez que, sin oponerse frontalmente, encontraba la definición propuesta superflua y de complicada interpretación¹⁷. En cualquier caso, ese supuesto sería tenido en cuenta y finalmente recogido en el definitivo artículo 5.a *in fine*, que en un primer momento se situaría bajo la denominación de “obligaciones internacionales”¹⁸, ya cercano el consenso sobre la definición de la situación de regularidad o irregularidad, y finalmente como “acuerdos internacionales” en los que el Estado sea parte, modificación hecha a

¹⁵ UN Doc. A/C.3/41/3, pág. 11, parágrafo 56.

¹⁶ UN Doc. A/C.3/41/3, pág. 12, parágrafo 60.

¹⁷ UN Doc. A/C.3/41/3, pp. 12-13, párrafos 64-65.

¹⁸ UN Doc. A/C.3/41/3, pág. 13, parágrafo 68.

propuesta del representante de la URSS y aceptada por el Grupo de Trabajo¹⁹. De tal modo se redactó el definitivo artículo 5 en esas sesiones de trabajo de 1986, tras diversas reuniones, discrepancias y propuestas, quedando recogido en el párrafo 72 de la página 14 del documento referido²⁰.

La oposición entre estos apoyos a una definición más amplia de trabajador migrante y la inclusión de los derechos humanos de aquellos que se encuentran en situación irregular y aquellas otras posiciones más restrictivas quedaron reflejadas en los documentos del Grupo de Trabajo que redactó la Convención. En la tabla que hemos creado con las definiciones, referencias y comentarios más relevantes, no hemos podido recoger todas y cada una de las anotaciones recogidas en los documentos, por su cantidad y porque, en algunos casos, suponen repeticiones de argumentaciones ya defendidas por los Estados y sus delegaciones. Sin embargo, anotamos las consideradas imprescindibles para una mejor comprensión de los objetivos propuestos por parte de las delegaciones y del Grupo de Trabajo, así como para comprender la ‘agenda oculta’ revelada tras la aprobación del texto y su tardía entrada en vigor.

Así, por ejemplo, Estados Unidos de América, Holanda, Alemania o Dinamarca, principalmente, pueden considerarse el eje duro de la visión más restrictiva de derechos y de la concepción misma del fenómeno migratorio y su regulación. Otros países, curiosamente, brillaron por su ausencia, como es el caso del Reino Unido. Los Estados del MESCA -Mediterráneo y Escandinavia, con la excepción de Dinamarca- representaron la visión pragmática, incluso utilitarista, de la migración. Mientras que los países de origen de todas las regiones defendieron un concepto de migrante y de inclusión de derechos mucho más protectora y conforme con el propósito del documento inicial que encargaba la redacción de una Convención internacional sobre los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares. Entre estos últimos países cabe destacar, por el contenido de sus propuestas, a México, Marruecos, India, Yugoslavia y, en menor medida, Argentina y Turquía.

¹⁹ UN Doc. A/C.3/41/3, pág. 13, párrafo 70.

²⁰ UN Doc. A/C.3/41/3, pág. 14, párrafo 72.

Tabla 1. Definición de irregular en el Grupo de Trabajo

Estado-s u organismo	Expresión utilizada y definición aportada
Canadá	<p><i>Unauthorized migrant worker</i>: means a migrant worker “who is not authorized by the jurisdiction in which he is engaged in employment to engage in that employment”²¹</p> <p>Posteriormente sugirió la expresión “migrant workers in an irregular situation”²²</p>
Suecia	<p><i>Unauthorised (undocumented) migrant workers</i>²³: “any person who, without having been authorised thereto, has been employed in the territory of a State, other than that of which he is a citizen”²⁴</p>
Holanda, Bélgica	<p><i>Undocumented migrant worker</i></p> <p>Sería definido <i>a sensu contra</i>, como aquel que no se encontraba en situación regular: “migrant workers who fulfil the conditions to which the country of employment has subjected the granting of the authorization of the exercise of a gainful activity”²⁵</p> <p>Holanda propondría que para estar en situación regular se cumplieran las normas del Estado de empleo en cuanto a entrada y estancia, se hubiera obtenido la autorización para trabajar requerida por las normas de ese país y no hubiera dejado de cumplir ninguna de las condiciones recogidas en las normas previamente mencionadas²⁶</p>
Estados Unidos de América	<p><i>Undocumented or in an irregular unlawful situation</i></p> <p>Este país sería uno de los firmes defensores de la unión de la presencia (como entrada, estancia e incluso tránsito) y el empleo en el país de destino para considerar a un migrante sujeto de la Convención²⁷</p>
Francia	<p><i>Migrant worker in an irregular situation or member of his family in an irregular situation</i>: means, “as appropriate, any person considered as such by one or all of the relevant laws and regulations of the state of employment concerning admission, stay or employment”²⁸</p>
India	<p><i>Migrant workers and members of their families undocumented or in an irregular situation</i>: “All those who are within the national territory of a State of which they are not nationals and who have not complied with the laws and regulations of the State of employment</p>

²¹ UN Doc A/36/378, anexo VIII, pág. 1.

²² UN Doc A/36/378, anexo XII, pág. 8, parágrafo 43.

²³ UN Doc A/36/378, anexo IX, pág. 1.

²⁴ UN Doc A/36/378, anexo XIII, Corrigendum, pág. 2. Ésta es, propiamente, una definición de trabajador migrante, si bien es la referencia clara que realiza Suecia al trabajador migrante en situación irregular.

²⁵ A/C.3/37/1, pág. 26, parágrafo 93.

²⁶ A/C.3/37/1, pág. 28, parágrafo 101.

²⁷ A/C.3/37/1, pág. 27, parágrafo 98.

²⁸ A/C.3/37/1, pág. 28, parágrafo 100.

	concerning admission, stay and work or ceased to fulfil the conditions provided in such laws and regulations” ²⁹
MESCA	<i>Migrant workers and members of their families undocumented or in an irregular situation</i> : “they do not possess the authorizations of the State in whose territory they are that are required by law in respect of admission, stay or economic activity, or if they cease to fulfil the conditions to which their admission, stay or economic activity are subject” ³⁰
Dinamarca	<i>Illegal migrant worker</i> ³¹
Colombia	<i>Undocumented migrant worker</i> en términos similares a la Decision 116 setting the Andean Labour Migration instrument: “any national of a member country who engages in lawful activities on his own account or under any other kind of contract of employment, in the territory of another member country, without proper official or travel documents which vouch for his nationality and legal residence in another member country” ³²
Finlandia	<i>Undocumented migrant worker</i> . Propuesta de artículo: “For the purpose of this Convention, migrant worker and members or their families: (a) Are considered; (i) As documented if they are lawfully entitled to admission, stay and employment; (ii) As non-documented without any such authorization” ³³

Fuente: Trabajos Preparatorios del GTCTM. Elaboración propia.

No obstante, cabe adelantar, que el criterio que repetía no desvincular la irregularidad de la entrada, la estancia y la actividad remunerada conjuntamente -tal y como finalmente se aprobó en el artículo 5 de la Convención- evidentemente condiciona a la no autorización para las tres circunstancias. Por esto mismo, nos parece un criterio erróneo por cuanto dificulta la propia definición de quién se encuentra en situación regular o irregular al exigir la concurrencia de las tres autorizaciones. Es lo que Çinar, Gächter y Waldrauch han denominado las tres fuentes de la ilegalidad -“three sources of illegality”, ilegalidad entendida respecto a

²⁹ A/C.3/37/1, pp. 28-29, párrafo 103.

³⁰ Contenido de la propuesta del MESCA A/C.3/38/WG.1/CRP.5, documento recogido en UN Doc A/C.3/39/1, *Report of the Open-ended Working Group on the Elaboration of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, New York, 1984, pág. 31, párrafo 98.

³¹ UN Doc A/C.3/39/1, pág. 32, párrafo 102.

³² UN Doc A/C.3/40/1, *Report of the Open-ended Working Group on the Elaboration of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, New York, 1985, pág. 32, párrafo 139.

³³ UN Doc. A/C.3/41/3, pp. 12-13, párrafo 64.

los actos de entrada, residencia y empleo³⁴. La necesaria combinación conjunta de los tres hechos es la denominada por los autores ‘proper illegality’. La combinación de estas situaciones puede ser múltiple, las circunstancias de entrada, residencia y empleo son independientes y dan lugar a diferentes tipos de circunstancias.

Sin embargo, en nuestra opinión, la actividad remunerada irregular no condiciona la situación de irregularidad, o no debiera hacerlo -ya que en algunos países así se considera-, por cuanto únicamente implica una relación privada -entre empleador y empleado- que infringe una norma, sea esta norma en relación a los permisos de trabajo -normas administrativas- o sea en relación cotización a la seguridad social u otras cuestiones laborales -normas laborales-, por ejemplo, como ocurre con muchas personas -incluyendo nacionales del Estado de empleo- en la economía sumergida. La única circunstancia que condiciona definitivamente la irregularidad, del modo en que nos acercamos a ella, es la residencia. Dado que toda entrada irregular puede ser regularizada posteriormente, para entender que existe la irregularidad una persona debe haber entrado en el territorio y permanecer en situación irregular para considerarse en tal situación. Por el contrario, puede haber entrado en el país de manera regular, pero encontrarse de manera irregular, se trata de la irregularidad sobrevenida a la que haremos referencia más adelante. Por último, y como circunstancia muy especial, puede darse el caso en que no se produzca entrada de la persona, por nacer en el territorio del país en cuestión pero por las circunstancias personales de los progenitores no acceder al status regular inmediatamente con el nacimiento. El resto de combinaciones posibles aquí referidas o que las normas internas con su mutabilidad e inconstancia dan lugar a otro tipo de situaciones irregulares o ilegales pero no a la situación administrativa irregular del migrante.

Por otra parte, consideramos erróneo esa necesaria conjunción de los tres hechos referidos también porque amplía -de manera algo vaga, además- el concepto

³⁴ Los autores elaboran una tabla de considerable interés sobre los tipos de ‘ilegalidad’, en la que combinan las tres fuentes y que da lugar a múltiples resultados. Véase ÇINAR, Dilek; GÄCHTER, August; WALDRAUCH, Harald (eds.), *Irregular Migration: Dynamics, Impact, Policy Options*, Vienna, European Centre for Social Welfare Policy and Research, 2000, pp. 11-12.

de irregularidad, pues se entiende que al no cumplir con una sola de las autorizaciones referidas, sea la de entrada, la de estancia o la de empleo - “autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada” dirá la versión española de la Convención-, será considerada ya una situación de irregularidad. En este aspecto, no estamos entrando a valorar el estatuto jurídico que ha podido crearse en el marco de la Convención, que es a lo que dedicaremos el apartado II de este capítulo quinto, sino el ámbito del concepto de irregularidad para que una persona caiga en su definición. Partiendo de la premisa que la situación de irregularidad condiciona un catálogo de derechos humanos más limitado y restrictivo, no podemos menos que criticar la laxitud de su aplicación.

Por último, en tercer lugar, es equivocado, en nuestra opinión, limitar la aplicación de la Convención únicamente a los trabajadores migrantes, puesto que entendemos que hubiera de ser aplicada a todos los migrantes permitiendo así una mejor y más clara protección de este grupo de personas vulnerable a las violaciones de derechos humanos. Entendemos así que hay colectivos que quedan al margen de este, ya de por sí aminorado³⁵, concepto jurídico. Es el caso, por ejemplo, de aquellas personas que pudieran ser consideradas refugiadas pero que se encuentran en situación irregular porque no se les reconoce tal estatuto ni tampoco se les permite resolver su situación administrativa y que, dicho sea también, en numerosas ocasiones no pueden volver a sus países de origen por las circunstancias políticas, raciales, religiosas o de violencia que allí se producen³⁶. El problema fundamental para amparar a todas las personas que se encuentren en situación irregular con este mínimo reconocimiento de derechos humanos se encuentra en el artículo 3 de la

³⁵ Cfr. CHOLEWINSKI, R., 1997, op. cit., pág. 187. Cholewinski defiende que la Convención realmente protege a la mayoría de migrantes en situación irregular [el autor habla de ‘illegal immigrants’] en el territorio de un Estado parte, con la excepción de aquellos que han sobrepasado su autorización de visado y no están trabajando y aquellos que no entran en la definición de familiares de acuerdo con al Convención. Véase también, BOSNIAK, Linda S., «Human Rights, State Sovereignty, and the Protection of Undocumented Migrants under the International Convention for the Protection of Migrant Workers and Members of Their Families», *IMR*, Vol. 25 (4), Center for Migration Studies of New York, 1991, pág. 740.

Como veremos al estudiar la definición de trabajador migratorio y de familiares en la Convención, bajo esta explicación, la limitación sería mucho mayor, pues, si estamos de acuerdo en que aquellas personas que no entran en las definiciones aplicables al amparo de la Convención no quedan protegidas por ésta, todas aquellas que se encuentren en situación irregular tampoco lo estarán.

³⁶ BOSNIAK, Linda S., en BOGUSZ; CHOLEWINSKI; CYGAN; SZYSZCZAC (eds.), op. cit., pág. 317.

Convención. Según este precepto, aquellas personas excluidas expresamente del texto lo serán con independencia de su situación administrativa. Y en este caso, nos remitimos al subapartado 2.3 sobre categorías excluidas de este apartado I para su concreción, nos encontramos con algunos grupos vulnerables de migrantes, como las ya mencionadas personas refugiadas, las apátridas o los estudiantes o personas con contratos de formación. Partiendo de ese problema fundamental, lo más grave resulta ser que, con mayor o menor suerte, muchas personas ni siquiera tendrán conocimiento de su situación administrativa³⁷ y, por tanto, de los derechos humanos que le son reconocidos en el Estado en el que se encuentre.

1.2. Cuestiones conexas

Definir la acepción de irregularidad es una cuestión aparentemente necesaria por cuanto la soberanía del Estado impone sus prerrogativas para justificar su propia existencia, esto es, fuerza la definición de uno de sus elementos fundamentales, la población. De ahí que la posibilidad de ser o llegar a ser migrante en situación irregular dependa del marco legal específico de un país y el ‘nivel de ejecución del derecho’ define el alcance en que la irregularidad ocurre³⁸. Sin embargo, la concepción actual de soberanía ha cambiado, así lo entendemos y abordaremos, y la remisión al ordenamiento nacional presenta ciertas cuestiones que a continuación presentamos.

En primer lugar, las normas internas reguladoras del fenómeno migratorio cambian, y lo han hecho con frecuencia en las últimas décadas -claro ejemplo de ello es el caso español-³⁹. La inestabilidad de las normativas ofrece una inseguridad jurídica respecto a quién es considerado regular o irregular y a qué derechos posee como titular. Son los Estados los que construyen jurídicamente un estatuto de

³⁷ GROENENDIJK, Kees, en BOGUSZ; CHOLEWINSKI; CYGAN; SZYSZCZAC (eds.), op. cit., xviii.

³⁸ ÇINAR; GÄCHTER; WALDRAUCH (eds.), op. cit., pág. 11.

³⁹ Basta ver el encabezado de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Esta ley ha sido modificada, como el título de su versión consolidada indica, por las Leyes Orgánicas 8/2000, 11/2003, 14/2003, 2/2009, 10/2011 y 4/2013, RD-Ley 16/2012 y STC de 31 de enero de 2013.

migrante en situación irregular y son ellos mismos los que lo reforman, eliminan o generan de nuevo sin tener en cuenta cuestiones personales que van más allá de la mera tenencia de “papeles”. Es por tanto la noción de irregularidad una noción inestable.

Pero, en segundo lugar, no es menos cierto que estas normas a menudo contradicen mandatos anteriores. Ello es debido, por ejemplo, a cambios gubernamentales -en los que cambia el ‘color’ del partido gobernante o su representación en la o las cámaras legislativas⁴⁰-, y en tal caso la inseguridad jurídica crece debido fundamentalmente a la falta de consenso. Las normas, de este modo, envían a la irregularidad a las personas por el detalle de haber modificado algún aspecto de la norma. Queda patente con este hecho que es la ley la que -mediante nueva regulación, reforma o derogación- construye un estatuto de migrante en situación irregular, aun cuando así contradiga lo dicho en la misma norma inmediatamente antes. Se evidencia igualmente, con más claridad en el derecho migratorio que en otras disciplinas, el divorcio del derecho frente al hecho. Sin embargo, esta es una cuestión ambiciosa que queda fuera de nuestro objetivo principal.

Por último, en tercer lugar, se nos presenta la cuestión de cómo casar normas tan divergentes en los diferentes países. El hecho de que frecuentemente los ordenamientos nacionales establezcan criterios opuestos entre sí respecto a la irregularidad impide una aproximación a una noción válida universalmente, salvando la remisión que a ellos hace la Convención, lo cual no impide que siga indefinida desde una perspectiva internacional. La respuesta a esta falta de acuerdo es que en los escasos ejemplos de acercamientos -caso de la Unión Europea⁴¹- el resultado es siempre de restricción de derechos y de creciente dificultad a la hora de reconocerlos.

⁴⁰ De nuevo el ejemplo español es adecuado para mostrar tal hecho: En enero del año 2000 se aprobó la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, bajo gobierno del Partido Popular, pero con el consenso de varios grupos parlamentarios, entre ellos el partido mayoritario de la oposición, el Partido Socialista Obrero Español. Ese mismo año hubo elecciones con el resultado de mayoría absoluta para el partido que gobernaba y en diciembre del año 2000, apenas superados los 11 meses de vigencia, el Partido Popular reformó la LO 4/2000.

⁴¹ La progresiva armonización comunitaria respecto a cuestiones de Interior y Justicia ha llevado, a su vez, a la progresiva generación de un ordenamiento comunitario respecto a la inmigración y al asilo. Este creciente marco pretende, entre otros objetivos, armonizar los ordenamientos nacionales. Si bien ello se realiza generalmente mediante el mínimo común denominador.

La oposición entre ordenamientos lleva inevitablemente pues a condicionar el disfrute de derechos humanos si un acercamiento internacional es lo que pretendiéramos. Muestra de ello son los debates al respecto, como podemos apreciar en el estudio de los trabajos preparatorios de la Convención, que han ido dirigidos a limitar lo menos posible la soberanía de los Estados y, en tal sentido, se ha antepuesto esta prerrogativa a cualquier posibilidad de una mayor concesión de derechos humanos a los migrantes en situación irregular.

Por otra parte, retomando el artículo 5 de la Convención, ha de tenerse presente que los migrantes 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”. El precepto es, de manera sorpresiva, muy claro en este aspecto. Sólo cumpliendo todos los requisitos respecto a autorizaciones en él referidos podrá encontrarse en situación regular cualquier persona que migra. En nuestra opinión la confluencia de los requisitos de visado de entrada, autorización de estancia o residencia y autorización de trabajo⁴² tienen un fin concreto. Este fin no es otro que comprender en la situación de irregularidad a la persona que obteniendo la entrada o la estancia legal en el territorio de un país no tiene el permiso para trabajar. Y que éste sea el sentido del texto es consecuencia, indudablemente, de una demanda de ciertos Estados de destino o inmigración y de la determinación del sujeto de la Convención como trabajador inseparable de condición de migrante. Pues el caso contrario, el hecho de que la persona obtuviera la autorización de trabajo sin poseer el visado de entrada ni la autorización de residencia es, en el ámbito normativo que mejor conocemos, una práctica normativa inexistente⁴³.

Teniendo esto presente, consideramos, como ya hemos avanzado, que la autorización de residencia -o estancia- es la que determina, en ocasiones en conjunción con la entrada irregular aunque no necesariamente, la situación de irregularidad.

⁴² Utilizamos la terminología recogida en la normativa española, por ser la más próxima y a la que hacemos referencia en más ocasiones en nuestro trabajo.

⁴³ Entre las múltiples posibilidades que recoge la tabla de Çinar, Gächter y Waldrauch tampoco hay ninguna en la que el empleo sea regular y la entrada y la estancia irregulares, en ÇINAR; GÄCHTER; WALDRAUCH (eds.), op. cit., pág. 11.

Hacemos un paréntesis para recordar que en la terminología jurídica europea, comunitaria, estancia es el término comúnmente utilizado de acuerdo con el acervo Schengen⁴⁴. Sin embargo, en el ámbito normativo del Consejo de Europa se utilizan las expresiones ‘permiso de trabajo’ y ‘permiso de residencia’⁴⁵ y en la normativa

⁴⁴ Convenio para la aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990.

En realidad el término “estancia” es utilizado más junto con la expresión “ilegal”, mientras que el término “residencia” está ligado a la autorización de residencia:

- Illegal stay: “Means the presence on the territory of a Member State, of a third-country national who does not fulfil, or no longer fulfils the conditions of entry as set out in Article 5 of the Schengen Borders Code or other conditions for entry, stay or residence in that Member State”. Esta definición es dada de acuerdo con el artículo 3.b de la Directiva 2008/115/CEE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal (DOUE de 24 de diciembre de 2008).

- Residence permit: “Means any authorisation issued by the authorities of a Member State allowing a third country national to stay legally in its territory, in accordance with the provisions of Article 1(2)(a) of Council Regulation (EC) No 1030/2002 of 13 June 2002 laying down a uniform format for residence permits for third country nationals”. Esta definición es dada de acuerdo con la Directiva 2003/86.

Ambas definiciones son recogidas en el EMN Glossary. Asylum and Migration Glossary - A tool for better comparability -, European Migration Network, July 2009. Disponible en <http://emn.sarenet.es>.

⁴⁵ Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante:

“Artículo 8. Permiso de trabajo

1 Cada Parte Contratante que admita a un trabajador migrante para que ocupe un empleo remunerado, le otorgará o renovará (salvo en caso de dispensa) un permiso de trabajo en las condiciones previstas en su legislación.

2 Sin embargo, un permiso de trabajo otorgado por primera vez no podrá, por regla general, vincular al trabajador al mismo empleador o a la misma localidad por un período superior a un año.

3 En caso de renovación del permiso de trabajo del trabajador migrante, este permiso debería tener, por regla general, una duración de al menos un año, siempre y cuando la situación y evolución del mercado del trabajo lo permitan.

Artículo 9. Permiso de residencia

1. Cada Parte Contratante otorgará, si su legislación nacional lo exige, un permiso de residencia a los trabajadores migrantes que hayan sido autorizados a ocupar un empleo remunerado en su territorio, de conformidad con las condiciones previstas en este Convenio.

2. El permiso de residencia se otorgará, según las condiciones previstas en la legislación nacional, y se renovará, si fuera preciso, por una duración igual, por regla general, a la del permiso del trabajo. Cuando no se haya determinado la duración del permiso de trabajo, el permiso de residencia será, en general, otorgado y si fuera preciso renovado, por un período de al menos un año. Se otorgará y renovará gratuitamente o contra pago, únicamente, de los gastos administrativos.

3. Las disposiciones de este Artículo se aplicarán, asimismo, a los miembros de la familia del trabajador migrante autorizados para la reagrupación familiar de conformidad con el Artículo 12 de este Convenio.

4. Si el trabajador migrante ya no desempeña un empleo, bien por incapacidad temporal para trabajar a consecuencia de una enfermedad o de un accidente, bien por encontrarse en paro involuntario, debidamente comprobado por las autoridades competentes, estará autorizado, en virtud de las

española existe una diferencia entre estancia y residencia: “Los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia o residencia”⁴⁶, la primera permite la “permanencia” por menos de 90 días o para la admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado - si bien, como veremos, estas circunstancias no entrarán en el ámbito de protección de la Convención- y la segunda permite la “residencia” por más de 90 días.

En definitiva, en el mismo sentido que anotamos se inclina la legislación española y la europea⁴⁷, cuyas normas hacen referencia siempre a la entrada y

disposiciones del Artículo 25 de este Convenio, a permanecer en el territorio del Estado de acogida por un período que no debería ser inferior a cinco meses. Sin embargo, ninguna Parte Contratante estará obligada en el caso mencionado en el apartado anterior, a autorizar al trabajador migrante a permanecer en su territorio por un período que exceda de la duración del pago del seguro de desempleo.

5. El permiso de residencia, otorgado de conformidad con las disposiciones de los párrafos 1 a 3 de este Artículo, podrá ser retirado:

- a) por razones de seguridad nacional, orden público o moralidad.
- b) si el titular se niega, después de haber sido debidamente informado de las consecuencias de tal negativa, a conformarse a las medidas prescritas para él por una autoridad médica oficial, con el objeto de proteger la salud pública.
- c) si no concurre una condición esencial para su concesión o validez. Cada Parte Contratante se compromete, sin embargo, a asegurar a los trabajadores migrantes cuyo permiso de residencia haya sido retirado, un derecho de recurso efectivo, conforme al procedimiento previsto por su legislación, ante una autoridad judicial o administrativa”.

⁴⁶ Artículo 29 de la LOEX. La última reforma de la LOEX en 2009 lo determina claramente en su artículo 25 al diferenciar el visado de estancia, el de residencia y el de residencia y trabajo, cuyas respectivas situaciones son definidas en los artículos siguientes.

La estancia es “la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a 90 días” - artículo 30 LOEX-, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 33, que considera también estancia la admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado.

La residencia tiene una definición muy particular: “Son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir” -artículo 30.bis apartado 1 LOEX-. La residencia podrá ser temporal o de larga duración -ésta sustituye a la residencia permanente adaptando de este modo la legislación española a la normativa europea, en concreto la Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre, de 2003, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DOUE de 23 de enero de 2004)-. La residencia temporal es la situación que autoriza a permanecer en España por un período superior a 90 días e inferior a cinco años -artículo 31 LOEX-. Mientras que la de larga duración -anterior residencia permanente en la normativa española- autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles -artículo 32 LOEX-.

⁴⁷ Así se expresan, por ejemplo, la Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (DOCE L 328 de 5 de diciembre de 2002); o la Directiva 2008/115/CEE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal (DOUE de 24 de diciembre de 2008).

estancia ilegales para referirse a los migrantes en situación irregular -inmigrantes o extranjeros ilegales en la terminología de ambos ordenamientos-, y dejando la cuestión del trabajo irregular como un asunto que forma parte de la normativa laboral interna y en la que pueden encontrarse, de hecho, los propios nacionales del Estado de empleo.

Y es más esta última referencia al ámbito laboral la que nos motiva a determinar que irregular es la entrada y/o la estancia con independencia de poseer la autorización para trabajar. El motivo fundamental es que es precisamente en el ámbito laboral y el económico donde se definen qué son “trabajo irregular” y “economía sumergida”, teniendo como sujetos a todos los trabajadores y empleadores con independencia de su nacionalidad o situación administrativa. Por un lado, no es una cuestión que afecte a la soberanía del Estado como el tratamiento de la cuestión migratoria en sí mismo lo hace, pues la existencia de economía sumergida no tiene que ver con el control de fronteras sino con el control de la explotación laboral y el abuso que ejercen ciertos empresarios o empleadores contra los trabajadores, sean éstos migrantes o nacionales del Estado en que se encuentran. Por otro lado, en este asunto pueden participar, como acabamos de adelantar, tanto nacionales del Estado de acogida, en el que se trabaja, como extranjeros. Por lo que entendemos no debe ser considerada una infracción del ámbito de la extranjería sino una infracción laboral, de carácter transversal en lo que respecta a la nacionalidad. Por todo ello, nos inclinamos a considerar una extralimitación la definición recogida en el apartado primero del artículo 5, esto es, la idea de que para considerar que una persona se encuentra documentada o en situación regular se le exige obtener permiso para entrar, residir y trabajar conjuntamente.

Otro punto directamente relacionado con éste es el de la inclusión de la irregularidad sobrevenida. Según Bosniak tampoco estarían incluidos, aunque son migrantes en situación irregular aquellos que sobrepasaron su autorización pero que no están trabajando⁴⁸ -aunque previamente la autora defiende la protección de todos migrantes que en algún momento han ejercido una actividad remunerada bajo el artículo 2.1 y tal exposición de ideas genera cierta confusión-. Consideramos errónea

⁴⁸ BOSNIAK, Linda S., op. cit., pág.740.

tal interpretación, como ya expusimos en el apartado III del capítulo cuarto al reseñar los objetivos principales de la Convención en relación con la migración irregular.

En primer lugar, entendemos que sobrepasar la autorización se refiere más bien a sobrepasar el período para el que la autorización fue concedida, en los términos en que se entiende la irregularidad sobrevenida. Dicho esto, que resulta obvio, nos sorprende asimismo el porqué ha de darse la circunstancia de no estar trabajando para no entrar en la definición de migrante en situación irregular. Si en cualquier momento previo trabajó o preveía hacerlo debiera ser considerado migrante irregular en el mismo sentido que la autora se refería al precepto 2.1 de la Convención. No queda muy claro en nuestra opinión por qué no deben ser considerados bajo la protección de la Convención estas personas que se encuentran en situación irregular debido a una circunstancia sobrevenida, esto es, no esperada y que en cualquier caso no elimina el hecho consumado de haber trabajado ya en el país de destino, con independencia de que en el momento presente no trabaje. El resultado de tal concepción sería condenar al limbo jurídico a estas personas, pues no serían protegidas por la Convención y quedaría al arbitrio de los Estados la posibilidad de concederles ciertos derechos. Por tanto, su estatuto y la condición que de él dependería no sería más o menos beneficioso, simplemente no existiría al no reconocérsele como persona en situación irregular, pero evidentemente tampoco en situación regular.

Por otra parte, la Convención muestra su empeño en evitar la situación de irregularidad de las personas, por la vulnerabilidad que genera entre otras razones, y de ofrecer cauces para una migración regular. Así, el artículo 51 de la Convención - dentro de aquellos preceptos dedicados a los migrantes en situación regular- hace clara referencia a las obligaciones de los Estados para con aquellos trabajadores que cesen en su actividad remunerada o que no puedan elegir libremente ésta⁴⁹.

En nuestra opinión, la intención es buena por cuanto pretende evitar aquellos casos en que perdiendo el puesto de trabajo el trabajador migrante necesariamente no

⁴⁹ El artículo 51 se basa en una propuesta revisada, realizada por el MESCA, en UN Doc A/C.3/43/1, *Report of the Open-ended Working Group on the Drafting of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, New York, 1988, pág. 12, párrafo 54.

deba perder su autorización para trabajar y residir por el plazo que todavía no ha expirado. Resulta lógico al no depender del trabajador todos los condicionantes que se producen en una relación laboral. Sin embargo, consideramos que es contradictorio establecer una excepción precisamente para aquellos “casos en que la autorización de residencia dependa expresamente de la actividad remunerada específica para la cual hayan sido aceptados”, por dos motivos: en primer lugar, porque la autorización de trabajo debiera presuponer siempre la autorización de residencia y, por ello, ningún trabajador migrante que cese en su actividad remunerada debe encontrarse en situación de irregularidad sin más, pues la autorización de residencia es condición *sine qua non* de la de trabajo; en segundo lugar, porque condicionar la autorización de trabajo a un ámbito laboral concreto reduce ya de por sí las posibilidades de encontrar empleo, si automáticamente condenamos a tales trabajadores a la situación de irregularidad, únicamente se generará un ‘círculo vicioso’ del que resultará difícil salir⁵⁰. En estos casos, debiera ofrecerse la formación laboral complementaria dentro de programas públicos de empleo como vía para poder buscar otros empleos o facilitar la búsqueda dentro de su actividad laboral específica.

La relación entre autorización para trabajar y autorización para residir es la clave de esta disyuntiva⁵¹ y objeto de discusiones amplias en la doctrina⁵². En principio, puede resultar evidente que toda persona que posea una autorización para residir, aunque no tenga permiso para trabajar, se encuentra en situación regular⁵³.

⁵⁰ En la crítica a este carácter más restrictivo del artículo 51 coincidieron Marruecos y Argelia, frente a la gran mayoría de delegaciones. UN Doc A/C.3/43/1, pág. 13, párrafos 59 y 61.

⁵¹ El representante de Holanda, por ejemplo, declaró que en este país los permisos de trabajo eran atribuibles al empleador y no al empleado, por lo que era imposible concebir una situación en la que el trabajador dispusiera de dicho permiso y, por tanto, difícil que Holanda aceptara tal garantía de seguridad de empleo si el trabajador migrante perdía su empleo, en UN Doc A/C.3/43/1, pág. 13, párrafo 63.

⁵² De tal modo se manifestó, por ejemplo, el profesor Kees Groenendijk en un debate sobre mi proyecto de investigación en el Centro de Derecho Migratorio de la Radboud University, en Nimega, durante una estancia de investigación en 2005.

⁵³ Así lo entiende la normativa española, desde la reforma de 2009, Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 299 de 12 de diciembre de 2009.

Este aspecto acertado de la reforma introdujo en el capítulo III de la LOEX “De las autorizaciones para la realización de actividades lucrativas” la indivisibilidad de la autorización de residencia y la de trabajo, cuando la persona es autorizada para trabajar en España.

Sin embargo, no en todas las legislaciones se considera que la autorización para trabajar conlleva la autorización para residir⁵⁴, de lo contrario no sería necesario el artículo 51 de la Convención, ni aparecería una contradicción como la que, en nuestra opinión, recoge dicho precepto al vincular la pérdida del puesto de trabajo con una consecuente situación de irregularidad. Es más, la relación laboral que da lugar a la autorización de residencia y trabajo no debería cuestionar en ningún momento la permanencia de la regularidad de la situación del trabajador, por cuanto considerarlo así sería ‘contemporaneizar’ la esclavitud al no permitir que una persona pueda cesar en una actividad remunerada que por cualquier motivo no considere apropiada, legal o, simplemente, conforme a sus circunstancias y deseos.

Por lo que aquí vemos, la condición de irregularidad no queda al margen de la discusión, sino que genera posiciones encontradas y crispaciones en torno a un elemento migratorio en sí mismo polémico por todo lo que en nuestro trabajo venimos refiriendo. Que la coyuntura sea así no impide que lleguemos al punto de tener con claridad definida la expresión “en situación irregular”, a pesar de la inevitable referencia al marco normativo interno de cada Estado y aunque éste generalmente lo haga de manera más implícita que explícita.

2. “Migrante” como elemento disgregado

2.1. Definición de migrante

La Convención, en su artículo 2, define como “trabajador migratorio”⁵⁵ a “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”.

⁵⁴ Véase el compendio comparativo que recoge Elspeth Guild, del trabajo realizado por miembros del grupo Odysseus Academic Network on Immigration and Asylum Law, coordinado por el Prof. Philippe de Bruycker de la Université Libre de Bruxelles, GUILD, Elspeth, en BOGUSZ; CHOLEWINSKI; CYGAN; SZYSZCZAC (eds.), op. cit., pp. 18-28.

⁵⁵ Hemos de reseñar al inicio de este análisis que la Convención en su versión oficial en español utiliza la expresión “trabajador migratorio”, si bien no entendemos muy bien en qué momento y por qué motivo se decidió que tal expresión era equivalente a “migrant worker”. El concepto “migrante” que hemos venido defendiendo desde el comienzo de este trabajo es el que nos parece más fiel, no

Como veremos a continuación, tal acepción ha de ser matizada, por las características que la definen y las categorías que quedan incluidas en la misma. Pero es además definida por medio de exclusiones de otras categorías de trabajadores.

Al margen de estas cuestiones relevantes y que a continuación pasamos a analizar, el primer aspecto notable y fundamental de la Convención -y que la diferencia de otros textos relativos a migrantes, de la normativa europea, fundamentalmente- es la igualdad manifiesta respecto al origen de los migrantes. Es decir, la Convención evita la desigualdad con la que los migrantes quedan amparados o no por la protección de otros tratados por el hecho de ser nacionales de uno u otro país, como ocurre con el Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante, ya mencionado, que protege sólo a aquellos trabajadores migrantes ‘súbditos’ de una Parte Contratante del Convenio -artículo 1-⁵⁶.

Antes de pasar a este análisis, recordemos que el primer borrador incluía una definición interesante de trabajador migratorio y de familiares a quienes se les aplicaría la Convención:

- “(a) To every migrant worker, whether male or female,
who:
- (i) Leaves a country, including his own, to exercise a gainful activity in another country;
 - (ii) Engages in work in a country of which he is not a national;
 - (iii) Returns to his country of origin or to the country in which he is normally resident;
 - (iv) Is in transit in a third country in the cases mentioned in sub-paragraphs (i) and (iii) above;
- (b) To the members of the family of the said worker who:

tanto a la traducción, pues las tres versiones oficiales del texto son igual de válidas, sino al sentido último del concepto que estudiamos. Por tal motivo, cuando hacemos referencia a algún precepto de la misma o directamente lo transcribimos, utilizaremos “trabajador migratorio”, como dicha versión recoge. Sin embargo en el resto de referencias haremos uso de “nuestra” expresión “trabajador migrante” o únicamente “migrante” si pretendemos referirnos a cualquier persona que migra con independencia de su condición de trabajador. Entiéndase, por tanto, que el uso indiscriminado de una u otra locución no responde a falta de rigor, sino a una fidelidad respecto a nuestro cometido.

⁵⁶ Cholewinski nos recuerda la base de reciprocidad en el régimen de la Comunidad Europea, cuyos instrumentos operan para aquellos países miembros, con la excepción del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en el ámbito del Consejo de Europa, CHOLEWINSKI, Ryszard, 1997, op. cit., pág. 150.

- (i) Accompany the worker to another country;
- (ii) Join the worker in that country or in the country to which the worker has returned;
- (iii) And, in the case of the worker's children, were born in the country where the worker has gone”⁵⁷.

La exclusión de la necesidad de estar trabajando como condición para ser considerado sujeto de la Convención es más evidente en esta definición que constituía el artículo 1 del primer texto de la Convención, finalmente descartado. Bajo nuestra óptica, ello es más adecuado tanto al fin último de la Convención como al objetivo práctico de una definición inclusiva. No sólo debe la Convención aplicarse a todo migrante con independencia de sus circunstancias laborales, administrativas o familiares, sino que además ha de ser explicitado de modo que no quepa duda sobre el sujeto y el objeto de esta norma internacional. Según algunas delegaciones, la eliminación de estos párrafos suprimiría del texto de la Convención el elemento dinámico relacionado con el proceso migratorio⁵⁸.

La discusión tenía su punto de partida desde el mismo artículo primero del texto, sobre el que las delegaciones de los diferentes países no lograban ponerse de acuerdo. Mientras algunos veían la adquisición de la nacionalidad del país de empleo y el derecho a sufragio los factores definidores que debían ser excluidos de la Convención; otros acentuaban el carácter temporal del trabajo y el movimiento a través de las fronteras como el principal criterio para un *status* de trabajador migratorio. El representante de Estados Unidos de América sugería la inclusión de tres categorías de trabajadores migrantes: indocumentados; documentados de larga duración; y documentados de corta duración; y recordaba que históricamente su país no hacía distinción entre la residencia permanente y el derecho al empleo. Y la delegación de Argentina declaraba que los inmigrantes -como concepto más amplio- no debían ser incluidos en la definición de trabajadores migratorios -como manifestaba también la de Estados Unidos de América que añadía los refugiados a esta exclusión-⁵⁹.

⁵⁷ A/C.3/37/1, pág. 19, párrafo 68.

⁵⁸ A/C.3/37/1, pág. 19, párrafo 69.

⁵⁹ Todas estas posiciones se encuentran en A/C.3/37/1, pp. 19-20, párrafo 70.

Tal punto de partida ha de ser seguidamente analizado puesto que el propio artículo 2 establece otras categorías de trabajadores⁶⁰ que forzosamente ven reconocidos sus derechos cuando se encuentran en situación regular de acuerdo con la parte V de esta Convención. Pero ¿quiere eso decir que cuando tales trabajadores o sus familiares se encuentren en situación irregular dejan de ser sujetos de la Convención? El texto no clarifica esta cuestión de manera explícita, pero da a entender -mediante su definición de 'indocumentados'- que aquellos serán sujetos de la Convención y por tanto titulares de los derechos humanos contenidos en la parte III por dos motivos: porque en ningún precepto se les excluye -sólo se determinan los derechos más específicos que tendrán aquellos trabajadores que se encuentren en situación regular- y porque cuando el artículo 2 enumera a quienes considera trabajadores migratorios incluye a estas categorías específicas; por ello, hemos de entender que por su especificidad se les aplican disposiciones particulares, mas ello no les impide disfrutar de los derechos consagrados a todos los migrantes.

La definición de las categorías específicas de trabajadores evolucionó desde una amplia enumeración de condiciones y tipologías de empleo hasta las referidas aquí. Sin embargo cabe destacar dentro de esa evolución la inclusión, tras las primeras discusiones, e impedimento por parte de algunas delegaciones, de los "self-employed workers" -que en el ámbito jurídico-laboral español serían los denominados trabajadores autónomos- e incluso de aquellas personas en prácticas y los estudiantes en los trabajos aprobados en el año 1982⁶¹, éstos últimos siendo recogidos finalmente entre las categorías excluidas de la aplicación de la Convención. El contenido propuesto en el informe de 1983 ya se asemejaba al del definitivo artículo 2 de la Convención, aunque entonces incluyó en el mismo precepto las categorías incluidas y las excluidas⁶².

Analizando los trabajos preparatorios de la Convención, apreciamos la evolución en la terminología y, sobre todo, en las definiciones. En un primer momento el GTCTM presentó un borrador de informe en el que definía trabajador

⁶⁰ Estas categorías son: "trabajador fronterizo"; "trabajador de temporada"; "marino"; "trabajador en una estructura marina"; "trabajador itinerante"; "trabajador vinculado a un proyecto"; "trabajador con empleo concreto"; y "trabajador por cuenta propia".

⁶¹ A/C.3/37/1, pp. 21-22, párrafo 74.

⁶² UN Doc. A/C.3/38/5, pp. 21-22, párrafo 72.

migrante a “la persona que viaja de su Estado de origen a otro Estado con el fin de buscar o realizar una actividad legal y remunerada”, pudiendo ser su presencia temporal o permanente⁶³. Esta definición, propuesta por Argelia, México, Pakistán, Turquía y Yugoslavia, fue considerada por algunos países demasiado amplia pues podía entenderse incluido el trabajo por cuenta propia. Otras delegaciones, por el contrario, defendían una definición más amplia que la utilizada por el Convenio de la OIT n° 143⁶⁴, puesto que el propósito de la Convención que se estaba redactando era más amplio que el del Convenio de la OIT. De hecho, la definición aprobada acabó siendo más amplia que la del artículo 11 del Convenio n° 97 de la OIT⁶⁵ -éste primero más reducido-, que la del artículo 11 del Convenio n° 143 de la OIT y que la del artículo 1 del Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante⁶⁶, que establecían:

“Artículo 11 [del Convenio n° 97 de la OIT]

1. A los efectos de este Convenio, la expresión *trabajador migrante* significa toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta, e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante.
2. El presente Convenio no se aplica:
 - (a) a los trabajadores fronterizos;
 - (b) a la entrada, por un corto período, de artistas y de personas que ejerzan una profesión liberal;
 - (c) a la gente de mar”.

⁶³ Se trata de un borrador de informe preparado por el presidente del Grupo de Trabajo en la reunión entre sesiones que tuvo lugar en mayo de 1981, junto con documentos enviados por algunos miembros del GTCTM. Este borrador sirvió de base para el inicio de los trabajos preparatorios. Respecto a la definición de trabajador migrante establece:

“For the purposes of this Convention, the term “migrant worker” means any person who travels from his State of origin to another State for the purpose of seeking or performing a lawful and remunerated activity”. UN Doc A/36/378, *Measures to Improve the Situation and Ensure the Human Rights and Dignity of All Migrant Workers*, New York, 1981, anexo I, pág. 3. Traducción propia.

⁶⁴ Convenio de la OIT número 143 sobre migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migratorios, 24 de junio de 1975.

⁶⁵ Convenio de la OIT número 97 sobre trabajadores migrantes, 1 de julio de 1949, que revisaba el Convenio núm. 66 de 1939 (revisado en 1967).

⁶⁶ Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante, Estrasburgo, de 24 de noviembre de 1977 (CETS No. 093).

“Artículo 11 [del Convenio n° 143 de la OIT]

1. A los fines de la aplicación de la presente parte del Convenio, la expresión *trabajador migrante* comprende a toda persona que emigra o ha emigrado de un país a otro para ocupar un empleo que no sea por cuenta propia; incluye también a toda persona admitida regularmente como trabajador migrante.

2. La presente parte del Convenio no se aplicará a:

- a) los trabajadores fronterizos;
- b) los artistas y las personas que ejerzan una profesión liberal y que entren en el país por un período de corta duración;
- c) la gente de mar;
- d) las personas que hayan entrado en el país con fines especiales de formación o de educación;
- e) las personas empleadas en organizaciones o empresas que operan dentro del territorio de un país que han sido admitidas temporalmente en dicho país, a solicitud de sus empleadores, para cumplir trabajos o funciones específicos por un período definido o limitado de tiempo y que están obligadas a abandonar el país al término de sus trabajos o funciones”.

“Artículo 1. [del Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante]

Definición

1. Para el objeto de este Convenio, el término "trabajador migrante" designa al súbdito de una Parte Contratante que haya sido autorizado por otra Parte Contratante a permanecer en su territorio para desempeñar en el un empleo remunerado.

2. Este Convenio no se aplica:

- a) a los trabajadores fronterizos;
- b) a los artistas incluidos los artistas de variedades y animadores de espectáculos y a los deportistas, empleados por un período corto y a las personas que ejerzan una profesión liberal;
- c) a los marinos;
- d) a las personas que realizan prácticas profesionales;
- e) a los trabajadores de temporada los trabajadores migrantes de temporada son los que siendo súbditos de una Parte Contratante realizan un trabajo remunerado en el

territorio de otra Parte Contratante, desempeñando una actividad que depende del ritmo de las estaciones sobre la base de un contrato de duración determinada o para un trabajo determinado;

f) a los trabajadores súbditos de una Parte Contratante que realizan un trabajo determinado en el territorio de otra Parte Contratante por cuenta de una empresa que tiene su sede social fuera del territorio de dicha Parte”.

Como ya referíamos previamente, al introducir la tabla creada respecto a la definición y uso de la acepción ‘irregularidad’, las posiciones en el Grupo de Trabajo fueron encontradas, en ocasiones fuertemente opuestas y, en alguna ocasión, irreconciliables. También fueron numerosas, y por tal motivo, no recogeremos todas las propuestas en la tabla que a continuación ofrecemos sino aquellas relevantes o adalid de un grupo homogéneo.

Los países de origen entendieron el fin último de la Convención, a nuestro modo de ver de una manera más acertada, y defendieron la inclusión de aquellos trabajadores que por su condición podían necesitar de protección. Algunas delegaciones -no sólo de países de origen- propusieron la protección de los migrantes incluso si éstos eran trabajadores “auto-empleados”, es decir, autónomos o por cuenta propia, los cuales debían ser protegidos salvo que pertenecieran a categorías altamente privilegiadas⁶⁷.

Por el contrario, la delegación de Suecia, apoyada por Canadá, Dinamarca, Francia y Holanda, encontró inaceptables las referencias a la intención de migrar o buscar empleo en el extranjero. Es decir, estos países negaron la esencia básica del artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y su referencia clara y amparo bajo la Convención que se redactaba: el derecho a migrar o *ius migrandi*.

⁶⁷ Así, las delegaciones de Argentina, España, Finlandia, Grecia, India e Italia expresaron esta opinión, en UN Doc A/C.3/39/1, pág. 33, parágrafo 108.

Tabla 2. Definición de migrante/trabajador migratorio en el Grupo de Trabajo

Estado-s u organismo que propone	Expresión utilizada y definición aportada	Categorías excluidas
Argelia, México, Paquistán, Turquía y Yugoslavia	<i>Migrant worker</i> : means any “person who travels from his State of origin to another State for the purpose of seeking or performing a lawful and remunerated activity” ⁶⁸	México proponía excluir, entre las categorías recogidas en un principio, a las personas cuya relación laboral con un empleador no fuera establecida en el Estado de empleo y a quienes no recibieran su principal ganancia en el Estado de empleo. E introdujo a los inversionistas ⁶⁹
Francia / Estados Unidos de América / Holanda / y otras delegaciones	<i>Migrant worker</i> : “in terms similar to ILO Convention No.143” ⁷⁰ Segunda definición: “in terms similar to European Convention on the Legal status of migrant workers” ⁷¹ Estados Unidos de América propondría además su propia definición (véase en este cuadro)	“Frontier workers, seamen, artists, members of liberal professions on a short-term basis and persons for training or education” (mismo documento)
MESCA	<i>Migrant worker</i> : “any person who, in a State of which he is not a national, is to engage, is engaged or has been engaged in an economic activity for an employer or on his own account” ⁷²	Personal de organizaciones o agencias internacionales o a cargo de un Estado para programas de cooperación al desarrollo, cuya admisión se regule por acuerdos internacionales o derecho internacional en el primer caso (mismo documento)

⁶⁸ UN Doc A/36/378, *Measures to Improve the Situation and Ensure the Human Rights and Dignity of All Migrant Workers*, New York, 1981, anexo I, pág. 3.

⁶⁹ Se referirán más adelante las categorías excluidas, recogiendo las discusiones más relevantes al respecto. Baste adelantar que, en un principio, fueron excluidas las personas al servicio de organizaciones internacionales, personal diplomático o consular, y aquellas al servicio de los Estados de origen.

Respecto a la propuesta de México, véase UN Doc A/C.3/39/1, pp. 33-34, párrafo 110.

⁷⁰ UN Doc A/36/378, anexo XII, pág. 9, párrafo 50. Tal referencia fue corregida estableciendo que un representante, apoyado por los representantes de Estados Unidos y Holanda, propondrían la definición segunda.

⁷¹ “[A] person authorized to reside in the territory of a State of which he is not a national in order to take up paid employment”, referencia recogida en UN Doc A/36/383, *Measures to Improve the Situation and Ensure the Human Rights and Dignity of All Migrant Workers*, New York, 1981, Anexo, pág. 11.

⁷² Contenido de la propuesta del MESCA A/C.3/38/WG.1/CRP.5, documento recogido en UN Doc A/C.3/39/1, pág. 30, párrafo 98.

OIT	<i>Migrant worker and family:</i> ILO Conventions No. 143 (art. 11 & 13) and No. 97 (art. 11) ⁷³	ILO Conventions No. 143 (art. 11) and No. 97 (art. 11)
Canadá	<i>Migrant worker:</i> means a “person who is engaged in employment in a jurisdiction of which he is not a national” ⁷⁴ En una propuesta posterior, diferenciaba al migrante en situación regular (o estatus legal) en trabajador migrante permanente y temporal ⁷⁵	
Suecia	<i>Migrant worker:</i> means “any person who has been authorised by a State, other than that of which he is a citizen, to take up paid employment; to exercise independent economic activity; or to undertake specific duties or assignments in the territory of the authorizing State, as well as any person who, without having been authorised thereto, has been employed in the territory of a State, other than that of which he is a citizen” ⁷⁶	Con otros países, expresamente Alemania, Suecia llamó la atención sobre el hecho de incluir a los trabajadores autónomos. Junto con Finlandia, Marruecos, Cabo Verde, Grecia e Italia enfatizaron que la Convención no debía aplicarse a quienes simplemente tenían la intención de migrar, en referencia a la definición propuesta especialmente por el MESCA y también por India, incluyendo a las personas que tenían esa intención -“seek to engage”- ⁷⁷
India	<i>Migrant worker “in a regular situation”:</i> “a person who has departed, intends to depart or is in the process of departing from the State of origin or normal residence in accordance with the laws of that country and intends to be employed, is employed or is in the process of being employed in the country of which he is not a national in any remunerative work or economic activity by an employer or on his own, irrespective of his having in his possession a work-permit or a work-agreement and irrespective of the mode of his recruitment and nature of work assigned to him” ⁷⁸	Excluía a las categorías específicas entonces reconocidas [fronterizo; de temporada; marino; en estructura marina; e itinerante] de la condición de migrante en situación regular, salvo convenio bilateral o multilateral que determine lo contrario. Por tanto, consideraba a estas categorías en situación irregular como norma general. Propuso “intends to depart” en sustitución de “seek to engage” en aras de la cooperación, pero manteniendo la importancia que

⁷³ UN Doc A/36/378, anexo II, pág. 2.

⁷⁴ UN Doc A/36/378, anexo VIII, pág. 1.

⁷⁵ UN Doc A/C.3/39/1, pág. 34, parágrafo 114.

⁷⁶ UN Doc A/36/378, anexo XIII, Corrigendum, pág. 1.

⁷⁷ UN Doc A/C.3/40/1, pág. 32, parágrafo 141.

⁷⁸ A/C.3/38/5, pág. 24, parágrafo 82. Un versión modificada, pero prácticamente igual, propuso en UN Doc A/C.3/39/1, pág. 34, parágrafo 111 y serían, junto con la versión ofrecida por el grupo MESCA -supra nota 70-, las dos versiones previas del primer párrafo del artículo 2 que confluirían en el precepto definitivo.

		para su delegación tenía el hecho de proteger a las personas en todo el proceso migratorio; posteriormente también eliminaría la referencia “intends to depart” ⁷⁹
Dinamarca	Propone que las definiciones debían redactarse en términos similares al artículo 1 del Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante ⁸⁰	Aunque Dinamarca expresó en el mencionado documento su respeto a los derechos humanos de los migrantes en situación irregular, lo cierto es que no se encontraban incluidos en la referencia. Por ello, se entienden no incluidos los migrantes en situación irregular, formulación inaceptable para otros países ⁸¹
Emiratos Árabes Unidos	<i>Migrant worker</i> en términos similares a los propuestos por el MESCA, pero estableciendo la relación de trabajo bajo la condición de trabajador y siendo su única ganancia -“in the capacity of a worker, this being the only means of earning his/her living”- ⁸²	
Colombia	<i>Migrant worker</i> en términos similares a la Decision 116 setting the Andean Labour Migration instrument: “any national of a member country who moves to the territory of another member country for the purpose of providing his services to an employer” incluyendo tal definición a los trabajadores cualificados, fronterizos y temporeros ⁸³	
Estados Unidos de América	“ <i>Migrant worker</i> refers to a person who is to be engaged, is engaged or has been engaged in a remunerated activity in a State of which he or she is not a national”, teniendo en cuenta dos categorías de migrantes en situación regular: permanentes -admitidos en un Estado del que no son nacionales por un período de tiempo ilimitado-; y temporales -	Excluía a las categorías que finalmente se recogen en el artículo 3 de la Convención añadiendo al personal cuya relación laboral con el empleador no es establecida en el Estado de empleo y al personal cuyos ingresos

⁷⁹ UN Doc A/C.3/40/1, pág. 32, párrafos 141 y 145 respectivamente.

⁸⁰ Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante, Estrasburgo, de 24 de noviembre de 1977 (CETS No. 093). Referencia hecha por Dinamarca en UN Doc A/C.3/39/1, pág. 32, párrafo 102.

⁸¹ El representante de la antigua Yugoslavia, apoyado por varias delegaciones, subrayó que era inaceptable tal referencia al Convenio Europeo al no proteger a los trabajadores migrantes indocumentados, en UN Doc A/C.3/39/1, pág. 33, párrafo 104.

⁸² UN Doc A/C.3/39/1, pág. 34, párrafo 113.

⁸³ UN Doc A/C.3/40/1, pág. 31, párrafo 138. Definiciones de las 3 categorías en el documento!!!!!!

	<p>en este caso la admisión es limitada en el tiempo-⁸⁴</p>	<p>principales no se originan en el Estado de empleo (pero no hacía referencia a los marinos)⁸⁵</p> <p>No incluía a los “self-employed workers” entre las categorías de trabajadores migratorios, por lo que se entiende eran excluidos de la protección de la Convención según este país</p>
--	--	--

Fuente: Trabajos Preparatorios del GTCTM. Elaboración propia.

Quedaron patentes, en todo caso, la dificultad y la necesidad de definir trabajador migrante, así como la circunstancia de irregularidad, para poder discutir los puntos que vendrían después, esto es, las estipulaciones de carácter sustantivo que conforman la Convención. Y de ello fueron conscientes varias delegaciones, que propusieron separar las definiciones de trabajadores migrantes documentados y de trabajadores migrantes indocumentados o no autorizados para evitar una confusión total y transversal en el texto⁸⁶.

Dadas las dificultades para llegar a un acuerdo, las numerosas propuestas y, sobre todo, el escaso tiempo, el Grupo de Trabajo tomó en consideración provisionalmente, como base del artículo 2, las propuestas pertinentes ofrecidas para la definición de migrante por el grupo MESCA y por parte de India. La cuestión de falta de tiempo fue subrayada con el objeto de considerar los principales elementos a recoger en el texto de la Convención en la primera lectura -o primer borrador, ‘first reading’-, con el fin de permitir a los Gobiernos tener una perspectiva completa del posible contenido de la Convención antes de pasar a la negociación efectiva del borrador final en una segunda lectura⁸⁷.

Además de la cuestión terminológica y del carácter laboral, otro asunto relevante en la determinación de la concepción de migrante o trabajador migratorio es el temporal. La discusión sobre la expresión “is to be engaged” o “intends to

⁸⁴ UN Doc A/C.3/40/6, *Report of the Open-ended Working Group on the Drafting of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, New York, 1985, pp. 9-10, parágrafo 21.

⁸⁵ UN Doc A/C.3/40/6, *Report of the Open-ended Working Group on the Drafting of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, New York, 1985, pp. 9-10, parágrafo 21.

⁸⁶ UN Doc A/36/383, anexo, pág. 11.

⁸⁷ UN Doc A/C.3/39/1, pp. 35-36, párrafos 117-118.

depart”, que propusieron el grupo MESCA e India, tenía que ver con esa cuestión del tiempo. Mientras los países mediterráneos y escandinavos, así como India, pretendían proteger a la persona durante todo el proceso migratorio, y de ahí la propuesta de incluir alguna de aquellas expresiones, otras delegaciones, con firmeza la estadounidense⁸⁸, se opusieron a ello con el argumento de que no bastaba querer emigrar para que una persona fuera considerada migrante.

Si bien es cierto que el mero deseo no implica una efectiva realización del mismo, la protección de la persona migrante desde el momento antes de partir desde su país de origen se hizo tan necesaria y evidente que el Grupo de Trabajo terminó por acogerla como motivación suficiente y recogerla de manera parcial en el primer artículo del texto, y, en el mismo sentido, incluir como trabajador migratorio a quien “vaya a realizar, realice o haya realizado” una actividad remunerada. En este sentido, la expresión ‘vaya a realizar’ se refiere a aquellos trabajadores migrantes que poseen un contrato de trabajo, aunque no hayan salido todavía del país de origen para desempeñar su labor en el país de destino. Tal contrato o documento similar constituye, en palabras de Cholewinski, el punto de partida para el reconocimiento de una persona como trabajador migrante⁸⁹. Por otro lado, la expresión “haya realizado” se incluye para proteger a aquellos trabajadores migrantes que, permaneciendo en el país de empleo, han perdido su puesto de trabajo, pero no por ello pierden inmediatamente su condición de trabajador migrante. Lo que claramente pretendía dejarse fuera del ámbito de la Convención, y así se manifestaron varias delegaciones, fue la expresión ‘seek to engaged’, pues no concebían que pudiera protegerse a aquel trabajador migrante que pretendía buscar trabajo por primera vez en el país de destino, es decir, que no tuviera ningún vínculo con el país de destino -ni siquiera una oferta de trabajo-, ya que ello ampararía a las personas que meramente tuvieran la intención de migrar⁹⁰. En cierto modo, con esto pareciera que limitaban la

⁸⁸ El delegado de Estados Unidos de América solicitó que quedara claro cuando una persona empezaba y terminaba de ser trabajador migrante. Al respecto, moderó su postura en cuanto a la protección de aquellas personas que ya han realizado la actividad remunerada referida en el país de empleo, si bien declaró que sería mejor que no se incluyera en la definición, con el fin de volver a la misma en caso de que se encontraran dificultades en la aplicación de las definiciones contenidas en las provisiones sustantivas. UN Doc A/C.3/40/1, pág. 37, párrafos 167-170.

⁸⁹ “Starting-point”, CHOLEWINSKI, Ryszard, 1997, op. cit., pág. 150.

⁹⁰ UN Doc A/C.3/40/1, pág. 32, párrafo 141.

acepción de ‘trabajador migrante’, sin embargo, en nuestra opinión, resulta ser demasiado parecida a la finalmente adoptada por el artículo 2 de la Convención.

La Convención es definitivamente amplia en la interpretación temporal del proceso migratorio incluyendo desde el momento anterior a la migración en sí, en el país de origen, todo el proceso migratorio -tanto en países de tránsito como en los de destino-, hasta la circunstancial situación del momento posterior a haber realizado una actividad remunerada en un país diferente del de origen, ya sea en este caso marchando a otro país o retornando al país de origen⁹¹. También lo es al referirse al proceso migratorio aplicable tanto al trabajador migrante como a sus familiares, el hostigamiento durante la migración se produce también contra las familias y ésta es una preocupación manifestada por los países considerados de origen, en general países menos desarrollados⁹².

Casos cubiertos al amparo de esta acepción son aquellos, por ejemplo, de las personas que pudieran perder su empleo y permanecieran en el país de destino en el que trabajaban o migraran a otro Estado; también lo sería la situación de aquella persona migrante que contrajera una enfermedad laboral o tuviera un accidente y quisiera volver a su país de origen o, por el contrario, debiera permanecer en el país de empleo para obtener los beneficios sociales que le correspondieran -como una baja laboral y las prestaciones consiguientes-.

Curiosamente el delegado de Estados Unidos y el de Alemania se expresaron en términos similares, sin dudar de la idea de garantizar derechos a quienes ya habían terminado la actividad remunerada -teniendo en cuenta que algunos derechos pueden derivarse a posteriori de una relación laboral-, mientras que el delegado australiano manifestó que los migrantes debían tener ciertos derechos tras abandonar el Estado

⁹¹ El texto del artículo 1.2 recoge en gran medida la propuesta alternativa de texto tras amplias discusiones sobre la conveniencia o no del contenido hecha por Italia, salvo que incluía dentro del mismo párrafo la cuestión del reconocimiento de derechos: “The present Convention shall apply during the entire migration process and the relevant rights shall be guaranteed during the preparation for emigration, on leaving from the State of departure, in the course of transit through a State, during the journey, during the entire period of stay, residence, employment or work in the State of employment and on return to the State of origin or the State of normal residence”, en UN Doc A/C.3/41/3, *Report of the Open-ended Working Group on the Drafting of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, New York, 1986, pág. 5, párrafo 19.

⁹² Así lo manifestó la delegada de Ghana durante la discusión del precepto, en UN Doc A/C.3/41/3, pág. 6, párrafo 25.

de empleo, pero que éstos debían ser muy específicos. En definitiva, no había acuerdo en incluir en la definición del proceso migratorio el momento previo a la migración ni el momento posterior, y mientras algunas delegaciones subrayaron que la inclusión de los derechos de los migrantes no implicaba una necesaria amplitud de la definición, otras delegaciones enfatizaban el necesario fin -o la necesaria delimitación del mismo- del proceso migratorio aún bajo la posibilidad de la existencia de ciertos derechos.

Como podemos apreciar, la variedad de posiciones respecto a cada uno de los puntos a redactar retrasaba en cierto modo el ritmo de trabajo, lo cual explica la tardanza en la redacción de esta Convención -unos once años, desde que se creó el Grupo hasta que se aprobó y adoptó el texto en la Asamblea General- y la dificultad de llegar a acuerdos que, en algunos aspectos, fue pospuesta para mayor consenso tras la definición de los derechos humanos a recoger en el texto tanto para los migrantes en situación regular como para todas las personas migrantes. Sea como fuere, la multitud de objeciones a una de las definiciones más relevantes de esta Convención confluyeron en la propuesta del Grupo de Trabajo, el 11 de junio de 1985, dando lugar a la redacción del párrafo primero del artículo 2 tal y como finalmente se adoptó y aprobó⁹³.

La importancia de proteger a todas estas personas, tanto las que están preparando su viaje a otro país con la intención de trabajar como a aquellas que ya terminaron su actividad en el lugar de destino, es indiscutible desde una perspectiva de derechos humanos, como es la de esta Convención, y de ahí que el precepto tantas veces mencionado haga referencia en la propia definición de ‘trabajador migratorio’ a todo momento temporal de la migración.

Dadas estas premisas generales de una definición de migrante, resulta apropiado y consecuente ver qué categorías permanecen incluidas en tal definición y cuales quedan excluidas en el marco del texto de la Convención.

⁹³ UN Doc A/C.3/40/1, pág. 38, párrafo 173.

2.2. Categorías incluidas

Al referirnos a las categorías incluidas en la protección que ofrece la Convención, nos encontramos con dos grupos diferenciados de migrantes en situación irregular amparados por el texto. Por un lado, se protege a toda persona que por realizar una actividad laboral es sujeto de la Convención. En este sentido, la actividad laboral viene determinada por la definición de “trabajador migrante” recientemente referida y por otras categorías específicas de trabajadores, que analizaremos seguidamente y que se encuentran definidas en el artículo 2, que son las que condicionan el amparo por parte del articulado de la Convención. Por otro lado, se protege también a toda persona que por la relación familiar existente con un trabajador migrante sea asimismo sujeto de la Convención. En este otro supuesto, se determinan en el artículo 4 los tipos de relaciones personales que van a permitir que el tratado ampare los derechos de dichas personas, y que analizaremos después de las categorías particulares de trabajadores.

El artículo 2 establece en su segundo apartado las categorías de trabajadores migrantes específicas, que son:

“2. a) Se entenderá por "trabajador fronterizo" todo trabajador migratorio que conserve su residencia habitual en un Estado vecino, al que normalmente regrese cada día o al menos una vez por semana⁹⁴;

b) Se entenderá por "trabajador de temporada" todo trabajador migratorio cuyo trabajo, por su propia naturaleza, dependa de condiciones estacionales y sólo se realice durante parte del año⁹⁵;

c) Se entenderá por "marino", término que incluye a los pescadores, todo trabajador migratorio empleado a bordo de una embarcación registrada en un Estado del que no sea nacional;

d) Se entenderá por "trabajador en una estructura marina" todo trabajador migratorio empleado en una estructura

⁹⁴ Categoría excluida de los dos Convenios de la OIT, n° 97 y n° 143, y del Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante. Al respecto de ésta y las siguientes inclusiones y exclusiones, véase CHOLEWINSKI, R., 1997, op. cit., pág. 151.

⁹⁵ Los trabajadores de temporada están incluidos sólo implícitamente en los Convenios de la OIT y expresamente excluidos del Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante.

marina que se encuentre bajo la jurisdicción de un Estado del que no sea nacional;

e) Se entenderá por "trabajador itinerante" todo trabajador migratorio que, aun teniendo su residencia habitual en un Estado, tenga que viajar a otro Estado u otros Estados por períodos breves, debido a su ocupación;

f) Se entenderá por "trabajador vinculado a un proyecto" todo trabajador migratorio admitido a un Estado de empleo por un plazo definido para trabajar solamente en un proyecto concreto que realice en ese Estado su empleador;

g) Se entenderá por "trabajador con empleo concreto" todo trabajador migratorio:

i) Que haya sido enviado por su empleador por un plazo limitado y definido a un Estado de empleo para realizar una tarea o función concreta;

ii) Que realice, por un plazo limitado y definido, un trabajo que requiera conocimientos profesionales, comerciales, técnicos o altamente especializados de otra índole; o

iii) Que, a solicitud de su empleador en el Estado de empleo, realice por un plazo limitado y definido un trabajo de carácter transitorio o breve;

y que deba salir del Estado de empleo al expirar el plazo autorizado de su estancia, o antes, si deja de realizar la tarea o función concreta o el trabajo a que se ha hecho referencia;

h) Se entenderá por "trabajador por cuenta propia" todo trabajador migratorio que realice una actividad remunerada sin tener un contrato de trabajo y obtenga su subsistencia mediante esta actividad, trabajando normalmente solo o junto con sus familiares, así como todo otro trabajador migratorio reconocido como trabajador por cuenta propia por la legislación aplicable del Estado de empleo o por acuerdos bilaterales o multilaterales⁹⁶.

La relevancia del concepto "trabajador" era tal que no se entendía la migración sino como un proceso de abandono del propio país en busca de trabajo en otro siendo éste lícito y el medio principal de vida de la persona en cuestión. Esta era la opinión generalizada dentro del Grupo de Trabajo⁹⁷. Sin embargo, no son tan claras como parecieran las posiciones ante la cuestión de la licitud, pues algunas

⁹⁶ Categoría excluida de los dos Convenios de la OIT, n° 97 y n° 143, y del Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante, aunque sí está amparada por la Carta Social Europea, salvo que los Estados parte la excluyan en el momento de ratificación de la Carta.

⁹⁷ A/C.3/37/1, pág. 23, parágrafo 77.

delegaciones, como la finlandesa junto con la griega y la italiana, declararon expresamente que la actividad remunerada no debía ser contraria a las leyes del Estado, incluyéndolo así en el artículo 2⁹⁸. Y la disparidad de opiniones se reflejó en la versión previa del apartado primero del artículo 2 que, en el decimotercer encuentro del Grupo de Trabajo el 11 de junio de 1985 todavía permanecía muy provisional, albergando partes pendientes de aprobación:

“For the purpose of this Convention, the term 'migrant worker' refers [except as otherwise provided hereafter] to any person who, in a State of which he [or she] is a national, is to be engaged, is engaged or has been engaged in a [legal] remunerated activity, [which activity, as such, is not contrary to the laws of that State] [or international law].”⁹⁹

Esta consideración de la legalidad de la actividad remunerada fue discutida ampliamente, ofreciéndose múltiples variantes a su expresión: así la Unión Soviética propuso directamente “legal” -“legal remunerated activity”-, a lo que algunas delegaciones, acertadamente, consideraron que de tal modo se excluiría de la Parte II de la Convención a los migrantes en situación irregular, puesto que en sus países era considerada ilegal una actividad remunerada cuando ésta era desarrollada por una persona extranjera sin permiso de trabajo; otros países hablarían de actividad remunerada permitida en el Estado; otros propondrían actividad remunerada permitida por las leyes del Estado; e incluso sugirieron la expresión actividad remunerada que no fuera prohibida a los nacionales de aquel país¹⁰⁰.

En todo caso no tiene mucho sentido la argumentación discutida por estas delegaciones basada en que para evitar una interpretación restrictiva de la Convención debía hacerse referencia a la legalidad de la actividad, cuando, a nuestro entender, de tal modo lo que se hacía era excluir del amparo del texto a toda aquella persona que sólo por el hecho de realizar una actividad que en un país concreto fuera considerada ilegal no fuera a ser protegida por la Convención. Ejemplo claro de este tipo de supuestos sería la prostitución cuya regulación -o falta de ésta- difiere mucho

⁹⁸ UN Doc A/C.3/40/1, pág. 33, parágrafo 146.

⁹⁹ UN Doc A/C.3/40/1, pág. 35, parágrafo 155.

¹⁰⁰ Incluso propondrían el cambio de legal por lícito. La discusión fue amplia, pero los trabajos preparatorios no recogen qué países propusieron una u otra alternativa, salvo la de la Unión Soviética. Véase el documento de trabajo A/C.3/40/1, pág. 35.

de un país a otro, pudiendo ser considerada ilegal en algunos Estados y por tanto quedarían, bajo dicha interpretación, excluidas de la aplicación las personas que se dedicaran a esta actividad. Además, lo que se manifestaba en cierto modo con dichas referencias a la legalidad era una intención de evitar la violación del orden público de los Estados, esto es, de no permitir actividades contrarias a éste, tal y como Italia expresó, cuestión que no era necesario incluir en el texto de la Convención -en la misma línea que los Convenios de la OIT- pues tales actividades contrarias a las reglas de orden público se entendían fuera del alcance del texto, siendo obviamente normas de aplicación general en todos los sistemas legales¹⁰¹. Actividades de este tipo serían, por ejemplo, las de los mercenarios, sin embargo su prohibición por el Derecho internacional las dejaría fuera de toda protección, no sólo de esta Convención, por lo que entendemos que no resultaba ni resulta necesario hacer mención a la aludida legalidad de las actividades.

Por un lado, el Grupo de Trabajo determinó que las actividades contrarias al orden público en un Estado quedaban claramente fuera del ámbito de la Convención. Por ello, y para evitar un alcance restrictivo de la Convención, finalmente se optó por eliminar dicha referencia y de tal modo incluir a todos los trabajadores migratorios en el ámbito de aplicación y protección de la Convención. Por otro lado, el Grupo de Trabajo entendió que el Derecho internacional, en general, y el *ius cogens*, en particular, son vinculantes para los Estados y deben ser considerados por éstos al definir el alcance de la Convención. Por esta razón vio suficiente esa obligación para no tener que incluir en el texto del tratado referencia alguna a las obligaciones de respeto del orden público o de otros principios generales del Derecho¹⁰².

Tampoco era tan generalizada la posición respecto a qué categorías incluir o excluir del amparo de la Convención. De hecho tanto los trabajadores con empleo concreto -apartado g)¹⁰³- como los trabajadores por cuenta propia -apartado h)- no se

¹⁰¹ La referencia italiana al orden público puede encontrarse en el documento A/C.3/40/1, pp. 35-36, párrafos 158-159.

¹⁰² UN Doc A/C.3/40/1, pág. 38, párrafo 174.

¹⁰³ Respecto a los 'trabajadores con empleo concreto', véase CHOLEWINSKI, Ryszard, 1997, op. cit., pág. 152.

encontraban incluidos en el primer borrador del texto. Respecto a los primeros, con algunas discusiones sin demasiada trascendencia, fueron incluidos gracias a la propuesta de Australia en la reunión de septiembre de 1985, aunque la versión casi definitiva se introdujo en octubre de ese mismo año con el apoyo de Estados Unidos de América y Canadá¹⁰⁴. Respecto a los segundos, la discusión sería mayor en su amplitud y trascendencia como seguidamente veremos.

Aunque había mayor consenso en excluir a personal gubernamental, inversores y personal de gestión, no lo había sobre los empresarios. De hecho, numerosos representantes -República Federal de Alemania y Estados Unidos de América entre otros- defendieron que la Convención debía dirigirse a proteger a las categorías más vulnerables de trabajadores y que la necesidad económica y dependencia respecto a los empleadores debía tenerse en cuenta, excluyendo a los trabajadores por cuenta propia, esto es, los trabajadores autónomos -“self-employed individuals” en la expresión utilizada en la versión inglesa-. La posición de algunas delegaciones era que la Convención no estaba dirigida a proteger a los empleadores sino a los trabajadores; en relación con esto, otras delegaciones como la marroquí llamaron la atención sobre el propósito de la Convención, que no debía ser el de proteger a trabajadores privilegiados puesto que ello contradiría el mandato de la Asamblea General; en sentido contrario, los representantes de España, India e Italia sugirieron que, si bien debían excluirse a aquellos migrantes “privilegiados”, debían protegerse los derechos de los trabajadores por cuenta propia no privilegiados, tales como pequeños empresarios¹⁰⁵. La posición de estos países fue apoyada más ampliamente -por ejemplo Noruega o Francia encontraban la primera propuesta de

La traducción oficial al español es deficiente, como ya hemos señalado en otros puntos. Los denominados trabajadores con empleo concreto serían aquellos contratados de manera temporal. Véase el artículo completo, referido al inicio de este apartado.

¹⁰⁴ La propuesta australiana se hizo en el documento A/C.3/40/WG.1/CRP.9, recogida en UN Doc A/C.3/40/6, pp. 10 y 18, párrafos 23 y 78 respectivamente.

El texto casi definitivo al que hacemos referencia, apoyado por Estados Unidos de América y Canadá, se propuso en el undécimo encuentro de esa sesión, el 1 de octubre de 1985, véase UN Doc A/C.3/40/6, pág. 20, párrafo 87. Que el texto tenga el apoyo de estos tres países no es banal, todos ellos han basado su regulación migratoria en el aspecto laboral permitiendo la entrada a ciertos tipos de trabajadores y diferenciando bien entre unas categorías y otras; por lo que la introducción de esta tipología en el ámbito de la Convención reforzaba la política y el modelo migratorios que habían venido aplicando.

¹⁰⁵ A/C.3/38/5, pág. 23, párrafos 76-77.

inclusión de los trabajadores por cuenta propia demasiado restrictiva en su definición¹⁰⁶ - entre todas las delegaciones como resulta del definitivo apartado h) del artículo 2.2.

La preocupación por la inclusión de esta categoría vino auspiciada con mayor fuerza por el MESCA, que propuso de hecho un apartado adicional al párrafo segundo del artículo 2 que decía así:

“(g) Self-employed persons are migrant workers when they are engaged otherwise than under a contract of employment, in a State of which they are not nationals in an economic activity essentially occupying themselves and members of their family.”¹⁰⁷

Centrados en el punto de vista del individuo a quien debe proteger la Convención, el argumento se dirigía a subrayar la aplicación universal de los preceptos de la Convención y tener en cuenta todas las situaciones en las que los trabajadores migrantes podían -pueden- encontrarse. Con acertada visión, aquellas delegaciones no podían diferenciar, y en consecuencia discriminar de la aplicación de la Convención, a los pequeños tenderos, vendedores o propietarios de un negocio -como ejemplo- de un trabajador en una cadena de una fábrica cualquiera. Es cierto que lo que generalmente diferencia a los autónomos o pequeños empresarios de los trabajadores por cuenta ajena -como se denomina en la terminología jurídica española- es que la normativa que se les aplica es diferente de la propiamente laboral. Pero ¿eso los hace menos vulnerables? ¿Deben verse privados del amparo de este tratado por haber elegido otro medio de subsistencia que no sea el de asalariado? Los delegados terminaban motivando su propuesta declarando que estos trabajadores

¹⁰⁶ UN Doc A/C.3/40/6, pág. 15, párrafo 52. Francia fue tajante en su posición argumentando que desde un principio optaron por una definición amplia de trabajadores migratorios a ser protegidos por la Convención y que, por tanto, la noción de trabajadores por cuenta propia no debía ser restrictiva, en UN Doc A/C.3/40/6, pp. 15-16, párrafos 57, 59 y 60.

¹⁰⁷ UN Doc A/C.3/40/6, documento del 15 de octubre de 1985 que recogía varios documentos previos del Grupo de Trabajo, de las delegaciones que hacían propuestas por escrito y de los observadores tales como la OIT.

El apartado arriba reseñado pertenece al documento A/C.3/40/WG.1/CRP.6, presentado por Finlandia, Grecia, India, Italia, Noruega, España, Portugal y Suecia -esto es, algún país más que los pertenecientes al MESCA-, en UN Doc A/C.3/40/6, pág. 7, párrafo 17.

autónomos debían ser incluidos en el ámbito de aplicación de la Convención para asegurar una adecuada protección que ningún otro tratado internacional les ofrecía¹⁰⁸.

El argumento principal, con el que nos mostramos de acuerdo, era que los migrantes se encontraban -se encuentran- en determinadas situaciones diferentes, las cuales han de dar lugar a protección.

En el primer borrador, y en el artículo 2 consensuado en 1983¹⁰⁹, no aparecían los mencionados “trabajadores por cuenta propia”, ni los “vinculados a un proyecto”, ni aquellos otros “trabajadores con empleo concreto”. Por su parte, los “trabajadores fronterizos” lo eran si retornaban a su país de residencia habitual en un Estado vecino diariamente, descartando el retorno semanal que se recoge en la Convención, que resulta más lógico. Las restantes categorías de trabajadores que entonces se recogían -apartados b, c, d y e del artículo 2- no difieren más que en algún término de las finalmente incluidas en el precepto.

Algunas delegaciones mostraron su oposición a excluir categorías de trabajadores, entendiendo que debía ampliarse el objeto de la Convención extendiéndolo a cualquier persona que trabajara, pues de lo contrario se contradecía el mandato recibido de la Resolución 34/172 de la Asamblea General¹¹⁰. En cualquier caso, pese a las insistencias, el párrafo segundo del artículo 2 está redactado en términos muy similares a los que se propusieron en 1985, con la salvedad de que se explicitaba la exclusión de la aplicación a los marineros en barcos de guerra¹¹¹.

En cuanto a las categorías incluidas en la Convención, con la breve ampliación hecha en relación con los trabajadores por cuenta propia, no nos

¹⁰⁸ Véase UN Doc A/C.3/40/6, pp. 7-8, párrafos 18-19. Ahí justifican además que los altos directivos, al ser asalariados en una compañía, no eran considerados autónomos ni empresarios, sino apleados bajo la definición general de la Convención. Seguramente con ello pretendían ganarse el apoyo de aquellas delegaciones que veían en la inclusión de este grupo de trabajadores una posible protección de trabajadores extranjeros que de por sí ya tenían una situación privilegiada.

¹⁰⁹ A/C.3/38/5, pp. 21-22, párrafo 72.

¹¹⁰ Resolución de la Asamblea General A/RES/34/172, *Medidas para mejorar la situación y garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todos los trabajadores migratorios*, de 17 de diciembre de 1979. Recordemos que es la Resolución por la que se crea el Grupo de Trabajo. En cuanto a la posición de las delegaciones mencionadas, véase A/C.3/37/1, pág. 23, párrafo 79.

¹¹¹ UN Doc A/C.3/40/1, pp. 38-39, párrafo 176.

extenderemos más, puesto que su explicación no va a ayudar más en relación a nuestro objetivo principal: la delimitación del migrante en situación irregular. Quedan claras las categorías incluidas en el objeto de la Convención. Por ello, pasaremos a referirnos al siguiente grupo de personas amparadas por la Convención, además de los trabajadores migratorios y sus diferentes categorías incluidas: los familiares.

De acuerdo con el artículo 4:

“A los efectos de la presente Convención, el término "familiares" se refiere 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 entre los Estados de que se trate”.

La necesidad de proteger no sólo al migrante que va a realizar una actividad remunerada sino también a sus familiares es una cuestión tomada en consideración desde 1981, cuando el GTCTM comenzaba a caminar, considerando los efectos, principalmente negativos, que supone la migración sobre las familias, por lo que resulta necesario protegerles¹¹².

Ya hemos recogido en el primer apartado de este capítulo las cuestiones que plantea el concepto de familia. La idea de que el núcleo familiar y la vida en familia han de ser protegidos es innegable y se subrayó en diversas ocasiones. Sin embargo, como ya advertíamos, en la actualidad el concepto de familia es variado y ello causaría algunos problemas¹¹³. La discrepancia no es sólo de concepto, que entendemos reflejada culturalmente, así los países nórdicos tienen un idea de la familia que en poco se parece a la que tenemos los países latinos o los africanos. Esto no hace una concepción mejor o peor que la otra, pero debiera suponer, en nuestra

¹¹² UN Doc A/36/378, *Measures to Improve the Situation and Ensure the Human Rights and Dignity of All Migrant Workers*, New York, 1981, anexo I, pág. 3.

¹¹³ “Some delegations indicated their preference for the narrower and, in their view, more precise definition set forth in Article 13 of ILO Convention No. 143 according to which the principle of reunification of families would apply in respect to spouse and dependent children, father and mother”. UN Doc A/36/378, anexo XII, pág. 10, párrafo 58.

opinión, la admisión de un concepto más amplio e inclusivo de una definición de familia.

La discrepancia, no obstante, viene también respecto del marco normativo a aplicar. Mientras algunos países defendían la aplicación de la ley personal, como es lógico y consecuente del Derecho internacional privado, con las limitaciones establecidas, por ejemplo, en el respeto al orden público -con el objeto de no aplicar la ley personal a casos como el de la poligamia-; otros países entendían que las relaciones familiares debían regularse por la ley del Estado de empleo. Entre éstos destacaron los países nórdicos -en concreto Suecia, Finlandia y Dinamarca- y Australia, argumentando que dado que en el resto de la Convención se hacía referencia continua a la legislación del Estado de empleo, especialmente como base de los derechos reconocidos en el tratado, y que su propuesta -concretamente era Finlandia la que llamaba la atención sobre estos argumentos- incluía una noción de familia que era la del núcleo familiar, en los mismos términos debía referirse la expresión de los familiares en relación con la norma del Estado receptor¹¹⁴. Sin duda estos países tienen una tradición cultural de “menor apego” -nos atreveríamos a afirmar- entre los miembros de la familia y su concepción de la misma difiere en determinados aspectos de lo que una familia marroquí, como ejemplo, puede llegar a ser. Además ignorar estas otras concepciones de la familia no sólo hubiera sido injusto con la apreciación que pueden tener otras culturas, sino poco respetuoso. Entendemos que el estatuto personal que regula ciertas cuestiones como las familiares no debe ser rechazado y así el concepto de familia debiera ser inclusivo.

De tal importancia resultaba llegar a un acuerdo que el Grupo de Trabajo, en cuya sesión de 1986 estaban invitados la International Labour Organization (ILO/OIT) y la Economic Commission for Africa (ECA), solicitó a la ECA que presentara el contenido principal de un documento que circulaba entre algunos miembros del Grupo en relación a este concepto y que el representante de la ECA citó como un documento del International Council on Social Welfare (ICSW) de junio de 1985:

¹¹⁴ UN Doc A/C.3/40/6, pág. 32, párrafos 152-153.

“1. Nuclear family, refers to husband, wife and unmarried children residing in the same household. (The latter is a socio-economic unit consisting of individuals living together and sharing quarters and meals.)

2. The extended family, referred to also as composite or joint family, includes three or more generations (grandparents, their married children and wives, their grand-children) as well as other relatives residing frequently in a common household, compound or neighbourhood. Extended families are a common form of family organization in traditional societies.

3. The modified extended family, a common form of family organization in modern industrialized societies, refers to three or more generations residing in separate households, but maintaining bonds of affection, support and social interaction”.

El delegado africano de la ECA llamó la atención sobre la provocación que podía suponer la idea de familia extensa a los migrantes en situación irregular o la cuestión de la poligamia -practicada en África por motivos religiosos o tradicionales- subrayando que en ambos supuestos podía tener consecuencias respecto a la reagrupación familiar o a la aplicación de las normas que regulan la herencia. Si bien estamos completamente de acuerdo con el derecho inherente a toda persona a una identidad cultural, entendemos en este punto un par de problemas.

El primero es una clara visión patriarcal y machista no sólo de la familia sino también de la sociedad y las tradiciones¹¹⁵. No sólo lo atestiguan las aberraciones cometidas en nombre de la religión -pensamos, sin duda, en violencia contra las mujeres en forma de violaciones, mutilación genital, entre otras- sino otras cuestiones -a simple vista no violentas o no tanto como las mencionadas- como los matrimonios forzados¹¹⁶ o la poligamia, que, si bien es ampliamente aceptada en muchos países, es una clara manifestación de una sociedad machista, o como las definiciones arriba aportadas por el ICSW en las que se habla de las esposas -siempre

¹¹⁵ Al respecto, hemos de recordar que el Tribunal Supremo español ha reconocido repetidamente y con carácter general que “una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos, es causa de asilo”, STS de 7 de julio de 2005 -RC 2107/2002- y STS de 8 de julio de 2008 -RC 2316/2005-.

¹¹⁶ En relación con esta cuestión, el Tribunal Supremo español reconoce que “la persecución por razón de sexo resulta encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales” [que son causa de asilo], STS de 9 de septiembre de 2005 -RC 3428/2002- y STS de 10 de noviembre de 2005 -RC 3930/2002. Y encuadra entre esas persecuciones sociales que causan asilo “una situación de hostigamiento y amenazas contra una mujer para obligarla a casarse”, STS 31 de enero de 2008 -RC 4773/2004-.

adyacentes al cabeza de familia, hombre por supuesto- como aquellas familiares que junto a los hijos forman el núcleo familiar que puede extenderse y modificarse.

El segundo problema o cuestión que parece surgir es que, siendo posible entender el conjunto familiar como aquel más allá de la pareja y su prole fundamentado en tradiciones culturales y sociales diferentes -y así lo defendemos pues implica un soporte afectivo, social y económico mayor que la familia nuclear y loable por el auxilio que ofrece-, no ha de ser incompatible, es más ha de ser respetuoso con la sociedad de acogida y, por tanto, cuestiones como la poligamia o los viajes al país de origen para efectuar prácticas prohibidas en los países de destino han de ser descartadas de la vida 'normalizada' en los países que generalmente tienen culturas, costumbres y normas diferentes¹¹⁷. Si la primera cuestión puede ser modificada sólo a largo plazo con base en la educación y la comprensión -que no asimilación- de otros modelos sociales y del sentido y significado de la igualdad¹¹⁸; la segunda cuestión requiere de un esfuerzo con resultados a corto plazo si se plantea con decisión el derecho a información de los migrantes antes del proceso migratorio con el objetivo de tener conocimiento de la sociedad que los acogerá, de sus derechos humanos, pero también de sus deberes como ciudadanos.

Aunque en términos similares a los de su redacción final se definía desde el inicio de los trabajos preparatorios, no incluía una referencia directa a la relación que tenga efectos equivalentes al matrimonio en el primer documento, aunque sí lo haría ya en los trabajos de 1982, como veremos a continuación¹¹⁹. Sin embargo sí lo hacía respecto a los padres, quienes eran incluidos como familiares protegidos, con

¹¹⁷ En España, se encuentra tipificada la mutilación genital femenina en cualquiera de sus formas en los artículos 147 a 150 del Código Penal.

Para un análisis del marco legal de la mutilación genital femenina en España, véase KAPLAN, A.; TORÁN, P.; BERMÚDEZ, K.; CASTANY, M^a J., «Las mutilaciones genitales femeninas en España. Posibilidades de prevención desde los ámbitos de la atención primaria de la salud, la educación y los servicios sociales», *Migraciones*, nº 19, Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones, junio 2006, pp. 202-204.

¹¹⁸ KAPLAN, A.; TORÁN, P.; BERMÚDEZ, K.; CASTANY, M^a J., op. cit., pág. 204 y ss.

¹¹⁹ Y lo propondrían sin tapujos los países del MESCA en diferentes propuestas, a destacar la 1986 por Finlandia, Italia, Noruega, Portugal y Suecia, adhiriéndose Yugoslavia. Con ánimo de alcanzar un consenso y de recoger una definición lo suficientemente inclusiva y no demasiado amplia para que cupieran todas las acepciones de familia, esta propuesta sirvió de base provisional para la redacción del artículo 4, en UN Doc. A/C.3/41/3, pág. 7, párrafo 33 y pág. 9, párrafo 43.

independencia de la legislación interna de los Estados¹²⁰. Predominó esa idea a pesar de que los representantes de Francia, Países Bajos y otros Estados propusieron que la definición de “familia” quedara al arbitrio de los países de destino, sujeto en su caso a los acuerdos bilaterales que pudieran concluir con países de origen¹²¹ y de que Estados Unidos de América pretendiera reducir la definición al matrimonio y los hijos no casados menores de 21 años¹²². En un documento posterior, Estados Unidos de América señalaría que sin haber establecido una definición de trabajador migratorio no podía definirse quién era familia y por eso proponía, de nuevo, el concepto antes referido para el caso de los migrantes documentados¹²³. También defendió en su nombre, y en el de varias delegaciones como la holandesa, que en caso de conflicto de leyes del Estado de origen y del Estado de destino, debía prevalecer la ley de éste último¹²⁴, y en otro documento posterior propondrían que se siguiera el concepto definido en la legislación nacional aplicable del Estado de empleo para determinar la definición de “familiares” eliminando así la posibilidad de duda respecto a qué ley debía prevalecer.

Ante ello otras delegaciones en el Grupo de Trabajo acordaron que cualquier referencia a los estándares internacionales debía ser borrada; Bélgica entendía demasiado amplia la referencia a la legislación nacional aplicable, por lo que proponía su eliminación; Grecia, con el apoyo de Yugoslavia, entendió que la definición de “familiares” debía ser de acuerdo con la legislación del país de origen; e Italia consideró que debía aplicarse la legislación del país en que se encontrara el migrante y sus familiares, fuera el de origen, el de tránsito o el país de destino; otros representantes, por su parte, defenderían una definición lo más amplia posible que tuviera en consideración los diferentes conceptos de familia primordiales en cada región del mundo. Siendo esta última una posición mucho más interesante e

¹²⁰ “For the purposes of this Convention, the concept of “family” includes spouse, parents and minor children and any person who in accordance with the relevant laws of the State of origin is placed under the legal guardianship of the worker”. UN Doc A/36/378, *Measures to Improve the Situation and Ensure the Human Rights and Dignity of All Migrant Workers*, New York, 1981, anexo I, pág. 3.

¹²¹ UN Doc A/36/378, anexo XII, pág. 11, párrafo 62.

¹²² UN Doc A/36/378, anexo XII, pág. 11, párrafo 63.

¹²³ UN Doc A/36/383, *Measures to Improve the Situation and Ensure the Human Rights and Dignity of All Migrant Workers*, New York, 1981, anexo, pág. 19.

¹²⁴ UN Doc A/36/383, anexo, pág. 19.

integradora que las demás, tuvo tanto valor como la del representante de Egipto, quien defendió, lógicamente -puesto que es la posición tácitamente aceptada-, que de acuerdo con los principios del Derecho Internacional la definición de “familiares” debía estar sujeta a la ley nacional del Estado de origen del trabajador -en la línea de lo que habían defendido Grecia y Yugoslavia, aunque mejor argumentado-, pudiendo referirse al Estado de empleo como excepción y con los propósitos de la Convención y pudiendo asimismo ampliar la definición por acuerdos bilaterales o multilaterales¹²⁵.

En cualquier caso, el precepto que finalmente se acordó recogía un concepto de familia ligeramente amplio, en un sentido tan impreciso como inclusivo. En la norma aprobada se enumeran, pero no definen o no al menos de forma determinante, como familiares tres relaciones diferentes: la de pareja; la de filiación; y la de dependencia, en la cual caben perfectamente los ascendientes aunque específicamente no se nominen.

En cuanto a la relación de pareja podemos recordar la amplia discusión que ha generado el concepto de “reagrupación familiar” en general en el ámbito jurídico para comprender la dificultad en la que se encontraron las delegaciones para acordar este punto -y no sólo respecto a la relación de pareja, evidentemente-¹²⁶. En 1982, sin embargo, ya se adoptó un concepto de pareja amplio, que merece ser referido [numerado en aquel momento como artículo 3]: “(a) The spouse, that is to say (i) The husband or wife legally married to the worker; [(ii)In the absence of marriage, the companion who lives matrimonially with the worker if such a relationship is recognised by the law governing the personal status of the worker]”¹²⁷.

¹²⁵ A/C.3/37/1, pág. 24, párrafos 82-85.

¹²⁶ La doctrina del Derecho, sobre todo los iusprivatistas, ha estudiado de manera amplia en las últimas décadas el concepto de reagrupación familiar, dando lugar a interesantes reflexiones acerca de quién ha de ser considerado familiar. No obstante, esta discusión ha surgido a raíz de la aprobación de normativas nacionales y la comunitaria europea -Directiva – y no de la Convención en sí. A pesar de ello, pueden hacerse extrapolables sus conclusiones por la similitud de la terminología utilizada.

Véase MARÍN CONSARNAU, Diana B., «Relaciones familiares y situaciones de irregularidad: Propuestas de solución», en CHUECA SANCHO, Ángel G. (dir.) *Derechos Humanos, Inmigrantes en Situación Irregular y Unión Europea*, Valladolid, Lex Nova, 2010, pp. 203-217.

¹²⁷ A/C.3/37/1, pág. 24, párrafo 81. Los corchetes en el texto del borrador de la Convención indican partes no acordadas por los miembros del Grupo de Trabajo.

El artículo finalmente se refiere 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”.

Respecto a la relación de filiación, la expresión “los hijos a su cargo” es lo suficientemente amplia como para no excluir a ningún hijo o hija que dependa del padre o de la madre que emigró. Sin embargo plantea serias dudas, como las planteó en el momento de su redacción¹²⁸, puesto que esa misma amplitud puede considerarse una vaguedad y una remisión, irremediable, por otra parte, tal y como establece el Derecho Internacional Privado, a la ley personal, para comprender la expresión en su conjunto. Al no determinar quién es considerado hijo o hija ni en qué supuestos está a cargo de los progenitores deja en cierto modo la puerta abierta a restringirlo mediante la normativa nacional. Y tal es el criterio que Estados Unidos, con el apoyo de Holanda, pretendía extender al concepto de “familiar” recogido en la Convención, que finalmente no fue apoyado completamente, sólo en parte¹²⁹.

Sin embargo, los menores son considerados un grupo vulnerable y de ahí la aprobación de una Convención sobre los Derechos del Niño¹³⁰ -CDN-, que les protege especialmente. Claro que no puede identificarse menor con hijo y en esto la Convención comete un grave error al que haremos referencia más adelante. No obstante la CDN establece la mayoría de edad siendo utilizado tal límite temporal como condición *sine quoniam* para la responsabilidad de los padres respecto de los hijos, esto es, la determinación de si un hijo o una hija está a su cargo. El primer borrador -el denominado First Reading- recogía opiniones tan dispares que se refirió

¹²⁸ Aunque el precepto propuesto, mencionado arriba, hablaba de hijos dependientes -o “a su cargo” como se ha traducido de la versión oficial inglesa a la española. Algunas delegaciones propusieron delimitar más la acepción manifestando su preferencia por “minor unmarried children”, entre aquellas la República Federal de Alemania y Australia, UN Doc. A/C.3/41/3, pág. 9, parágrafo 44 y pag. 10, parágrafo 47.

¹²⁹ “For the purpose of this Convention, the term 'members of the family' includes all persons recognized as such by the applicable national legislation of the State of employment”. A/C.3/37/1, pág. 24, parágrafo 82.

¹³⁰ Convención sobre los Derechos del Niño, por la Resolución 44/25 de la Asamblea General, 20 de noviembre de 1989.

en su artículo 3 -referido entonces a los familiares- entre corchetes, a los hijos dependientes, menores y no casados¹³¹.

Otra cuestión relativa a la filiación abordada por el Grupo de Trabajo fue la de la nacionalidad de los hijos. Se expresó la idea de que los hijos que adquirieran la nacionalidad del Estado de empleo no fueran sujetos, y por tanto no se les aplicara, la Convención. Asimismo se planteó la cuestión de la doble nacionalidad como algo a tener en cuenta por la Convención¹³².

Dicho esto, no parece entenderse de manera unánime quién estará protegido por la Convención que aquí analizamos como hijo o hija. Por tanto, no podemos definir claramente si los hijos adoptivos, si aquellos menores acogidos o que se encuentran bajo instituciones como la “kafala” se verían protegidos por la norma. De hecho, en el artículo 3 que se proponía en 1982, se incluía a los hijos: “(b) The children [whether legitimate, natural and recognised or adopted] who according to the applicable legislation, are considered as regularly dependent upon and in care of the worker or his spouse”; esto es, además de dejar patente de nuevo la visión androcéntrica de los redactores, se reconocía como hijos los legítimos, naturales y reconocidos o adoptados cuando así lo sean de acuerdo con la ley aplicable y sean considerados dependientes¹³³. Lamentablemente tal claridad desapareció del texto y, aunque debiera entenderse que todos adoptan este sentido, la realidad es que el artículo 4 deja el reconocimiento de los hijos que serán considerados dependientes a la legislación aplicable, tal y como hace para otros familiares reconocidos como dependientes.

Por otra parte, en cuanto a la relación de dependencia recogida en la coletilla “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”,

¹³¹ En concreto, se referenciaba como menores a [the dependent [minor, unmarried] children] A/C.3/37/1, pág. 32, Text of Articles of the Draft International Convention... First Reading.

Entre corchetes se recogía la redacción con cuestiones o definiciones sobre las que no se había llegado a un acuerdo en el Grupo de Trabajo.

¹³² En cuanto a que los hijos que adquirieran la nacionalidad del Estado de empleo, México propuso que se incluyera un apartado expresando tal aspecto dentro del artículo 1 en su primera redacción. Tanto esta solicitud como la de la inclusión de la cuestión de la doble nacionalidad se recogen en el documento del Grupo de Trabajo A/C.3/37/1, pág. 20, parágrafo 72.

¹³³ A/C.3/37/1, pág. 24, parágrafo 81.

tampoco quedaría definido quién estará a cargo del migrante. Podemos converger en la idea de que los menores de edad estarán irremediamente incluidos, siempre que estén a cargo de la persona migrante. Pero aunque pueda parecerlo, desde nuestra óptica, bastante lógico, no sería tan evidente la inclusión de los discapacitados - mayores de edad-, ni de los ascendientes. Estos últimos sí eran recogidos directamente por el texto propuesto en 1982, ya referido, que los incluía como apartado “(c) Dependent ascendants of the worker or his spouse”¹³⁴. Aquellos, las personas discapacitadas, podrían quedar incluidas, como las personas mayores, en la expresión “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”, en la línea expuesta por Egipto. Sin embargo, no quedan directa y expresamente incluidos como sería deseable, y como propuso la delegación argentina¹³⁵. Finalmente no se haría mención expresa ni a las personas discapacitadas ni a las mayores, tal y como algunas representaciones defendieron.

Por otra parte, nos parece que existe cierta contradicción entre la inclusión de los familiares como sujetos de la Convención y la utilización de la expresión “Estado de empleo”, en lugar de “país receptor o de destino”. La elección de aquella expresión denota la importancia dada a la cuestión laboral, no obstante la Convención se dedica a proteger principalmente a los trabajadores migrantes. Sin embargo ello supone, *a sensu contra* -porque los familiares como tales no tienen por qué ejercer una actividad laboral en el “Estado de empleo” en principio-, que protege secundariamente a los familiares. Esta es una cuestión que alguna delegación apuntó en el Grupo de Trabajo¹³⁶, pero el resultado final, a nuestro parecer resulta insatisfactorio por los argumentos en otras ocasiones esgrimidos: delimitar el ámbito de protección de la Convención a los trabajadores es quizá un acierto por los avances que ha supuesto en determinadas cuestiones hasta ese momento no referidas en ningún otro tratado internacional, pero es quizá también un error por la dependencia inmediata que genera a los familiares respecto del trabajador o trabajadora,

¹³⁴ A/C.3/37/1, pág. 24, párrafo 81.

¹³⁵ A/C.3/37/1, pág. 25, párrafo 87.

¹³⁶ En concreto la delegación portuguesa con el fin de incluir a los familiares, en UN Doc. A/C.3/41/3, pág. 16, párrafo 83.

dependencia que en cuestión de derechos humanos consideramos contradictoria, y porque obvia al ser humano como sujeto mismo de las migraciones. Cabe subrayar que por encima de cualquier otra cualidad somos personas y la especialidad -género, discapacidad, o no poseer la nacionalidad del Estado en que se encuentra una persona- que permite y recomienda la protección de un grupo concreto es su vulnerabilidad, vulnerabilidad que puede agravarse por determinadas circunstancias -por ejemplo, la irregularidad, ser menor de edad o mujer-. Sin embargo, la calidad de trabajador únicamente obliga a la aplicación de un ámbito normativo concreto como es el laboral, que, como la Convención, las normas de la OIT y otros ordenamientos recomiendan, ha de aplicarse del mismo modo a nacionales y extranjeros.

Por último, atendiendo a los familiares, hemos de recoger un apartado de aquellos preceptos dedicados a los migrantes en situación regular, pero que afectan directamente a posibles situaciones de irregularidad. Nos referimos al artículo 50 de la Convención, que ampara a los familiares de un trabajador migratorio en caso de fallecimiento de éste o de disolución del matrimonio y alienta a los Estados a considerar favorablemente concederles una autorización para permanecer en el país, permitiendo, de lo contrario -esto es, si no se le concede una autorización para permanecer-, un tiempo razonable para arreglar sus asuntos antes de salir del Estado de empleo. Las diferentes propuestas de redacción de este artículo venían todas a recoger un mismo aspecto: que los Estados no condenaran a la irregularidad a aquellos familiares que, a causa de un fallecimiento o porque las circunstancias familiares llevaran a una ruptura de la unidad familiar, quedaban en cierto modo desamparados al no tener el ‘sostén’ económico de la familia, que es el trabajador migratorio¹³⁷. Sin embargo, se eliminó la referencia, que en un principio se recogía, a la separación como causa de este trato favorable, puesto que, algunos Estados cuestionaban el significado de ‘separación’ y otros consideraban que debía ser referida a la ‘separación legal’ dada las diferentes regulaciones nacionales al respecto¹³⁸. El consenso final respecto a tener en cuenta el período de tiempo que los

¹³⁷ UN Doc A/C.3/44/4, *Report of the Open-ended Working Group on the Drafting of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, New York, 1989, pp. 13-18, párrafos 50-67.

¹³⁸ Entre los primeros, se encontraban Marruecos o China; entre los segundos, Grecia o la Unión Soviética, en UN Doc A/C.3/43/1, pp. 7-9, párrafos 26, 32-34.

familiares hubieran residido en el Estado de empleo¹³⁹ facilitó la adopción del artículo 50, pues introducía un trato a favor de los familiares de un trabajador migratorio fallecido o respecto al cual se hubiera disuelto el matrimonio, pero permitía a su vez cierta discrecionalidad al Estado, que consideraría el tiempo de residencia previa a tal suceso para conceder una autorización más o menos amplia.

2.3. Categorías excluidas

“Artículo 3

La presente Convención no se aplicará a:

- a) 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;
- b) 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;
- c) Las personas que se instalen en un país distinto de su Estado de origen en calidad de inversionistas¹⁴⁰;
- d) 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;
- e) Los estudiantes y las personas que reciben capacitación;

¹³⁹ Este aspecto fue introducido por Canadá en la propuesta alternativa de artículo, que recogía la idea de que la permanencia en el Estado de empleo no era un derecho absoluto de los familiares, pero que sí debían tener los Estados la obligación de considerar tal circunstancia para garantizar una autorización, como cláusula humanitaria. Australia, que ya se había manifestado en ese sentido, y Noruega, apoyarían la propuesta canadiense. UN Doc A/C.3/43/1, pág. 9, párrafos 39 y 40.

¹⁴⁰ Esta cuestión era preocupación de los países en desarrollo que querían reducir la Convención a aquellos grupos más vulnerables de migrantes, véase CHOLEWINSKI, Ryszard, 1997, op. cit., pág. 153.

f) 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”.

La idea central era la de no amparar bajo esta norma a las personas que ya tenían una protección especial bajo otros instrumentos internacionales, tales como representantes gubernamentales o funcionarios civiles internacionales¹⁴¹; bajo la perspectiva de una definición clara y no ambigua de “trabajador migratorio” se entendió que aquellos trabajadores de organizaciones que fueran destinados a un país por un determinado período de tiempo debían ser excluidos, en línea con lo que la OIT había adoptado en sus instrumentos relativos a los trabajadores migrantes¹⁴². De hecho, por medio de esos tratados que les protegían se enumeraban las personas excluidas del amparo de la Convención, exceptuando a los marinos, a lo que haremos referencia seguidamente. Bajo un epígrafe “subsidiario” se excluían a aquellas personas cubiertas por la Convención de 13 de febrero de 1947 sobre privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas, la Convención de 21 de noviembre de 1947 sobre privilegios e inmunidades de Agencias Especializadas, la Convención de 18 de abril de 1961 sobre relaciones diplomáticas, y la Convención de 24 de abril de 1963 sobre relaciones consulares¹⁴³.

Como resultado no quedaban enumerados en esta definición ni bajo ese prisma las categorías delimitadas en los apartados c) a f) del artículo 3, y el apartado b) quedaba únicamente amparado bajo el concepto de funcionario civil internacional, a quien un Estado puede enviar a otro por motivos de trabajo ya sea contratado directamente o indirectamente por dicho Estado. De tal modo, en el primer borrador, y en el artículo 2 consensuado en 1983¹⁴⁴, sólo se recogían a los empleados de organizaciones y agencias internacionales y a los empleados por un Estado -aunque se mencionaba, unitariamente, que fuera para la ejecución de programas de cooperación al desarrollo en lugar de programas de desarrollo y programas de cooperación-.

¹⁴¹ A/36/378, anexo XII, pág. 10, párrafo 55.

¹⁴² A/C.3/37/1, pág. 23, párrafo 78.

¹⁴³ A/C.3/37/1, pág. 22, párrafo 74.

¹⁴⁴ UN Doc. A/C.3/38/5, pp. 21-22, párrafo 72.

Posteriormente el Grupo de Trabajo consideró diversas propuestas de exclusiones del ámbito de protección de la Convención. El texto del artículo 3 se iría redactando progresivamente, pero su determinación casi definitiva se produciría principalmente en 1985. A los dos apartados primeros, consensuados desde el primer borrador, se añadiría el apartado c) -que en aquel momento sería considerado apartado e)- en el decimotercer encuentro del Grupo de Trabajo el 2 de octubre de 1985 tras consultas informales en las que se dieron diferentes redacciones del precepto incluyendo incluso a comerciantes privados dentro del concepto -a propuesta de Estados Unidos de América- o a los residentes de larga duración y residentes permanentes -a propuesta de Australia por el estatuto de miembros de la sociedad australiana que tienen estos residentes frente a los trabajadores temporales, o 'guest workers', que entraban en el país sin ninguna garantía de permanecer-¹⁴⁵.

Refugiados y apátridas, apartado d), están amparados por sendas Convenciones¹⁴⁶, pero aun con todo pueden verse protegidos por esta Convención si una norma nacional o algún instrumento internacional que vincule al Estado en cuestión así lo preve. De hecho, algunas delegaciones propusieron eliminar esta exclusión porque sus derechos laborales no eran amparados por las Convenciones mencionadas, por lo que no debían ser excluidas ni tampoco incluidas¹⁴⁷. Sin embargo, otras delegaciones prefirieron mantener el apartado y, por tanto, su exclusión del amparo de la Convención porque de ser incluidos en su ámbito de protección “habría” que proteger no sólo sus derechos laborales sino otros como el de reagrupación familiar -argumento defendido por la delegación estadounidense- o que en los países africanos el problema de los refugiados era tal que tendrían verdaderos problemas económicos si debieran proteger los derechos recogidos en la

¹⁴⁵ Véase la propuesta estadounidense, el texto definitivo del párrafo -recogiendo la propuesta griega del séptimo encuentro del Grupo de Trabajo de 26 de septiembre del mismo año- y la propuesta australiana en UN Doc A/C.3/40/6, pág. 25, párrafos 106 y 110, y pág. 26, párrafo 117, respectivamente.

¹⁴⁶ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951 y Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 28 de septiembre de 1954.

Ambos supuestos no están excluidos de los Convenios de la OIT, n° 97 y n° 143, ni del Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante, como nos recuerda Cholewinski, en CHOLEWINSKI, R., 1997, op. cit., pág. 153.

¹⁴⁷ Así lo manifestó el delegado italiano, en UN Doc A/C.3/40/6, pág. 25, párrafo 112.

Convención -propuesta de la delegación marroquí, sorprendentemente-¹⁴⁸. Tanto en el primer caso como en el segundo, ambas delegaciones ofrecen un espíritu ciertamente egoísta respecto a la concesión de derechos humanos, preocupándose más de lo que podría costarles en términos económicos o propagandísticos que lo que en términos humanitarios y de derechos humanos supone. La exclusión finalmente se mantuvo y, salvo en ciertas excepciones que dependerán del Estado receptor, por tanto -nos tememos- de manera restrictiva e interesada, las personas refugiadas y apátridas no podrán verse protegidas por esta Convención en lo que pudiera beneficiarles. En cualquier caso, nos atrevemos a entender la salvedad recogida en el apartado d) como una aplicación caso por caso dependiendo de la regulación interna y de los instrumentos internacionales y, consideramos, que en aquel supuesto en que la normativa nacional refiera, por ejemplo, que las personas refugiadas o las apátridas sean titulares de los mismos derechos que los trabajadores migrantes se entenderán protegidas por la Convención.

Respecto a “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”, del apartado f), como adelantábamos, hemos de hacer referencia a las objeciones muy fundamentadas de la OIT. Acudiendo a la posición adoptada por los órganos de control de la Organización, y concretamente en el contexto del Convenio número 111¹⁴⁹, la Comisión de expertos en aplicación de los convenios y recomendaciones había considera que, “a fin de determinar si se daban los criterios de discriminación prohibidos en esta convención (entre los que figuraba el origen nacional), las distinciones efectuadas en el empleo y el ejercicio de la profesión en función de la nacionalidad o del lugar de residencia debían examinarse en cada caso a la luz de sus consecuencias concretas. De este modo, la Comisión concluyó recientemente que la posibilidad de que se aplicaran convenios colectivos distintos, con tasas de salarios convencionales diferentes, según la nacionalidad de los marinos empleados en un navío que ondeara el pabellón de un país del que no eran residentes equivale a una discriminación de los no ciudadanos y no residentes en función de su

¹⁴⁸ UN Doc A/C.3/40/6, pág. 26, párrafos 114 y 116, respectivamente.

¹⁴⁹ Convenio de la OIT número 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, 25 de junio de 1958.

origen nacional, e introducía de este modo una diferencia en el trato que era contraria a la Convención”¹⁵⁰. Por tanto, entendía la OIT que la exclusión introducida referente a los marinos se oponía las normas internacionales de la OIT relativas a la discriminación en el empleo. Sinceramente, poco se puede añadir a una explicación tan clara como la que dio la OIT, sin embargo, no fue considerada por el Grupo de Trabajo y los marinos y trabajadores en estructuras marinas no se encuentran amparados por la Convención, siempre y cuando no hayan recibido autorización para residir y ejerzan una actividad remunerada.

Tampoco encontramos amparo alguno a las personas contenidas en los apartados c) y e), quienes, como adelantábamos arriba, eran incluidos en la aplicación de la Convención en un principio. Respecto a la referencia a las personas que se instalen en un país distinto de su Estado de origen en calidad de inversores, hemos de tener presente que deriva directamente de la discusión sobre la inclusión de los trabajadores por cuenta propia como personas amparadas por la Convención. Cuando tal inclusión era previsible, a pesar de su provisionalidad formal, varios países llamaron la atención sobre la posible protección -debida a esa inclusión- de trabajadores privilegiados como los dueños de restaurantes, inversores u otras categorías de trabajadores en una elevada posición económica; algo a lo que se oponían fuertemente y con razón, añadimos, pues ese no fue en ningún momento el objetivo de la Convención ni debiera haberlo sido¹⁵¹. Al final se incluirían en el precepto tercero, excluyéndoles por tanto de la aplicación de la Convención¹⁵².

Respecto a los estudiantes y aprendices -la versión oficial en español del texto habla de “personas que reciben capacitación”, pero la traducción más fiel a “trainee” sería la de aprendiz-, su exclusión surgió tras consultas informales aunque incluiría, tal y como recogió el delegado sueco, en la aplicación de la Convención a aquellos que estuvieran autorizados por el Estado de empleo a ejercer una actividad

¹⁵⁰ UN Doc A/C.3/44/4, pág. 11, párrafo 43.

¹⁵¹ Fueron los delegados de Marruecos, Túnez, Senegal, Argelia, Yugoslavia y Zimbabwe, quienes expresaron este malestar, hasta tal punto que querían excluir también a todos los empleadores, en UN Doc A/C.3/40/6, pág. 13, párrafo 40.

¹⁵² UN Doc A/C.3/40/6, pág. 31, párrafo 150, donde se recoge el artículo 3 casi en su misma redacción final, salvo que en lugar de incluir al personal de estructuras marítimas incluía entre corchetes -por tanto provisionalmente- a los trabajadores por cuenta propia.

remunerada¹⁵³. A ello replicaron algunas delegaciones expresando la dificultad de extender la aplicación de la Convención a los estudiantes¹⁵⁴; entre ellos la Sra. Warzazi, delegada marroquí y fuerte impulsora de esta Convención, llamó la atención al Grupo de Trabajo sobre el riesgo de alentar los efectos de la fuga de cerebros -“brain drain”-¹⁵⁵. Finalmente se optaría, en el duodécimo encuentro el 2 de octubre de 1985, por dejar el párrafo como en el primer borrador: “(e) Students and trainees”.

Con menos lógica, pues no son protegidos por otra norma de alcance internacional, tampoco se incluyen en el ámbito de protección de la Convención las categorías de familiares que de tal modo no sean reconocidos por los Estados en que se encuentre la persona. Como ya recogíamos en el primer apartado de este capítulo y en el apartado anterior sobre las categorías incluidas, las divergencias sobre el concepto de familia existían y existen. La cuestión de la pareja no registrada es ampliamente conocida, y estudiada¹⁵⁶. Es un familiar que será rechazado como miembro de la familia en numerosos países pues aún son muchos los que no reconocen todavía dicha relación.

II. Derechos humanos de los migrantes en situación irregular

Antes de abordar la cuestión de los derechos humanos de los migrantes en situación irregular en la Convención, hemos de tener presente nuestro objetivo desde un principio. Éste no es otro que reconocer el marco de derechos que son amparados

¹⁵³ UN Doc A/C.3/40/6, pág. 27, párrafo 124.

¹⁵⁴ En concreto las delegaciones de la República Federal de Alemania, Francia, Marruecos, Holanda, Senegal y Yugoslavia, en UN Doc A/C.3/40/6, pág. 27, párrafo 125.

¹⁵⁵ UN Doc A/C.3/40/6, pág. 28, párrafo 126. Así lo recoge también Cholewinski y cita los esfuerzos para que los estudiantes que podían obtener un permiso de trabajo fueron acogidos por la Convención, sin éxito, aunque una interpretación más amplia y que hubiera sido más inclusiva habría desalentado a los países respecto a la explotación de estudiantes y pasantes -o estudiantes en prácticas- ‘baratos’, CHOLEWINSKI, Ryszard, 1997, op. cit., pp. 153-154.

¹⁵⁶ Véase al respecto MARÍN CONSARNAU, Diana B., «Reagrupación familiar y parejas de hecho», en APARICIO WILHELMI, Marco; ILLAMOLA DAUSÀ, Mariona; MOYA MALAPEIRA, David; RODERA RANZ, Susana, *Las fronteras de la ciudadanía en España y en la Unión Europea. Actas del II y III Encuentro de jóvenes investigadores en derecho de inmigración y asilo*, Girona, Documenta Universitaria, 2006, pp. 199-210.

por el texto, analizando brevemente las peculiaridades que cada uno de estos derechos arroja y considerando las lagunas, críticas, aciertos y otros aspectos dignos de mención en nuestra opinión. No obstante, no pretendemos hacer un análisis exhaustivo, pues ello daría pie a otro trabajo de investigación y, por tanto, somos conscientes de las limitaciones de espacio que nos imponemos. Aun con todo, resultaría incompleto el trabajo si no hiciéramos, al menos breve, una referencia a qué derechos humanos son reconocidos en el ámbito normativo internacional, para poder trasladar tal análisis al ámbito normativo interno.

La Convención, en su Parte III -artículos 8 a 35- titulada *Derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares*, alberga un catálogo de derechos humanos para todos los migrantes, recogiendo en la Parte IV aquellos derechos que son sólo reconocibles a los migrantes en situación regular. Este hecho significa dos cosas. En primer lugar, implica que la división en dos categorías de migrantes y ‘sus’ respectivos derechos humanos -todos frente a ‘regulares’- conlleva que la igualdad de trato entre migrantes es relativa y depende de la situación administrativa de la persona¹⁵⁷. Y, en segundo lugar, que existe un estándar jurídico mínimo de derechos y libertades aplicable a toda persona con independencia de su situación administrativa¹⁵⁸, lo que podemos denominar un catálogo de derechos humanos del migrante en situación irregular que diera lugar a un estatuto jurídico propio o diferenciado.

Recordemos lo ya referido en el capítulo segundo respecto a la DUDH y al estándar mínimo, el valor de ambos deriva no sólo de las obligaciones convencionales que han asumido los Estados, y que les llevan a reconocer, a su vez, el valor de los derechos humanos, sino también de los principios generales del Derecho. Como recordara el juez Tanaka, en 1966 respecto al principio de prohibición de la discriminación racial, y con base en los artículos 55.c y 56 de la Carta de Naciones Unidas, la protección de los derechos humanos constituye una “norma jurídica bajo las tres fuentes principales del Derecho internacional: i) los

¹⁵⁷ CHOLEWINSKI, Ryszard, 1997, op. cit., pág. 156.

¹⁵⁸ BONET PÉREZ, Jordi, «La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares» en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. (coord.), *Un mundo sin desarraigo: El Derecho Internacional de las Migraciones*, Madrid, Catarata, 2006, pág. 108.

convenios internacionales; ii) la costumbre internacional; y iii) los principios generales del Derecho¹⁵⁹. En tal sentido, si el estándar mínimo en Derecho Internacional viene reconocido esencialmente por los principios generales del derecho y por el derecho consuetudinario, el estatuto jurídico, en aquello que novedosamente se establece en la Convención, viene reconocido convencionalmente y, por tanto y por ahora, vincula únicamente a aquellos Estados que ratifiquen el texto. Por ello, la claridad, la concreción y la amplitud de los derechos amparados y protegidos en el texto son relativas, pero no menospreciables, dado que su aspiración -con toda probabilidad, no intencionada- nos parece claramente la de establecer un definido estándar mínimo, pues reconocer un catálogo de derechos humanos a las personas que se encuentran en situación irregular equivale a reconocer un estándar mínimo, esto es, unos derechos de los que toda persona es titular con independencia de dónde y en qué situación se encuentre y con base en el principio no discriminación, bien contemplado en la Convención como ya vimos en el capítulo cuarto.

El reconocimiento de un catálogo de derechos humanos para todas las personas es una proclama universal incontestable, sin embargo, pudiera parecer, a consecuencia de las normas internas de extranjería y del acercamiento jurídico y político al fenómeno de la migración, que tal obviedad no lo es tanto. Reconocer a los migrantes, y más concretamente a los migrantes en situación irregular, como sujetos que poseen derechos humanos es una cuestión tan necesaria como discutida por los órganos de poder. Como nos recuerda Groenendijk, ni ese respeto a los derechos humanos de los migrantes ha sido tan evidente a lo largo de los años -de hecho algunos gobiernos han desoído la jurisprudencia que reconocía tal reconocimiento de derechos¹⁶⁰- ni tampoco se ha avanzado tanto, si consideramos que el marco normativo internacional ya ofrecía un catálogo de derechos humanos

¹⁵⁹ *Asuntos relativos al Territorio del Sudoeste africano* (Etiopía y Liberia v. Sudáfrica), de 18 de julio de 1966, ICJ, Reports, 1966, pág. 314.

¹⁶⁰ Groenendijk, además de recordarnos que llevó décadas que los Estados reconocieran que la expresión ‘toda persona’ de la CEDH incluía a los migrantes, cita la sentencia del caso Abdulaziz en la que el Reino Unido en 1985 todavía argumentaba que el artículo 8 del Convenio no se aplicaba a los casos de inmigración. GROENENDIJK, Kees, en BOGUSZ; CHOLEWINSKI; CYGAN; SZYSZCZAC (eds.), op. cit., xix.

Abdulaziz, Cabales y Balkandali v. United Kingdom, 28 May 1985, § ..., Series A no. 94

reconocible a toda persona y que, en la descripción de la Convención, como veremos, queda simplificado¹⁶¹.

En todo caso, tibio, simple, poco ambicioso, a pesar de ello, el estatuto que la Convención adopta recoge el estándar mínimo internacional y corrobora la relevancia de los derechos humanos a la hora de establecer los controles migratorios por parte de los Estados, pues el ‘todo vale’ ya no puede ser admitido y la inobservancia de los compromisos derivados de las normas internacionales que protegen los derechos humanos tiene consecuencias jurídicas y su respeto es exigible¹⁶². De hecho, este marco de derechos humanos, presente también en los demás tratados de derechos humanos predecesores de la Convención, sirve a organizaciones que defienden los derechos humanos y a abogados como argumento contra algunas de las medidas, normas y acciones tomadas por los Estados que infringen ese mínimo y conllevan situaciones verdaderamente peligrosas para la vida de las personas que migran¹⁶³.

Veamos, antes de atender a los derechos humanos, como se desarrolló el debate respecto a la estructura y contenido de esta parte de la Convención. El borrador preliminar de la Convención o “First Reading”, que contenía un documento de trabajo presentado por Argelia, México, Paquistán, Turquía y Yugoslavia, al que se unirían Egipto y Barbados¹⁶⁴, dio lugar a un primer texto que contenía tanto las definiciones más relevantes como los derechos a ser reconocidos a todos los migrantes -incluyendo, por tanto, a los que se encuentran en situación irregular- o a los migrantes en situación regular en exclusiva. Son de nuestro interés los

¹⁶¹ Además de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los dos Pactos de 1966 -PIDCP y PIDESC- ofrecen un marco protector a todas las personas, como ya hemos analizado en el capítulo segundo.

¹⁶² Recordemos al respecto la relevancia dentro del ordenamiento español gracias a los artículos 10.2 y 96.1 de la CE.

¹⁶³ Tales son los casos de expulsiones en las que las medidas utilizadas para ‘inmovilizar’ a la persona expulsable le han causado la muerte. En concreto, en junio de 2007, murió asfixiado un joven nigeriano de 23 años al ser amordazado, además presentaba dos golpes, véase la noticia al respecto: http://elpais.com/diario/2007/06/12/espana/1181599215_850215.html

En relación con este tipo de medidas, el Consejo de Europa fue y ha sido tajante: quedan prohibidas. http://elpais.com/diario/2007/06/13/espana/1181685620_850215.html

¹⁶⁴ Documento A/C.3/35/WG.1/CRP.7, recopilado como anexo I en UN Doc A/36/378.

denominados en aquel documento de trabajo “derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes y sus familiares”¹⁶⁵.

Fue ya en 1981, al inicio de los trabajos preparatorios, en el primer borrador de un texto que pudiera ser Convención, y después de varias disquisiciones acerca de cómo estructurar los derechos humanos dentro de la Convención, cuando se albergó la idea propuesta por varias delegaciones. Éstas creyeron que se ganaría en claridad y precisión si se reestructuraba el texto distinguiendo sin ambigüedad entre los derechos inherentes a todos los migrantes y otros derechos adicionales reconocidos para quienes se encuentren en situación regular¹⁶⁶.

Sin embargo, y también en aquella sesión -una de las primeras del Grupo de Trabajo-, algunos representantes entendieron extremadamente inapropiado e impropio reclamar “la igualdad ante la ley” por parte de los migrantes en situación irregular cuya presencia en el territorio del Estado de destino violaba las normas de dicho Estado:

“Apart from this basic objection, these representatives considered that many of the rights mentioned in the illustrative list of this article [artículo 5 del primer borrador], for instance pension rights, could not, for practical administrative reasons, be granted to

¹⁶⁵ UN Doc A/36/378, anexo XII *Measures to Improve the Situation and Ensure the Human Rights and Dignity of All Migrant Workers. Draft Report of the Open-Ended Working Group on the Drafting of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, Intersessional meeting 11-22 May 1981.

En el mismo anexo, algunos países apuntaron la idea de que esta Convención fuera de naturaleza muy general para servir como marco que permitiera la existencia de acuerdos ya existentes y futuros que fueran los que especificaran y detallaran los aspectos. Por ello, veían el borrador del anexo I demasiado detallado. A/36/378, anexo XII, pág. 2, párrafo 8.

Otros países, sin embargo, apuntaban lo contrario, serios defectos en el contenido y en la forma. Entre estos países se encontraba España. A/36/378, anexo XII, pág. 3, párrafo 9.

En cualquier caso, fue en este documento de trabajo, aquí referido como anexo XII, donde se consideró la sugerencia de algunos países de establecer un marco de derechos humanos fundamentales de los migrantes en situación irregular.

¹⁶⁶ A/36/378, anexo XII, pág. 3, párrafo 11. Esta propuesta había sido hecha por Argelia, México, Paquistán, Turquía y Yugoslavia en el anexo I del tan referido UN Doc. A/36/378.

Tal fue la insistencia en su contra que en respuesta a varias delegaciones tuvieron que explicar el propósito de tal precepto, que era el de reconocer la igualdad ante la ley en similares circunstancias, y no en relación con los nacionales. Y que claramente no tenían ninguna intención de incitar la inmigración indocumentada. A/36/378, anexo XV, pág. 2, párrafo 4.

clandestine migrant workers whose identity and whereabouts could not be attested to in documentary form”¹⁶⁷.

En otro extremo, Jordania proponía una modificación del mencionado artículo 5 defendiendo la igualdad ante la ley de los migrantes en situación regular y la igualdad de trato y de condiciones laborales de éstos con los nacionales y, lo que resulta de más interés respecto al reconocimiento de los migrantes en situación irregular:

“Unauthorized migrant workers shall enjoy necessary protection under the law of the State of destination whenever it is deemed necessary and mainly whenever there seems to be any violation of their basic human rights”¹⁶⁸.

Como podemos apreciar el consenso brillaba por su ausencia y las posiciones eran dispares no sólo en las definiciones sino en las propuestas de contenido, esto es, los derechos humanos fundamentales a ser reconocidos a toda persona eran puestos en duda como si la normativa internacional protectora de derechos humanos previamente existente hubiera desaparecido al instante. Sin duda, la falta de voluntad de varios Estados era innegable y su entorpecimiento en el desarrollo de los trabajos en el GTCTM indudable. Decimos esto porque todos los Estados que acortaron el alcance de la Convención respecto a la protección de los migrantes en situación irregular y de sus derechos humanos han resultado ser aquellos que posteriormente no han ratificado el texto. En nuestra opinión, si tal era su intención y el resultado final del texto era irrelevante para su posterior aceptación, no tiene mucho sentido su labor en el Grupo de Trabajo, salvo que su interés fuera el de “boicotear” un texto que podría haber sido más ambicioso.

Por el contrario, sí se decidió, con la anuencia explícita o implícita de todos, la estructura que aproximadamente tendría la Convención en cuanto al reconocimiento de derechos. Ello estaría basado en la propuesta de refundación del

¹⁶⁷ A/36/378, anexo XIV, pág. 2, parágrafo 10. No se hace mención en el documento anexo de qué países presentaron tales objeciones.

Respecto a la “igualdad ante la ley” Estados Unidos propuso que fuera sustituida por “trato justo” o “debido proceso”. Argentina, por su parte, propuso que tal igualdad fuera reconocida “de acuerdo con la legislación nacional”. Como es evidente, al final vencieron estas posturas pues no existe ninguna referencia a la igualdad ante la ley en toda la Convención.

¹⁶⁸ A/36/378, anexo XV, pág. 2, parágrafo 2.

mencionado artículo 5, reelaborada por Finlandia con base en el trabajo realizado previamente por el MESCA y el Grupo 77, que recordemos había hecho la primera propuesta de documento de trabajo que incluía un abanico más amplio de derechos humanos, conteniendo los derechos económicos, sociales y culturales que otros países no preveían. Esta propuesta recogía, como contenido de un artículo, que se asegurarían los derechos humanos de todos los trabajadores migrantes -incluyendo los derechos que se derivaran de su trabajo-, se establecería el principio de igualdad de oportunidad y trato en ciertos aspectos respecto a los migrantes en situación regular, y se constituirían unos derechos sociales y económicos especiales para los migrantes en situación regular, así como su igualdad de trato respecto a los nacionales en el área de los derechos laborales¹⁶⁹.

Por otra parte, y antes de pasar a realizar la relación de los derechos humanos de todos los migrantes que venimos anunciando, esto es, los derechos reconocidos a los migrantes en situación irregular, hacemos una brevísima referencia al método de trabajo para la redacción de esta estructura consensuada, que también fue discutido. Holanda, apoyada por Estados Unidos, propuso formular las definiciones relacionadas con los trabajadores migrantes y seguidamente los derechos aplicables a los trabajadores migrantes documentados en situación regular, para después referirse a los derechos de los trabajadores migrantes indocumentados o en situación irregular. Por otra parte, el representante de Jamaica, con el apoyo de Argelia, Egipto, España y Turquía, propuso formular la lista de principios y derechos básicos aplicables a todos los trabajadores migrantes y sus familias con independencia de su *status*, seguido de una sección separada que recogiera los derechos de los trabajadores migrantes en situación regular. Por último, Suecia proponía formular primero los derechos de los trabajadores migrantes indocumentados o en situación irregular y después los derechos de los trabajadores migrantes documentados en situación regular¹⁷⁰. También se propuso, por parte de Italia y España y con el apoyo de

¹⁶⁹ UN Doc A/36/383, *Measures to Improve the Situation and Ensure the Human Rights and Dignity of All Migrant Workers*, New York, 1981, Anexo, pp. 5-6.

¹⁷⁰ Posiciones recogidas en UN Doc A/C.3/36/10, pág. 8, parágrafo 30.

Grecia, que las definiciones relativas a los trabajadores migrantes fueran examinadas con detalle por el Grupo de Trabajo en una etapa posterior¹⁷¹.

Finalmente se optó por la segunda propuesta y por posponer las definiciones relevantes. La decisión mayoritaria no fue del gusto de Estados Unidos y Holanda, cuyas delegaciones mostraron dudas sobre todo en cuanto a “postergar la consideración de las definiciones que se encontrarían en la primera parte de la Convención y en cuanto a anotar las estipulaciones relativas a derechos humanos de otros instrumentos internacionales que no eran relevantes en exclusiva a la cuestión de los trabajadores migrantes”¹⁷².

La redacción de los derechos humanos reconocidos a toda persona migrante tuvo dos momentos importantes, como veremos en las referencias a los documentos de trabajo en los que se recogen. El primero de ellos es el primer borrador del texto, el denominado First Reading de 1982¹⁷³, y el segundo es el documento de trabajo de 1986¹⁷⁴, importantísimo para nuestro trabajo pues en él se recoge la redacción final de conceptos tan importantes como la irregularidad o la no discriminación y de algunos de los derechos humanos recogidos en la Convención para todos los migrantes.

En definitiva, por un lado, el principio de no discriminación es inspirador del texto en su conjunto como ya recogíamos en el capítulo cuarto, es el principio que domina la Convención¹⁷⁵. Pero además, por otro lado, tengamos presente que los derechos humanos aquí recogidos son de aplicabilidad universal sin posibilidad de renuncia, ni voluntariamente ni por medio de presión -artículo 82 de la Convención-. Asimismo tampoco podrán los Estados excluir la aplicación de una parte de la Convención -artículo 88-, sin embargo nada impide, a priori, que puedan excluir algún derecho de los aquí recogidos por medio de la formulación de reservas en el momento de la firma, ratificación o adhesión -artículo 91-.

¹⁷¹ UN Doc A/C.3/36/10, pág. 9, párrafo 31.

¹⁷² UN Doc A/C.3/36/10, pág. 10, párrafo 33. Traducción propia.

¹⁷³ Recogido en UN Doc A/C.3/37/1.

¹⁷⁴ UN Doc. A/C.3/41/3.

¹⁷⁵ KARIYAWASAM, Prasad, «La Convención de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios de sus familiares» en MARÍÑO MENÉNDEZ, Fernando M. (coord.), op. cit., pág. 19.

La importancia de la Convención y, en concreto, del catálogo de derechos humanos que vamos a describir podríamos afirmar que reside principalmente, aunque no exclusivamente, en la persistencia en tiempo y espacio del amparo y protección de unos derechos y libertades¹⁷⁶ al margen de las cambiantes normas internas y acuerdos bilaterales, regionales o internacionales.

1. Derechos humanos configurados convencionalmente

La Convención reconoce los derechos humanos en un sentido muy aproximado a los Pactos de 1966 -PIDCP y PIDESC- y a la DUDH, en algunos casos restringiendo el derecho afectado, en otros definiéndolo mejor o ampliándolo. Ciertamente no hay muchas novedades respecto a estos derechos, precisamente por ser la mayoría de ellos derechos ya configurados convencionalmente, por lo que brevemente los enunciaremos, salvo especial atención a algunos derechos y libertades de especial relevancia para la migración irregular y los que comentaremos más adelante y que hemos denominado *derechos de novedosa configuración*.

1.1. Derechos civiles y políticos

El artículo 8 de la Convención reconoce la libertad de salir de cualquier país, incluido el de origen, recogida por el GTCTM desde los primeros documentos de trabajo en 1981 prácticamente con la misma redacción con la que finalmente se aprobó:

“Migrant workers and members of their families shall be free to leave any country, including their State of origin. This right shall not be subject to any restrictions except those that are provided by law, are necessary to protect national security, public order (ordre public), public health or morals or the rights and

¹⁷⁶ Son derechos fundamentales “que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano”, son aquellos derechos “que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al artículo 10.1 de la CE, constituye fundamento del orden político español”, FJ 4º STC 23 de noviembre de 1984.

freedoms of others and are consistent with the other rights recognized in this part of the Convention”¹⁷⁷.

Por otra parte, el derecho a entrar y permanecer en el Estado de origen, surgió en un primer momento como derecho de retorno -“re-enter” en inglés- al país de origen únicamente¹⁷⁸.

Confróntese con el artículo 4 del Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante:

“1. Cada Parte Contratante garantizará al trabajador migrante los derechos siguientes:

- El derecho de salida del territorio de la Parte Contratante de la que es súbdito;

- El derecho de admisión en el territorio de una de las Partes Contratantes para desempeñar en él un empleo remunerado cuando, una vez obtenidos los documentos exigidos, el trabajador migrante haya sido previamente autorizado a hacerlo.

2. Estos derechos están sometidos a las restricciones prescritas por la ley y relativas a la seguridad del Estado, al orden público, a la salud pública o a la moralidad.

3. Los documentos exigidos al trabajador migrante para la emigración e inmigración se extenderán en los plazos más breves posibles, a título gratuito o contra pago de una suma que no supere su costo administrativo”.

Hablamos de libertad o derecho a salir de un país y no de libertad de circulación¹⁷⁹, pues en realidad la formulación tanto de la propia Convención como de los artículos que le precedieron -PIDCP y DUDH-, esconden una falacia. Ya hemos recogido en el capítulo segundo un subapartado dedicado al artículo 13 de la

¹⁷⁷ UN Doc A/C.3/36/10, pág. 10, párrafo 34. Sólo se producen en el texto final dos cambios de léxico sin relevancia.

¹⁷⁸ *Ibidem*. First Reading -ídem, pág. 28- no recogía el derecho de permanencia, que sería mencionado ya en los términos en que definitivamente se aprobaría el artículo en UN Doc. A/C.3/41/3, pág. 20, párrafo 115.

¹⁷⁹ La libertad de circulación sí se reconoce en cambio en el ámbito europeo por el TUE, que permite la libre circulación de personas -con las limitaciones, cuestionables, que se han impuesto a los nacionales de algunos países incorporados recientemente-.

Respecto a la misma se pronunció el TJUE en la sentencia de 22 de junio de 2010, sobre decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación de los artículos 67 TFUE y 267 TFUE, presentada por la Cour de cassation (Francia). En esta sentencia el TJUE declara que los controles fronterizos con el fin de autorizar la entrada en uno de los Estados miembros del Convenio Schengen están prohibidos. Sentencia del TJUE de 22 de junio de 2010, C-188/10 y C-189/10 - Melki y Abdeli.

DUDH, y no es necesario explayarnos más en ello. Únicamente cabe mencionar, aún con el riesgo de resultar reiterativos, que hablar de una libre circulación cuando las personas en el siglo XXI no tienen libertad en la elección de su destino migratorio supone adulterar el significado de la norma por dos motivos, a pesar de que se reconozca el derecho de salir.

En primer lugar, como ya dijimos en el mencionado subapartado, si no existe el reconocimiento de un derecho a entrar, estamos simplemente reconociendo un derecho a permanecer en un limbo jurídico. Quien tiene derecho a salir de cualquier país incluido del propio, pero no puede entrar en ninguno, salvo en el propio, ¿de qué libertad dispone? No se está garantizando ningún derecho, porque lo que se reconoce es un derecho vacío de contenido y son los Estados los que lo han vaciado al restringirlo sin criterios claros y proporcionales que lo justifiquen con base en un respeto a los derechos humanos. Retomaremos esta cuestión en el último capítulo, pero la cuestión clave es que resulta en cierto modo absurdo y sorprendente establecer en una norma tal limbo jurídico.

No obstante, es indiscutible que en gran parte la justificación de la soberanía de los Estados viene de la determinación de quienes son nacionales y de quienes pueden entrar en su territorio. Sin embargo, ello no puede ser sin criterios claros y proporcionales -así, por ejemplo, el orden público no puede constituir una incontrolable “válvula” de soberanía de los Estados en materia de extranjería¹⁸⁰- y, además, sería cuando menos más honesto reconocer que un derecho de salida sin un derecho de entrada que lo complementa resulta significativamente ocioso. Asimismo hemos de recordar que existen dos limitaciones claras a tal ejercicio de soberanía: la vida familiar¹⁸¹ y el principio de *non-refoulement*¹⁸².

¹⁸⁰ Así lo ha puesto de manifiesto el TJCE: Sentencia del TJCE de 28 de octubre de 1975, C-36/75 - Rutili/Ministre de l'intérieur.

¹⁸¹ Respecto a la vida familiar como límite al ejercicio discriminatorio de la soberanía se ha pronunciado en numerosísimas ocasiones el TEDH. Pueden verse, entre otras, las sentencias en el caso *Moustakim v. Bélgica*, de 18 de febrero de 1991, o en el caso *Beldjoudi v. Francia*, de 26 de marzo de 1992.

El TEDH no ha variado su criterio, entendiéndolo además al interés superior del menor para permanecer en el territorio del Estado en lugar de ser expulsado a pesar de que hubiera cometido alguna infracción y para ello tiene en cuenta las dificultades que encontrará en el país de destino -supuestamente de origen, por la nacionalidad, pero con el que no mantiene ninguna vinculación- respecto a su

En segundo lugar, cuando las personas migran por necesidad y no por el mero placer o deseo de hacerlo, ¿no estamos convirtiendo un derecho en una cuasi-obligación?¹⁸³ Es más, esa obligación viene de la necesidad, una necesidad de hacer efectiva la dignidad humana reconocida ampliamente en las normas internacionales; pero la facultad de realizarla, que sería la propia *libertad de circulación*, no existe, es sólo el privilegio de unos pocos. Como ya hemos advertido, volveremos a esta cuestión más adelante, pues aquí hacemos una mera reseña de los derechos humanos reconocidos a los migrantes en situación irregular y la cuestión de la libertad de circulación es parte fundamental de nuestro análisis y, por ello, requiere de un estudio más profundo, como ya hemos iniciado en el capítulo segundo y concluiremos en el último.

El derecho a la vida y a la integridad física se recoge en los artículos 9 y 16 de la Convención. Resulta, cuando menos, curiosa la referencia que se hizo respecto a la protección del derecho a la vida en el seno del GTCTM: “under the same conditions as for citizens of the State concerned”¹⁸⁴, esto es, poniéndolo en relación con los derechos de los nacionales cuando la propia universalidad del derecho a la vida lo haría innecesario. No obstante, tal referencia entendemos que tiene que ver con la pena de muerte vigente todavía en algunos países -a pesar del Segundo Protocolo Facultativo del PIDCP-.

Ambos derechos inalienables se relacionan con la protección de la vida y de la persona contra la violencia y, en esos términos, con un concepto más amplio de no discriminación que permanece alerta frente al racismo y la xenofobia dirigida contra

integración. Así lo ha manifestado el Tribunal en casos como *Emre v. Switzerland*, no. 42034/04, § 68, 22 May 2008 y *Maslov v. Austria* [GC], no. 1638/03, § 71, 23 June 2008.

¹⁸² Nos remitimos al apartado 2.1 sobre el artículo 13 de la DUDH y el apartado 2.2 al tratar la Convención de Ginebra de 1951, ambos en la parte II del capítulo segundo.

¹⁸³ Como recuerda De Lucas, “tal enunciado normativo [el del artículo 8 de la Convención y el del artículo 13 de la DUDH] no permite sostener lo que sería coherente con la concepción liberal de los derechos... esto es, una libertad básica de decidir sobre uno mismo, sobre la propia vida, el propio futuro”, en DE LUCAS, Javier, «El marco jurídico internacional de las migraciones. Algunas consideraciones sobre la protección de los derechos humanos de los inmigrantes: acerca del derecho a ser inmigrante», en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. (coord.), *op. cit.*, pp. 39-40.

¹⁸⁴ UN Doc A/C.3/36/10, pág. 10, párrafo 34.

los migrantes en numerosos países del mundo¹⁸⁵. No obstante, toda apología de odio nacional, racial o religioso constituye una incitación a la discriminación y a la violencia que el Estado tiene la obligación de prohibir -artículo 20 del PIDCP-. Además el Estado ha de proteger a la persona de manera preventiva frente a los ataques tanto por parte de agentes oficiales como de otras personas y de las redes que trafican o se dedican a la trata de seres humanos, ofreciendo en último caso reparación por la responsabilidad que de esta obligación se deriva. Pero también, dentro del riesgo que supone el proceso migratorio -sobre todo en los casos de fronteras consideradas peligrosas por los accidentes naturales que han de sortear-, y a pesar de ser una decisión autónoma la de tomar ese riesgo, el Estado en cuyo territorio se produzcan situaciones de peligro ha de velar por proteger ante todo la vida de las personas evitando su muerte. Por último, el derecho a la vida se manifiesta también en la protección de la misma en relación con el derecho a la salud. La vulnerabilidad de los migrantes en situación irregular en estos supuestos es evidente, como ejemplifica el caso español¹⁸⁶, y el Estado debe garantizar en todo caso el derecho a la vida en estos supuestos -nos referiremos a ello al tratar el derecho a la salud-.

Tan relevante para el ejercicio y disfrute de los demás derechos, como el derecho a la vida, es el derecho a la dignidad humana, esencia y fundamento de la propia existencia del ser humano y base del respeto que debe recibir mínimamente toda persona. Se recoge en el artículo 17 de la Convención, casi de manera tangencial en relación con las personas privadas de libertad, pero con la suficiente

¹⁸⁵ CHOLEWINSKI, Ryszard, 1997, op. cit., pág. 159.

¹⁸⁶ Como consecuencia del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, BOE núm. 98, de 24 de abril de 2012, se restringe el derecho a la salud de los migrantes en situación irregular en España y las consecuencias no han tardado en notarse: falta de atención médica -en ocasiones por desconocimiento por parte del personal médico de sus obligaciones-; miedo a acudir a los centros hospitalarios por parte de los migrantes; e incluso, negación de la atención médica urgente con consecuencias tan graves como la ocurrida recientemente en Mallorca. Alpha Pam, migrante senegalés en situación irregular, acudió a los servicios médicos en tres ocasiones en las que se le denegó la atención y las pruebas que podrían haber comprobado la tuberculosis que sufría y por la que murió días después, véase http://www.eldiario.es/sociedad/Denuncian-Mallorca-inmigrante-atencion-sanitaria_0_128787155.html; ello a pesar de que la Ministra de Sanidad negará desatención, sin embargo, posteriormente fue destituido el gerente del hospital de Inca, véase <http://www.diariodemallorca.es/mallorca/2013/05/22/destituido-gerente-hospital-inca-muerte-alpha-pam/847442.html>

entidad como para identificarlo con la propia DUDH que establece en su artículo primero que “todos los seres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Aunque volveremos a hacer referencia a la misma cuando hablemos del trato respetuoso a las personas detenidas, es preciso recordar que a pesar de lo ambigua que puede ser su definición se fundamenta en la propia identidad de la persona y como tal es compartida por todos los seres humanos sin ningún tipo de distinción¹⁸⁷.

La prohibición de la tortura y de los malos tratos -artículo 10, como derecho relacionado directamente con el derecho a la vida y a la dignidad-¹⁸⁸, es de especial relevancia en el caso de los migrantes en situación irregular, pues la propia clandestinidad facilita la ocultación y realización de este tipo de violaciones. Al respecto, distintos organismos -desde el CAT del ámbito de las Naciones Unidas, hasta el Comité para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes del Consejo de Europa, así como los mecanismos extraconvencionales de la ONU- han realizado visitas y posteriormente denunciado al Estado español, entre otros, por las deficiencias de los centros de internamiento de extranjeros -CIEs- considerando que tales podrían ser consideradas trato degradante, cuando no inhumano, así como otro tipo de tratos inhumanos o degradantes en otros ámbitos y situaciones, como por ejemplo las detenciones policiales¹⁸⁹. Lo mismo pudiera aplicarse a las zonas destinadas a la retención de personas solicitantes de asilo o en espera de deportación en los aeropuertos y a los procedimientos de expulsión que en algunos casos han supuesto no sólo malos tratos, sino incluso la muerte de personas. Somos conscientes de que el asilo supone una garantía de protección que debiera desvincular a la persona inmediatamente de una situación de irregularidad, sin

¹⁸⁷ El TC determinó la dignidad humana como un “valor espiritual y moral inherente a la persona [...] que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás [...] junto al valor de la vida humana”, STC 53/1985, de 11 de abril.

Recordemos que la dignidad humana es fundamento del orden político y la paz social y tiene valor jurídico fundamental con base en el artículo 10.1 de la CE.

¹⁸⁸ UN Doc A/C.3/36/10, pág. 11, parágrafo 37.

¹⁸⁹ Véase Informe al Gobierno español sobre la visita a España realizada por el Comité europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, del 30 de mayo al 13 de junio de 2011. Estrasburgo, 30 de abril de 2013, pp. 42-50, en el que se detalla las numerosas deficiencias tras la visita a España, especialmente a los CIE de Aluche (Madrid) y Zona Franca (Barcelona).

embargo, la práctica corrobora como en ocasiones se ignora la propia situación de solicitante de asilo o, conociéndola, no se respeta su estatuto, teniendo en ambos casos como consecuencia la consideración -y el trato- como persona en situación irregular, con la vulnerabilidad que ello conlleva¹⁹⁰.

Por otra parte, la prohibición de la tortura incluye la no devolución o expulsión a países cuando existan razones fundadas de que las personas puedan en peligro de ser sometidas a la misma o a tratos crueles, inhumanos o degradantes - conforme al artículo 3 de la CCT en consonancia con el principio de *non refoulement*-¹⁹¹.

La prohibición de la esclavitud y de los trabajos forzados -en relación directa con el crimen de la trata de seres humanos¹⁹², artículo 11-¹⁹³, el derecho al honor y a

¹⁹⁰ En Reino Unido se han registrado denuncias por esos malos tratos que reciben mujeres migrantes que son deportadas: Joy Gardner, jamaicana, falleció bajo custodia tras ser detenida y amordazada por agentes de inmigración y de la policía, en julio de 1993; Dorothy Nwokedi, solicitante de asilo nigeriana, fue detenida junto con su hija en su casa de Londres inmovilizada y herida a causa de las cintas para inmovilizarla, llevada al aeropuerto para realizar la deportación, amenazada con que utilizarían una mordaza, esposada, y sin embargo el Servicio de Inmigración no encontró indicios de uso excesivo de la fuerza. En otros casos, se denuncia malos tratos como arrastrar a una mujer paquistaní, Rukhsana Faqir, y abofetearla, negándole la atención médica. Tanto el uso de mordaza como de cinta adhesiva fue prohibido por el gobierno británico en 1993, esto puede dar una idea de lo poco que preocupa a algunos gobiernos la integridad física y psíquica de las personas migrantes. Amnistía Internacional, *Los derechos humanos, un derecho de la mujer*, Madrid, EDAI, 1995, p.86-87.

¹⁹¹ Observación General 20 del Comité de Derechos Humanos, parágrafo 9: "A juicio del Comité, los Estados Partes no deben exponer a las personas al peligro de ser sometidas a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes al regresar a otro país tras la extradición, la expulsión o la devolución". Véanse las Comunicaciones del CCT: COM CAT/C/16/D/21/1995 v. Suiza; COM CAT/C/16/D/41/1996 v. Suecia.

También el TEDH se ha pronunciado en numerosas ocasiones al respecto, considerando la violación del artículo 3 del CEDH si la persona era expulsada al tercer país por el riesgo a ser sometida a tortura, véase, entre otros, *Ahmed v. Austria*, judgment of 17 December 1996, Reports 1996-VI, § 38 and § 39, *Saadi v. Italy* [GC], no. 37201/06, § 128, ECHR, 28 February 2008, *Said v. the Netherlands*, no.. 2345/02, § 54, 5 July 2005, o *Salah Sheekh v. the Netherlands*, no.. 1948/04, § 135 and §§ 138-149, 11 January 2007; cfr. con otras sentencias del TEDH que negaron la violación de aquel artículo, como *Cruz Varas and Others v. Sweden*, judgment of 20 March 1991, Series A no. 201, p. 28, paras. 69-70, p. 29, para. 74 (sobre expulsión a Chile cuando aún estaba en plena dictadura) o *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no.. 35763/97, § 59, ECHR 2001-XI.

¹⁹² Recordemos que los países vienen obligados al respecto por la DUDH y el PIDCP, pero también para muchos otros por el Convenio n° 29 de, la OIT sobre el trabajo forzoso, el Convenio n° 105 de la OIT relativo a la abolición del trabajo forzoso, la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, el Convenio n° 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para

la privacidad¹⁹⁴ -artículo 14-¹⁹⁵, y el derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica -artículo 24, como presupuesto de la titularidad y ejercicio de todos los derechos y obligaciones-¹⁹⁶, poseen una redacción casi idéntica a la de los inicios de la labor del GTCTM en 1981, pues en gran medida descienden directamente del PIDCP y de la DUDH. Por ello mismo, no cabe mencionar nada destacable respecto a su contenido al ser reconocidos a los trabajadores migrantes y sus familiares.

La libertad de conciencia y de religión -artículo 12 de la Convención- fue un asunto ampliamente discutido y Egipto propuso que la toma en consideración de su redacción se pospusiera a la “segunda lectura”¹⁹⁷. Sin embargo, en ese mismo encuentro se consideró la propuesta del artículo con las reformas añadidas por Marruecos y la RSS Ucraniana, dando prácticamente la misma redacción en 1981 que la que finalmente tuvo el precepto -frente a una versión alternativa menos clara y explícita-¹⁹⁸. No obstante, las opiniones opuestas respecto a la interpretación de la libertad religiosa se manifestaron en momentos posteriores cuando el artículo era casi definitivo, evidenciando así la diversidad de perspectivas, sobre todo culturales, que confluyeron en este texto y que se hacían más patentes, con toda probabilidad, por el hecho de afectar al ejercicio de los derechos de los propios nacionales de un Estado en el territorio de otro.

su eliminación o el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la CDOT.

¹⁹³ UN Doc A/C.3/36/10, pág. 11, párrafo 37.

¹⁹⁴ Redactado con un contenido más amplio que el artículo 8 del CEDH, este precepto puede verse reflejado en el mismo y en la interpretación que de aquel ha hecho el TEDH. No obstante, es reseñable la importancia que tal artículo del CEDH ha tenido para los migrantes en el ámbito del Consejo de Europa pues ha dado pie al reconocimiento de la reagrupación familiar y de la vida privada como límites a procedimientos de expulsión y otros asuntos relativos al proceso migratorio.

Véase, por ejemplo, el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali v. United Kingdom*, 28 May 1985, Series A no. 94.

¹⁹⁵ UN Doc A/C.3/36/10, pág. 12, párrafo 45.

¹⁹⁶ UN Doc A/C.3/37/1, *Measures to Improve the Situation and Ensure the Human Rights and Dignity of All Migrant Workers. Report of the Open-ended Working Group on the Elaboration of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families on its intersessional meetings from 10 to 21 May 1982*, New York, 11 June 1982, pág. 4, párrafo 10. A/C.3/37/1, pág. 32, Text of Articles of the Draft International Convention... First Reading.

¹⁹⁷ UN Doc A/C.3/36/10, pág. 12, párrafo 41 y pág. 13, párrafo 49.

¹⁹⁸ UN Doc A/C.3/36/10, pág. 13, párrafo 47; y pág. 14, párrafo 49, versión alternativa del texto del artículo 12.

En 1986, ya avanzado el trabajo de redacción, la representante de Marruecos, la Sra. Warzazi manifestó lo siguiente: "...it was difficult for her delegation to accept the deletion of the brackets [tales corchetes incluían el derecho a no tener y a no adoptar una religión]. Morocco was an Islamic country and, according to Islam, a Muslim could not change his religion to adopt another religion. She added that Islam did not recognize the fact of not having a religion"¹⁹⁹. En este punto, los países musulmanes manifestaron cierta falta de respeto en relación con la libertad religiosa, pues mientras defendían -y defienden- la libertad y la posibilidad de practicar su religión, negaban -y niegan-, o al menos dificultan, tal libertad y práctica para las personas que profesan otra religión en su territorio. Las palabras de la Sra. Warzazi lo atestiguan²⁰⁰.

Cabe reseñar también que respecto a la libertad de los padres referida en el artículo 12.4 de la Convención y a raíz de la discusión surgida, el Presidente del Grupo de Trabajo, Antonio González de León, de México, explicó que la única obligación derivada de este precepto era la de respetar la libertad de asegurar -"hacer que reciban", en la versión española de la Convención- la educación religiosa y moral de los hijos de los trabajadores migratorios, pero que no suponía una obligación respecto a los Estados²⁰¹. En realidad este es un tema complejo, abordado por la doctrina en el ámbito que mejor conocemos, el español, y que plantea dos cuestiones principales a nuestro entender. La primera es la evidente libertad de educar a los hijos conforme las propias creencias, cuestión que en nuestro ordenamiento es un libertad pública recogida en la Constitución²⁰². Por el contrario,

¹⁹⁹ Dicho esto, el Grupo de Trabajo decidió posponer la discusión sobre el artículo 12, aunque en realidad se desarrolló un amplio debate tras esta propuesta en la misma sesión de trabajo. UN Doc. A/C.3/41/3, pág. 22, párrafo 124.

²⁰⁰ En el ámbito del Consejo de Europa, los casos llevados ante el TEDH contra países musulmanes, contra Turquía concretamente, pues contra Albania y Bosnia-Herzegovina no se han presentado demandas, no han sido admitidos o no han resultado en condena por el artículo 9 del CEDH en su mayor parte, salvo los siguientes: *Sinan Isik v. Turkey*, judgment 2 February 2010, 21924/05, *Ahmet Arslan and Others v. Turkey*, judgment 23 February 2012, 41135/98, *Savda v. Turkey*, judgment 12 June 2012, 42730/05. Por el contrario, sí existen numerosas sentencias que condenan la violación de la libertad religiosa con base en dicho artículo, entre otras: *Hassan and Tchaouch v. Bulgaria* [GC], no. 30985/96, § 62, § 78, § 84, ECHR 2000-XI; o *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova*, no. 45701/99, § 134, ECHR 2001-XII.

²⁰¹ UN Doc. A/C.3/41/3, pág. 24, párrafo 138.

²⁰² Artículo 27 "3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones".

la segunda cuestión que se nos plantea es si tal formación religiosa ha de ofrecerse por el Estado en el sistema educativo, lo que no impide que los Estados faciliten tal educación religiosa fuera del mismo. De acuerdo con la profesora García Vázquez, entendemos que no resulta conveniente tal introducción en la formación reglada, pues resulta una cuestión que, si bien es relevante en la vida de cada persona, se encuentra ligada a la esfera privada de la misma -probablemente en este sentido se manifestaba el Presidente del GTCTM al referirse a la no obligación para los Estados-²⁰³.

En cuanto a la libertad de expresión²⁰⁴ y el derecho de opinión -artículo 13 de la Convención- también fueron incluidos en la primera lectura tal y como vienen redactados en el artículo 13 final²⁰⁵, salvo los apartados c y d del párrafo tercero. Estos apartados fueron añadidos posteriormente y entre las razones esgrimidas para su inclusión destacaba el hecho de que el artículo 20 del PIDCP recogía la prohibición por ley tanto de cualquier propaganda de guerra como de cualquier apología de odio nacional, racial o religioso que provoque discriminación, hostilidad

Véase el caso *Valsamis v. Greece*, judgment of 18 December 1996, Reports 1996-VI, § 28, respecto a la libre elección de educación religiosa; o los casos *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], no. 57325/00, ECHR 2007-IV y *Sampanis and Others v. Greece*, no. 32526/05, §§ 68, 69, 81, 5 June 2008 (5 September 08), sobre minorías gitanas.

²⁰³ GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia, «La regulación del derecho a la educación en el ámbito de la extranjería y las demandas de las minorías religiosas», en APARICIO WILHELMI, Marco; ILLAMOLA DAUSÀ, Mariona; MOYA MALAPEIRA, David; RODERA RANZ, Susana, *Las fronteras de la ciudadanía en España y en la Unión Europea. Actas del II y III Encuentro de jóvenes investigadores en derecho de inmigración y asilo*, Girona, Documenta Universitaria, 2006, pp. 159-168.

²⁰⁴ La libertad de expresión se manifiesta de maneras diversas, como por ejemplo en el caso planteado ante el Cté. DH por una ciudadana rusa activista LGTB en relación con la libre orientación sexual, el Comité resolvió que existía violación de la libertad de expresión del artículo 19 del PIDCP, CCPR/C/106/D/1932/2010 v. Russian Federation; pero también en casos más conflictivos en los que la libertad de expresión entraña la facultad de publicar opiniones que pudieran considerarse racistas o que inciten al odio, como ocurrió en el caso *Jersild v. Denmark*, judgment of 23 September 1994, Series A no. 298, en el que un periodista danés había entrevistado a unos jóvenes racistas -Green Jackets- que dejaron patente su odio racista y xenófobo, el procedimiento que se llevó contra éstos y aquél les condenó, pero el periodista terminó presentando demanda ante el TEDH, que le dio la razón en cuanto a su libertad de expresión.

²⁰⁵ UN Doc A/C.3/36/10, pág. 12, párrafo 43.

o violencia²⁰⁶ y se entendió acertado añadirlos como subapartados c y d del tercer apartado del artículo 13.

El derecho a la libertad y seguridad personales vienen recogidos en el artículo 16 junto con otros derechos, como el de asistencia consular -al que haremos referencia más adelante en relación con el artículo 23- y la prohibición de la detención o prisión arbitrarias. Respecto a esta prohibición la Convención remite a los “motivos y de conformidad con los procedimientos que la ley establezca” como excepción a la prohibición de la privación de libertad -no arbitraria- en términos casi idénticos al PIDCP -artículo 9-. Las consecuencias de que los Estados regulen los motivos y procedimientos de la privación de libertad han llevado a considerar detenciones lícitas aquellas que son arbitrarias. Así en algunos países, concretamente España es uno de ellos, se producen detenciones arbitrarias de personas migrantes seleccionadas por su aspecto -es decir, rasgos raciales o étnicos que indican la procedencia extranjera de la persona- con el objeto de ser documentadas²⁰⁷, lo que supone además de la arbitrariedad de la detención, discriminación y, en algunos casos, malos tratos²⁰⁸.

No cabe reiterar el contenido del artículo, pues deriva en gran parte del artículo 9 del PIDCP, ya mencionado, y tiene mucho en común con el artículo 5 del CEDH. Además, respecto a los derechos de las personas detenidas, haremos una referencia más explícita en un apartado posterior.

²⁰⁶ Así lo reclamó el delegado ruso -idea que apoyarían otros delegados como el italiano, el caboverdiano-, a lo que el delegado estadounidense se opuso por considerarlo inconstitucional en su país. UN Doc. A/C.3/41/3, pág. 27, párrafo 160; pág. 28, párrafo 162.

²⁰⁷ Estos hechos han venido a denominarse en España “redadas racistas” y la preocupación de las mismas ha alzado la voz de numerosas organizaciones no gubernamentales y la creación de Brigadas Vecinales de Observación de Derechos Humanos para visibilizar y denunciar los controles policiales. Véase brigadasvecinales.org - Última visita abril 2013.

²⁰⁸ Amnesty International, *Annual Report 2013. The State of the World's Human Rights*, AI, 2013, pp. 247-248.

Las garantías procesales y el derecho a tutela judicial contenidos en los artículos 18 y 19 se recogen con una redacción casi exacta a la de 1981²⁰⁹ bajo el amparo de los principios de legalidad y de no retroactividad de la norma penal menos favorable y prácticamente idéntica a la del artículo 14 del PIDCP. Sin embargo, el principio de proporcionalidad de la sanción penal no se recoge tan específicamente como cupiera esperar, sino que únicamente se hace referencia a la consideración de los aspectos humanitarios, que si bien persigue el respeto a su derecho de residencia o trabajo no condiciona su obtención.

La tutela judicial efectiva y las garantías procesales suponen un derecho fundamental al hacer posible la salvaguarda del resto de derechos y por ello es esencial su reconocimiento a toda persona con independencia de su situación administrativa²¹⁰. El artículo 18 incluye todas las garantías reconocidas en el artículo 6 del CEDH²¹¹, pero además añade la posibilidad de recurso ante una decisión judicial y la de indemnización en caso de revocación de ésta o de error judicial, también incluye el principio *non bis in idem* en los mismos términos que el artículo 14.7 del PIDCP.

Respecto a la asistencia legal²¹², hemos de anotar que no fue unánime su inclusión, puesto que mientras muchos países consideraron la universalidad de este derecho, entendiéndolo incluso en los mismos términos que para los nacionales, otros

²⁰⁹ A/C.3/36/10, pp. 18-19, párrafos 56 y 58.

²¹⁰ Así lo ha manifestado nuestro Tribunal Constitucional en numerosas sentencias: STC 107/1984, 23 de noviembre, F.J. cuarto; STC 99/1985, de 30 de septiembre, F.J. segundo, poniéndolo en relación con el artículo 10 DUDH, 6.1 CEDH y 14.1 PIDCP y reconociendo a su vez el valor jurídico superior que tienen estos tratados al ser incorporados al ordenamiento español. Véase también CCPR/C106/D/2120/2011 v. Belarús del Comité de Derechos Humanos, comunicación en la que se reconoce la violación del derecho a ser oído con las debidas garantías procesales por un tribunal independiente e imparcial, el derecho a la presunción de inocencia o el derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un abogado de su elección, entre otras violaciones de derechos humanos.

²¹¹ Véase *Selmouni v. France* [GC], no.. 25803/94, § 95 and § 96, ECHR 1999-V.

²¹² Sobre la asistencia letrada se ha pronunciado en numerosas ocasiones el TEDH, véase *Talat Tunç v. Turkey*, no. 32432/96, §§ 59-60, 27 March 2007; *Salduz v. Turkey* [GC] no. 36391/02, §§ 27-31, 27 November 2008.

También ha sido recogido este derecho por la jurisprudencia española, véanse, entre otras, la STC 122/1995, de 18 de julio, la STC 76/1999, de 26 de abril y la STC 152/2000, de 12 de junio.

entendieron que al no ser generalizada esta práctica -el derecho de asistencia legal garantizado- no debía recogerse en el texto de la Convención²¹³.

Una discusión similar se llevó acerca de la asistencia de intérprete, sobre todo si ésta debía ser gratuita o no²¹⁴. Estados Unidos de América defendía la posición de establecer la gratuidad sólo si era necesario y otros países, como China, manifestaron su reserva a pagar los servicios de intérprete. Países Bajos, Suecia y Ghana insistieron en la defensa de la redacción del PIDCP -sorprende la posición de Países Bajos pues precisamente presentó una reserva al PIDCP respecto a la gratuidad de la asistencia legal y de intérprete-. El representante finlandés recordó la fórmula recogida en el PIDCP y fue la finalmente adoptada, estableciendo la gratuidad de esta asistencia²¹⁵.

En cuanto al artículo 19, recoge los principios de legalidad y de no retroactividad de la ley penal desfavorable y añade la cuestión humanitaria -en especial el derecho de residencia o de trabajo- para determinar una sentencia condenatoria. El texto derivado de la primera lectura, o primer borrador, que fuera discutido en segunda lectura en 1987, coincidía plenamente en su apartado primero, pero constaban dos apartados -segundo y tercero- algo diferentes del actual segundo, y provisionales como indican los corchetes:

²¹³ Así lo manifestaría el delegado de la URSS, y en términos más relajados India o Italia, mientras que Francia no lo veía necesario por el hecho de que no todos países tenían esas prácticas. UN Doc. A/C.3/41/3, pág. 35, parágrafo 203.

El MESCA haría una propuesta alternativa de artículo en el que establecería el derecho a asistencia legal en los mismos términos que para los ciudadanos del Estado, UN Doc A/C.3/42/1, pág. 13, parágrafo 46.

Un breve análisis interesante de cómo el derecho se ve infringido cotidianamente respecto a los migrantes en situación irregular en el ámbito del control de fronteras, más concretamente en el Mediterráneo, véase FERNÁNDEZ BESSA, Cristina; MANAVELLA SUÁREZ, Alejandra, «Controles migratorios en las fronteras euromediterráneas. Un análisis crítico desde la perspectiva de los derechos humanos», en FERNÁNDEZ BESSA, C.; SILVEIRA GORSKI, H.C; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, G.; RIVERA BEIRAS, I. (eds.) *Contornos bélicos del Estado Securitario. Control de la vida y procesos de exclusión social*, Barcelona, Anthropos, 2010, pp. 173-204.

²¹⁴ Respecto a la gratuidad del intérprete también se ha pronunciado el TEDH conforme al CEDH en los casos *Luedicke, Belkacem and Koç* judgment of 28 November 1978, Series A no. 29, o *Saman v. Turkey*, judgment 5 July 2011, 35292/05.

²¹⁵ Finalmente Estados Unidos de América, manteniendo su reserva, no quiso evitar el consenso y en espíritu de compromiso se adoptó el texto definitivo. UN Doc A/C.3/42/1, pág. 15, párrafos 53, 57-59.

“(2) In accordance with the principle of proportionality of penal sanctions, courts shall have regard, in imposing any sentence for criminal offences committed by migrant workers or members of their families, to any incidental sanctions or consequences affecting their right of residence or work, including expulsion.]

(3) Nothing in this article shall prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to [the general principle of law recognized by the community of nations] [the legislation of the receiving State].”

Este apartado se eliminó porque su aplicación, tal y como se entendía en el PIDCP y recordaron algunas delegaciones en el Grupo de Trabajo²¹⁶, iba dirigida a circunstancias excepcionales o crímenes internacionales como el genocidio cuya inclusión en una Convención sobre migrantes no resultaba relevante ni necesario.

Respecto al segundo apartado del artículo 19, el grupo MESCA propuso un texto alternativo más claro que el arriba recogido y que sirvió de base para la redacción final del mismo. Sin hacer referencia al principio de proporcionalidad de ley penal, puesto que estos países lo entenderían incluido en el propio sentido del precepto, plantearon el texto siguiente: “2. In imposing a sentence for a criminal offence committed by a migrant worker or a member of his family regard should be had to any incidental consequences affecting his rights of residence or work”²¹⁷. El delegado finlandés, que introdujo esta propuesta, contestó posteriormente al delegado estadounidense, ante un texto que su país proponía y que se expresaba en términos de probabilidad en la consideración de los aspectos humanitarios -“may be taken into account”-, que Finlandia tenía dificultades en aceptar esos términos y que debían ser sustituidos por otros como “deberán” -“should be taken into account”-²¹⁸.

El derecho de reunión y sindicación -artículo 26 de la Convención- fue discutido por varias delegaciones por cuanto cuestionaban su reconocimiento para

²¹⁶ UN Doc A/C.3/42/1, pág. 18, párrafo 65.

²¹⁷ UN Doc A/C.3/42/1, pág. 18, párrafo 64.

²¹⁸ Mientras Holanda apoyaba la propuesta de Estados Unidos de América, Italia creía ver en “should” una invitación a hacer y no una obligación, y Argelia prefería la propuesta del MESCA que no hacía referencia a los aspectos humanitarios y, por tanto, era una expresión menos vaga. UN Doc A/C.3/42/1, pág. 18, párrafos 66-72.

los migrantes en situación irregular²¹⁹. Aún con todo, quedó redactado en las primeras sesiones casi como finalmente se aprobó -tras el apoyo claro de la OIT a la inclusión de este derecho para todos los migrantes y a pesar del rechazo o disparidad de posiciones por parte de los países europeos y de Estados Unidos de América-, de modo que se reflejara el hecho de que los migrantes, también los trabajadores migrantes indocumentados, participan en los sindicatos²²⁰. Sin embargo, se excluyó el derecho a fundar asociaciones y sindicatos, que se reserva a los migrantes en situación regular -artículo 40-²²¹.

Hubo asimismo un conato de añadir la excepción a la participación en las organizaciones y los partidos políticos que finalmente no fructificó²²², apoyada por países como Venezuela, Marruecos, Túnez, Argelia, Yugoslavia o India, entre otros. Finlandia, con el apoyo de otras delegaciones como la portuguesa, propuso eliminar tal referencia a los partidos y organizaciones políticas, con el objetivo de permitir este derecho a todos los migrantes si así lo consideraban los países²²³. En definitiva, la redacción de este artículo tenía pocas discrepancias, pero eran tan fundamentales éstas que resulta paradójico que la posición de los países se limitara a asentir a la eliminación o no de los corchetes y expresiones recogidas en el borrador y sus argumentos se redujeran a la mera referencia al sentido de la normativa interna sobre el derecho de reunión, manifestación y sindicación, por un lado, y sobre la participación política, por otro. Algunos autores consideran que la referencia a intereses de “otra índole” podría resultar ser una cláusula residual que incluyera las

²¹⁹ La República Federal de Alemania fue uno de los opositores que firmemente pidió que se trasladara a la Parte IV de la Convención, aun cuando ya se estaba discutiendo el precepto dentro de la Parte III correspondiente a los derechos humanos de todos los migrantes, en UN Doc A/C.3/42/1, pág. 43, párrafo 211.

²²⁰ A/C.3/37/1, pág. 6, párrafo 18.

²²¹ Decisión contraria a la opinión generalizada en la doctrina e incluso en el marco de la OIT, véase Informe núm. 327 del Comité de Libertad Sindical de la OIT, Unión General de Trabajadores v. España, de 23 de marzo de 2001, *Boletín Oficial de la OIT*, Vol. LXXXV, 2002, Serie B, núm. 1. para. 548-562.

²²² A/C.3/37/1, pág. 6, párrafo 20. A/C.3/37/1, pág. 33, Text of Articles of the Draft International Convention... First Reading.

Esa excepción a la participación política aparecía entre corchetes, es decir, como texto provisional en 1987, en UN Doc A/C.3/42/1, pág. 42, párrafo 210.

²²³ UN Doc A/C.3/42/1, pág. 44 y 45, párrafo 226-227.

actividades políticas²²⁴, aunque del debate se deduce que no era la intención de numerosos Estados.

En definitiva, la referencia a las libertades sindicales es liviana si la comparamos con otros instrumentos internacionales, pues no reconoce expresamente la participación en partidos políticos -aunque los términos “otras asociaciones establecidas conforme a la ley” pudieran dar cabida a tal reconocimiento-, ni el derecho a fundar sindicatos y el derecho de huelga -que vienen recogidos en el artículo 8 del PIDESC y reconocidos a toda persona-.

El derecho a un nombre, al registro del nacimiento y a una nacionalidad venía recogido en el artículo 30, en 1987, mientras que el derecho a la educación lo hacía en el artículo 29. Posteriormente, se alteraría el orden de ambos, pero lo relevante es que en ese momento el texto que se aprobó en las sesiones del GTCTM, como artículo 30, procuraba lo siguiente:

“[The irregularity of its own situation or of that of its parents shall not have the effect of depriving a child of its right to a name, to registration, or of the right to a nationality, with a view to reducing cases of statelessness]”²²⁵.

El texto de este precepto establecía esa independencia -o, en otros términos, la no vinculación- respecto a la situación administrativa regular o irregular para el reconocimiento del derecho a tener un nombre y una nacionalidad. En este sentido, la idea del reconocimiento de la nacionalidad²²⁶ se fundamentaba en la Convención para reducir los casos de apatridia, de 1961²²⁷. Sin embargo, fue eliminada la referencia a dicha Convención al objetar diversas delegaciones que no tenía

²²⁴ CHOLEWINSKI, Ryszard, 1997, op. cit., pág. 177.

²²⁵ UN Doc A/C.3/42/1, pág. 56, párrafo 299.

²²⁶ Derecho amparado por el artículo 15 de la DUDH, el PIDCP (24), la CDN (7 y 8), además de la prohibición de discriminación racial (CEDR), de discriminación por sexo (CEDCM) o por discapacidad (CDPD).

²²⁷ Convención para reducir los casos de apatridia, 30 de agosto de 1961. *UNTS*, vol. 989, p. 175.

De hecho, en la misma reunión se redactó el precepto de manera similar a la redacción final eliminando las referencias a la irregularidad y al objetivo de reducir los casos de apatridia, UN Doc A/C.3/42/1, pág. 56, párrafo 300.

demasiado sentido incluir la referencia cuando pocos Estados habían ratificado la Convención, de hecho España es uno de los países que todavía no se ha adherido en modo alguno al texto.

En cuanto al derecho al registro del nacimiento de los hijos de los migrantes, recogido en el vigente artículo 29 de la Convención, no aparecía en la primera redacción del artículo, sino que fue a raíz de una propuesta de los representantes de Turquía y México, tal y como se establecía en el artículo 24 del PIDCP²²⁸. Como veremos más adelante en el apartado dedicado a los derechos omitidos, uno de los mayores errores de la Convención, en nuestra opinión, es la restricción de los y las menores de edad amparados por la misma únicamente a aquellos hijos e hijas de los trabajadores migrantes. Esta delimitación supone dejar sin protección a todos aquellos menores de edad no acompañados, pero a ello nos referiremos con más detalle en el tercer apartado, referente a derechos omitidos y colectivos olvidados.

1.2. Especial atención a las medidas de expulsión

El artículo 22 de la Convención prohíbe -en consonancia con otras normas internacionales- las expulsiones colectivas y establece una serie de garantías y de derechos tanto en relación con el procedimiento de expulsión como respecto a las consecuencias que de él se derivan -como son el no menoscabo de los derechos ya adquiridos por el migrante en situación irregular y el derecho de indemnización en caso de revocación de la decisión de expulsión-.

Los derechos relativos a la expulsión recogidos en el artículo 22 difieren de la redacción de 1981, salvo el primer apartado que une las dos versiones propuestas, en

²²⁸ Artículo 24 del PIDCP:

“1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.

Aunque, como puede verse, ambos preceptos -29 y 30- de la Convención tienen su fundamento en este artículo del Pacto de 1966.

principio alternativas en el Grupo de Trabajo²²⁹, y el segundo apartado. El tercero declaraba únicamente que la decisión sería comunicada por escrito, posteriormente se especificaría hasta el extremo en el que finalmente se redactó. Los apartados cuarto y quinto venían recogidos en uno solo con una redacción poco clara. En el caso de expulsión, recogida en el apartado sexto del artículo, la redacción original tenía en cuenta también las circunstancias de la familia de la persona en proceso de expulsión. Todos estos aspectos y alguno novedoso -como que la decisión de expulsión fuera comunicada en un idioma que entendieran, que luego se añadiría al apartado tercero del artículo- fueron recogidos en la propuesta realizada por el MESCA partiendo del borrador existente²³⁰.

La prohibición de expulsiones colectivas ya se encontraba en un tratado internacional²³¹, aunque éste fuera de carácter regional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, concretamente el artículo 4 de su Protocolo número 4. Sin embargo, no por ello fue menos discutido en el seno del Grupo de Trabajo. Dos países, curiosamente europeos, no vieron con buenos ojos esa primera frase del artículo 22: la República Federal de Alemania declaró no estar de acuerdo con esa parte, queriendo mantener únicamente la segunda frase del apartado primero; y los Países Bajos, apoyando los argumentos alemanes, sugirieron añadir entre ambas frases “that is”, queriendo unificar ambas frases en un único sentido. Por el contrario, Australia apoyó el texto propuesto por el MESCA y el delegado griego mostró su preocupación por que pudiera eliminarse la primera frase del artículo lo cual iría, en

²²⁹ A/C.3/36/10, pág. 20, párrafo 61. La segunda parte del primer apartado fue propuesta por Grecia, no sin antes recibir las dos redacciones alternativas las críticas de Holanda y Estados Unidos de América: a Holanda no le gustaba la redacción y exigía una definición particularmente de la expresión “expulsión colectiva”; Estados Unidos de América no veía adecuado recoger tal precepto para todos migrantes y consideraba necesario diferenciar entre migrantes regulares e irregulares.

La redacción final se fundamenta en gran parte en la propuesta hecha por el grupo MESCA, que recoge casi en su totalidad las ideas finalmente adoptadas, en UN Doc A/C.3/42/1, pág. 22, párrafo 90.

²³⁰ UN Doc A/C.3/42/1, pág. 22, párrafo 90.

²³¹ Respecto a la cuestión de las expulsiones colectivas véase CHUECA SANCHO, Ángel, «El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros», *REDMEX*, nº 1, Lex Nova, 2002, pp. 9-36. También CHUECA SANCHO, Ángel Gregorio, *La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos*, Zaragoza, Egido, 1998, 125 p.

su opinión, contra el referido artículo 4 del Protocolo número 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos²³².

De nuevo la República Federal de Alemania se opuso a la redacción del apartado segundo por entender que no armonizaba con el artículo 13 del PIDCP al incluir la devolución de aquellos migrantes que eran expulsados inmediatamente tras llegar a un país donde no eran admitidos. En realidad ambas redacciones son similares y únicamente difieren en que la propuesta del grupo mencionaba la necesidad de una decisión judicial o administrativa, mientras que tanto el artículo 13 del PIDCP como el apartado 2 del artículo 22 se referían simplemente a una decisión. De manera aclaradora, el delegado italiano contestó a tal sugerencia que el precepto se dirigía a aquellos casos en que los trabajadores migrantes eran expulsados del territorio del Estado y no para aquellos casos en los que no habían entrado todavía en el mismo. La discusión fue, en cierto modo, zanjada con la propuesta del representante griego que acertadamente sugirió añadir “por la autoridad competente” al apartado²³³.

Como en otros casos, Estados Unidos de América expresó sus reservas al contenido del precepto, aunque aceptó y defendió la idea de revisión de una decisión de expulsión declarando la posibilidad de recurso tanto contra decisiones administrativas como judiciales que existe en su país. En este sentido, se decidió optar por la palabra “revisión” -“review”- y no por “recurso”, a propuesta de China, dado que en las distintas tradiciones jurídicas los procedimientos y su terminología difieren y con aquella expresión se recogía el sentido final del precepto²³⁴.

Por otra parte, se hicieron diversas propuestas constructivas, y no meramente críticas, por otros países. Grecia contribuyó considerablemente ofreciendo una versión alternativa del apartado cuarto con una redacción más clara en el sentido de

²³² UN Doc A/C.3/42/1, pág. 23, párrafo 91 y ss. La RFA se mantuvo inflexible en su posición y tras la adopción del primer apartado del artículo tal y como definitivamente se aprobó, mostró su decisión de mantener el desacuerdo con el texto y que del mismo quedara constancia por escrito. Se opondría asimismo al resto de apartados de este artículo 22, no obstante, no haremos referencia más que a las cuestiones más relevantes para el sentido final del precepto, puesto que en todos los casos manifestó su oposición declarándose conforme con que quedara constancia escrita de la misma en aras de facilitar el consenso.

²³³ UN Doc A/C.3/42/1, pp. 24-25, párrafos 102-103.

²³⁴ UN Doc A/C.3/42/1, pp. 27-28, párrafos 120-123.

que toda expulsión o deportación debe regirse de acuerdo a la ley en vigor y que ante tal supuesto debe ofrecerse la posibilidad de someter a revisión la decisión²³⁵. En referencia a este derecho de revisión, fue el delegado australiano quien propuso añadir que durante ese proceso, la persona migrante tuviera derecho a solicitar la suspensión de la ejecución de la decisión de expulsión²³⁶. Consideramos de tremenda relevancia esta inclusión, pues permite la adopción de medidas cautelares que prevengan de una expulsión que no debiera producirse. Nos referimos a casos en los que la expulsión en sí misma es improcedente, pero también a los casos en los que la persona puede ser sometida a tortura en el país al que va a ser expulsada²³⁷.

El delegado griego también apuntó la necesidad de incluir el derecho a arreglar los asuntos personales antes de la expulsión²³⁸, que finalmente quedaría reducido a lo concerniente al ámbito socio-laboral -pago de salarios, de prestaciones- y al cumplimiento de obligaciones tanto antes como después de la salida del territorio del país. Dada la dramática situación que la expulsión supone, es de lamentar que finalmente no se recogiera esta cláusula humanitaria -de arreglo de asuntos personales-. Sin embargo, sí que se incluyó el texto propuesto por Yugoslavia que a la indemnización por una decisión de expulsión revocada añade la prohibición de valerse de tal decisión previa “para impedir a esa persona que vuelva a entrar en el Estado de que se trate”²³⁹. Respecto al pago de salarios y prestaciones y al cumplimiento de obligaciones tampoco hubo unanimidad, concretamente la RFA se opuso al texto propuesto y sugirió este otro:

“Expiry of the stay of migrant workers and members of their families in the State of employment [or in the State of transit] shall not prejudice the rights acquired under the law of that State

²³⁵ A/C.3/36/10, pág. 21, párrafo 65. Resulta escandaloso el giro que ha dado al respecto en su política migratoria y el trato que ofrece a los migrantes, sobre todo a los centros de detención, a los que nos referiremos más adelante.

²³⁶ UN Doc A/C.3/42/1, pág. 27, párrafo 112.

²³⁷ En línea con la jurisprudencia del TEDH, las medidas cautelares son de gran importancia y junto con la posibilidad de revisión -o recurso- de la decisión hacen efectiva la tutela judicial.

En el caso Cruz Varas, a pesar de declarar finalmente la no violación del artículo 3 del CEDH, la Comisión decidió que no debía deportarse a los demandantes a Chile hasta que la demanda fuera resuelta. Como decimos, finalmente resolvió en contra, pero permitió declarar la suspensión inmediata de una expulsión -a pesar de ello, Suecia expulsó a uno de los demandantes-.

²³⁸ A/C.3/36/10, pág. 21, párrafo 66.

²³⁹ Propuesta que se añadiría al apartado 5 *in fine*, UN Doc A/C.3/42/1, pág. 27, párrafo 118.

except in so far as the enjoyment or exercise of those rights is dependent on their residence in the State in question”²⁴⁰.

La propuesta alemana era vaga e imprecisa, pues la interpretación de los derechos que, ligados a la residencia, podían verse afectados y eliminados tras la salida del país de la persona, podía resultar tan amplia o reducida conforme el interés particular dictase. Las regulaciones sobre el estatuto de residente no recogen un catálogo tasado de derechos y cuando hacen algo aproximado, éste resulta ser bastante reducido, pues concreta únicamente los elementos más fundamentales remitiendo el resto de elementos a la normativa complementaria, en algunas ocasiones a los tratados internacionales de derechos humanos. Hay derechos que la persona puede disfrutar -y ser titular- de por vida y otros que, en ocasiones, disfruta por un período mayor o menor de tiempo, pero que no dependen del país en cuyo territorio se encuentre, por tanto, la propuesta alemana hubiera conllevado numerosas contradicciones con ese estándar mínimo de derechos y/o lagunas jurídicas. En cualquier caso, debido a la escasez de tiempo y falta de acuerdo, se pospuso esta discusión a la siguiente sesión de ese mismo año, 1987. En la que la cuestión siguió siendo discutida por la RFA²⁴¹, objeciones a las que Francia añadió su dificultad de aceptar un arreglo “después de la partida”, pero la voluntad de consenso y las propuestas de otras delegaciones dieron lugar al texto finalmente adoptado -fue, en este caso, el delegado holandés junto con el indio los que alzaron la voz por mantener también el arreglo “después de la partida”-²⁴².

Este apartado está directamente relacionado con el noveno, y último del mismo artículo. Entendemos que hubiera sido más didáctico redactarlos correlativamente. En cualquier caso, lo que el apartado noveno declara es la existencia y persistencia en el tiempo, y a pesar de cualquier proceso de expulsión,

²⁴⁰ UN Doc A/C.3/42/1, pág. 33, parágrafo 158.

²⁴¹ La nueva propuesta del delegado alemán establecía la posibilidad de las autoridades competentes de tener en consideración las dificultades que pudieran surgir del hecho de no haber obtenido el pago de salarios u otras prestaciones, pero eliminando la “oportunidad razonable” que tendrá el interesado, tal y como reza el apartado 6 del artículo 22 de la Convención. Véase UN Doc A/C.3/42/6, *Report of the Open-ended Working Group on the Drafting of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, New York, 1987, pág. 6, parágrafo 15.

²⁴² Posiciones francesa, holandesa e india, respectivamente, en UN Doc A/C.3/42/6, pág. 6, parágrafo 16. Cabe mencionar que, en un principio, el artículo se refería a las obligaciones contractuales y no a las “obligaciones pendientes” que finalmente aparece en el texto, a propuesta de Botswana, ídem, parágrafo 17.

de los derechos adquiridos conforme a la legislación del Estado de empleo. Al respecto, la República Federal de Alemania puso objeciones de nuevo considerando que el precepto debía reflejar que tales derechos no incluirían el disfrute o ejercicio de aquellos derechos dependientes de su residencia en el territorio del Estado en cuestión²⁴³. El Grupo de Trabajo, que ya tenía cierto consenso en la redacción final de este apartado, hizo caso omiso de tal propuesta; propuesta que, en nuestra opinión, dejaba vacío de contenido el precepto, puesto que precisamente se querían garantizar aquellos derechos adquiridos por haber residido y trabajado en el territorio de un país y condicionarlos o más bien excluirlos del reconocimiento y protección, como quería la RFA, suponía ‘negar la mayor’.

Marruecos propuso recoger aquí el retorno voluntario de quienes se encuentran en situación regular, siendo deseable -según este país- que los países de destino ayudaran en el proceso de reasentamiento de los migrantes en sus países de origen²⁴⁴. Aunque no consideramos positivo unir en un mismo artículo el retorno voluntario a la expulsión, pues de manera terminológica puede llegarse a confundir la expulsión con la idea de “retorno” -a secas, ya ni siquiera “retorno forzado”-, hubiera podido tener un significado notable y más amplio respecto a ofrecer medidas de cooperación entre los Estados para mejorar los flujos migratorios y, sobre todo, la calidad de vida y la dignidad de las personas que migran.

En cuanto a confusiones terminológicas, hemos de mencionar que hubo una propuesta, presentada por el delegado finlandés en representación del MESCA y posteriormente defendida por Grecia, sobre la pertinencia de incluir la asistencia a personas que podían afrontar riesgos en su seguridad personal en su país de origen. Esta propuesta fue rechazada por numerosas delegaciones al entender que se refería a cuestiones relacionadas con las personas refugiadas o solicitantes de asilo y remitir tales cuestiones a la normativa internacional pertinente, pues existiendo ésta no tenía sentido incluirlo en la Convención²⁴⁵. No obstante, es criticable el rechazo a la

²⁴³ UN Doc A/C.3/42/6, pág. 7, párrafo 25.

²⁴⁴ A/C.3/36/10, pág. 21, párrafo 69. A esta propuesta sobre el retorno voluntario, reformulada en sesiones posteriores, se opondrían los delegados estadounidense, alemán y francés, UN Doc A/C.3/42/1, pág. 34, párrafo 161.

²⁴⁵ UN Doc A/C.3/42/1, pág. 29, párrafo 129 y ss. En realidad, lo que algunos Estados querían manifestar, y así lo hicieron al expresar sus reservas por escrito al apartado séptimo, era que ello

propuesta realizada por el MESCA, pues a pesar de la Convención de Ginebra -como señalaron otras delegaciones- los motivos fundados de una posible tortura o tratos inhumanos o degradantes son razones suficientes para considerar la no expulsión de una persona, con independencia de que ésta sea solicitante de asilo o no²⁴⁶. Los principios para considerar que existe un peligro de tortura han de existir en el momento en que se toma la decisión de expulsión y son: la existencia de un riesgo real de acuerdo con pruebas aportadas; los hechos conocidos o que debieran conocerse por el Estado en el momento de ejecutar la expulsión; y un nivel mínimo de severidad²⁴⁷.

Tras consultas informales, se aprobó el apartado 7 recogiendo parte del espíritu de esta propuesta, que era el de permitir que una persona expulsada pueda solicitar ser autorizada a entrar en otro país que no sea su país de origen, es decir, manifiesta expresamente la libertad de circulación de las personas. Con ello se declara uno de los valores más importantes, en nuestra opinión, de esta Convención: toda persona tiene el derecho a retornar a su país de origen, pero también el derecho a no hacerlo, pues en algunos casos puede ser una mejor elección personal solicitar la

permitía proteger a los trabajadores migratorios contra su país de origen, cuando la primera responsabilidad de un Estado sería la de proteger a sus nacionales -así se manifestó Turquía, y apoyó relativamente Túnez-, entendían que así se ampliaba el objeto de la Convención incluyendo la protección de los refugiados. UN Doc A/C.3/42/1, pág. 31, párrafos 146-147.

²⁴⁶ Así lo ha manifestado el TEDH en numerosas ocasiones, teniendo en cuenta el marco normativo de la Convención de 1951 y poniéndolo en relación con el artículo 3 del CEDH. Véase supra nota 191.

En el caso *Chahal* lo determina claramente:

“73. As the Court has observed in the past, Contracting States have the right, as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations including the Convention, to control the entry, residence and expulsion of aliens. Moreover, it must be noted that the right to political asylum is not contained in either the Convention or its Protocols (see the *Vilvarajah and Others v. the United Kingdom* judgment of 30 October 1991, Series A no. 215, p. 34, para. 102).

74. However, it is well established in the case-law of the Court that expulsion by a Contracting State may give rise to an issue under Article 3 (art. 3), and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person in question, if expelled, would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 (art. 3) in the receiving country. In these circumstances, Article 3 (art. 3) implies the obligation not to expel the person in question to that country (see the *Soering v. the United Kingdom* judgment of 7 July 1989, Series A no. 161, p. 35, paras. 90-91, the *Cruz Varas and Others v. Sweden* judgment of 20 March 1991, Series A no. 201, p. 28, paras. 69-70, and the above-mentioned *Vilvarajah and Others* judgment, p. 34, para. 103)”.

Chahal v. the United Kingdom, judgment of 15 November 1996, Reports 1996-V.

²⁴⁷ Así lo determina el TEDH en el caso *Cruz Varas and Others v. Sweden*, judgment of 20 March 1991, Series A no. 201.

entrada en otro país sin necesidad de una causa excepcional o extrema para que esa persona sea considerada solicitante de asilo²⁴⁸.

Esto enlaza con otra cuestión grave como es la expulsión como sustitución de una pena²⁴⁹. Si toda persona tiene el derecho a salir de cualquier país y de retornar al propio, la expulsión como medida punitiva evidentemente infringe el sentido teleológico del derecho²⁵⁰. No es nuestro objetivo estudiar este aspecto²⁵¹, pero sí deseamos dejar constancia de las irregularidades que al respecto de la expulsión se cometen y, sobre todo, de la inconveniencia, desproporcionalidad y arbitrariedad de la medida de expulsión, mayormente cuando ésta se produce como medida sustitutiva de una pena privativa de libertad -como ocurre en el ordenamiento español²⁵²- medida que el Estado no está obligado a adoptar²⁵³ y que, en todo caso, el órgano encargado de imponer dicha orden de expulsión ha de hacerlo conforme al principio de proporcionalidad²⁵⁴.

²⁴⁸ En términos similares se manifestó, en opinión disidente, el juez Pettiti en el caso *Beldjoudi* (en este caso no se apreció violación del artículo 3 del CEDH, pero sí del artículo 8), entendiendo que la expulsión supondría una violación del artículo 3 del CEDH si no se ofrecía a la persona expulsada la posibilidad de ser trasladada a otro Estado democrático. Véase Opinión disidente en el caso *Beldjoudi v. France*, judgment of 26 March 1992, Series A no. 234-A.

²⁴⁹ Téngase presente que este supuesto no es identificable con la extradición, pues la expulsión es una decisión unilateral de un Estado y además sustituyendo una pena que pudiera ser menos “grave”, en términos de proyecto de vida y por tanto de su dignidad, para la persona, por lo que el principio de proporcionalidad de la sanción es muchas veces ignorado considerando la infracción cometida.

²⁵⁰ Así lo ha manifestado el TEDH en el caso *Saadi v. Italy* [GC], no. 37201/06, § 128, ECHR, 28 February 2008, en el que reconoció la violación del artículo 3 del CEDH por pretendida expulsión a Túnez a pesar de que la persona fuera un terrorista y en alegaciones por Italia supusiera un riesgo para el orden público. No obstante, la decisión del tribunal tiene mucha relación con el riesgo que corría la persona de ser sometida a tortura en su país de origen dada la actividad política desarrollada por la misma.

²⁵¹ Al respecto ha trabajado el tema, entre otros autores, Patricia Laurenzo Copello desde la perspectiva de la política de exclusión. La autora nos recuerda la utilización del derecho penal en el tema migratorio y cómo las modificaciones legislativas en muchas ocasiones son interesadas, inoportunas y desproporcionadas. Véase LAURENZO COPELLO, Patricia, *op. cit.*. También LAURENZO COPELLO, Patricia, *Inmigración y derecho penal: bases para un debate*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, 582 p.

²⁵² Artículo 89 y 108 del CP y artículo 57 de la LOEX. De hecho, la normativa española permite algo tan grave como la “expulsión o devolución acordadas por resolución administrativa en los casos previstos” en la LOEX, artículo 28.3.b LOEX.

²⁵³ En este sentido, se pronunció el TJCE sobre una cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Murcia acerca de la expulsión de migrantes en situación irregular porque no cumplen los requisitos relativos a su estancia declarando que el “Estado miembro no está obligado a adoptar contra él una resolución de expulsión”. Sentencia del TJCE de 22 de octubre de 2009, C-261/08 y C-348/08 - Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

²⁵⁴ CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, Ana María, *op. cit.*, pp. 73 y ss.

Por último, respecto a cubrir los gastos que la expulsión genere, países como la RFA o Austria mostraron su oposición, pero sólo Noruega y Australia dejaron constancia por escrito de las futuras reservas que formularían a este apartado, puesto que en sus respectivos países tales gastos corrían por cuenta de la persona concernida por obligación legal -cuando tuviera los recursos necesarios en el caso de la legislación noruega-²⁵⁵.

1.3. Derechos económicos, sociales y culturales

Existe una doctrina ampliamente desarrollada sobre los derechos económicos, sociales y culturales²⁵⁶. Ello puede ser una simple coincidencia o que la implementación de estos últimos parece ser más clara. Sea la razón que fuere dedicaremos un poco más de espacio a los mismos por la relevancia que en la vida diaria de los migrantes suponen, aun teniendo el mismo valor que los civiles y políticos considerando su indivisibilidad, porque su reconocimiento en una Convención internacional subraya la importancia de los mismos, así como por la dificultad para ser reconocidos en condiciones de igualdad con el resto de migrantes, documentados, y con el resto de conciudadanos. Asimismo el respeto y la protección de los derechos económicos, sociales y culturales pone en evidencia la indivisibilidad, inviolabilidad y universalidad de los derechos humanos²⁵⁷. Y en la

Al respecto, el TS español he declarado como criterio favorable o atenuante al proponer la sanción pecuniaria frente a la expulsión el arraigo familiar de la persona, STS de 9 de marzo de 2009. Cfr. con las Directivas 2003/86/CE y 2009/50, claramente más represivas.

²⁵⁵ UN Doc A/C.3/42/1, pág. 32, párrafo 153.

²⁵⁶ Recomendamos al respecto AÑÓN ROIG, M^a José (et al.), *Ciudadanía y derechos sociales y políticos de los inmigrantes*, Madrid, Confederación Sindical de Comisiones Obreras, 2003, 294 p. También CHOLEWINSKI, Ryszard, 1997, op. cit.

Cholewinski ha reconocido como derechos sociales mínimos los aquí recogidos, pero también el derecho a vivienda y los derechos de residencia y regularización, con base en la DUDH y los Pactos de 1966, ésta última como medida de gestión de las migraciones. CHOLEWINSKI, Ryszard, *Migrant irréguliers: l'accès aux droits sociaux minimaux*, Estrasburgo, Council of Europe Publishing, 2005, pp. 29-79.

²⁵⁷ Declaración de Viena de la Conferencia Mundial de derechos humanos, 25 de junio de 1993. Véase el análisis más amplio desarrollado en el capítulo segundo.

medida en que todos los derechos humanos son indivisibles, “la negación de unos repercute en el ejercicio del resto”²⁵⁸.

a. Igualdad de trato en lo laboral

El principio de igualdad de trato en lo laboral -artículo 25 de la Convención- tiene prácticamente la misma redacción que en 1982 tras varias discusiones y propuestas y se basa en la igualdad entre trabajadores migrantes y trabajadores nacionales en remuneración y otras condiciones laborales²⁵⁹. La excepción, corroboramos, son las restricciones “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”²⁶⁰.

El resultado se debe, sobre todo, gracias a la propuesta de los representantes del MESCA tras consultas informales a las delegaciones de India, México y Turquía, entre otras²⁶¹. En el apartado 2 establecía la prohibición de cualquier derogación del principio de igualdad en general y no sólo para los contratos privados, como finalmente se acordó. La idea de desarrollar la expresión “condiciones de trabajo” vino de Estados Unidos de América que lo consideraba demasiado amplio frente a otros Estados que entendían que resultaba implícito que tal expresión se refiriera a nivel nacional y estuviera sujeta a evolución. Finalmente se impondría la tercera vía

²⁵⁸ PISARELLO, Gerardo, «Los derechos sociales de la población inmigrada: razones para una comunidad inclusiva» en TORRES, Mónica; SEUBA, Xavier; APARICIO, Marco; PISARELLO, Gerardo; VALIÑO, Vanesa (coords.), *Sur o no sur. Los derechos sociales de las personas inmigradas*, Barcelona, Icaria, 2006, pág. 53.

²⁵⁹ En línea con el artículo 23.3 DUDH y el artículo 7 PIDESC, así como con la Recomendación número 151 de la OIT, Recomendación sobre los trabajadores migrantes. Adopción: Ginebra, 60ª reunión CIT, 24 de junio de 1975 y el Convenio de la OIT número 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Adopción: Ginebra, 42ª reunión CIT (25 junio 1958).

El Convenio 157 también se refiere a la conservación de los derechos en curso de adquisición y de los derechos adquiridos y provisión de las prestaciones en el extranjero, pero habla de “residente” -sin hacer referencia expresa a autorización de residencia o a que se encuentren legalmente en el territorio- por lo que la aplicación a los migrantes en situación irregular será en virtud de la norma interna y de la interpretación que a tal residencia se dé. Convenio de la OIT número 157 sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de seguridad social. Adopción: Ginebra, 68ª reunión CIT (21 junio 1982).

²⁶⁰ PISARELLO, Gerardo, op. cit., pág. 26.

²⁶¹ A/C.3/37/1, pág. 4, parágrafo 11 y 13. En el parágrafo 13 se recoge la propuesta revisada del MESCA, en la que se recoge el apartado 2 casi en los términos actuales.

de aquellos países que consideraban adecuado incluir una lista de condiciones de trabajo pero con un fin ilustrativo, esto es, únicamente como ejemplos dejando espacio al desarrollo normativo interno²⁶².

Con una redacción casi definitiva, todavía existirían discrepancias en la segunda lectura en 1987. Nos encontraríamos de nuevo con diferentes posiciones. Por un lado, la alemana, partidaria de trasladar este artículo -como había propuesto con otros- a la parte IV del borrador de Convención que era dedicada a los migrantes en situación regular, por tanto de no reconocer ciertos derechos a todas las personas, con independencia de su situación administrativa -lo cual hubiera contrariado otras normas internacionales, como ya hemos referido-. Basaba su posición en que partiendo la Convención de los Pactos en gran medida, se habría comprobado que no era posible simplemente reproducir el texto de éstos; en definitiva, consideraba el delegado alemán que en relación con las condiciones sociales y la vida laboral, colocar a los trabajadores migrantes, y en particular aquellos en situación irregular, en igualdad de condiciones con los trabajadores nacionales en los Estados de empleo se probaría cada vez más impracticable²⁶³. En defensa de su normativa interna, se acercaría a esta primera posición Austria, entendiendo que el artículo se refería a igualdad de trato únicamente respecto a la normativa laboral y mostró su reserva respecto al tercer apartado del artículo puesto que un trabajador extranjero que fuera empleado sin permiso de trabajo no estaría autorizado para reclamar en relación al aviso que comunicara su despido o fin de contrato. Dado que un empleo sin permiso de trabajo en Austria era ilegal, aquel podía rescindirse por ambas partes sin necesidad de ningún plazo de preaviso²⁶⁴.

Por otro lado, se encontraron los representantes de los Estados partidarios del artículo tal y como se había redactado y discutido en 1987, que sólo difería del definitivo artículo 25 en que establecía la prohibición de derogación del principio de

²⁶² A/C.3/37/1, pág. 5, párrafo 14. También A/C.3/37/1, pp. 32-33, Text of Articles of the Draft International Convention... First Reading.

²⁶³ UN Doc A/C.3/42/1, pág. 40, párrafo 196. En realidad con ello la República Federal de Alemania no ofrecía un verdadero argumento sino una premonición o inquietud respecto al futuro.

²⁶⁴ UN Doc A/C.3/42/1, pág. 41, párrafo 208.

igualdad de trato de manera general y no sólo para los contratos privados²⁶⁵. Sería Estados Unidos de América, como tercera posición de las mencionadas, el país que introdujera este inciso referido a los contratos privados, que se incluiría finalmente al no tener una oposición contundente²⁶⁶. Es relevante tal inciso, pues la penalización de los empleadores privados que infringen tanto las normas de contratación como las que regulan las condiciones de empleo tiene una finalidad evidente de lucha contra la explotación de trabajadores, en muchos casos en formas nuevas de esclavitud que los migrantes en situación irregular sufren con mayor indefensión²⁶⁷.

Cabe señalar que este derecho a la igualdad de trato es reconocido sólo a los trabajadores migrantes²⁶⁸, pero no a sus familiares. En nuestra opinión, esto se debe al hecho de haber centrado la Convención en el ámbito laboral y de una manera personalista, es decir, considerando al trabajador migrante -además con ese género- como centro y objeto de aquélla y de manera secundaria a sus familiares. Creemos, por tanto, que existió una escasa voluntad de reconocer el derecho al trabajo de los familiares de los migrantes -como, por ejemplo, sí hacen algunas normativas internas-. Tampoco recogió la libertad de elección de empleo, que se reserva para los migrantes en situación regular, sin embargo tal libertad viene recogida en el artículo 23.1 de la DUDH y en el artículo 6.1 del PIDESC. En todo caso, es un avance en

²⁶⁵ La URSS, Finlandia, Italia, India y los Países Bajos así se expresaron. El presidente del Grupo de Trabajo recalcaría que los derechos del artículo 25 se referían a los derechos del trabajador frente a su empleador. UN Doc A/C.3/42/1, pág. 40, párrafos 197 y 198, respectivamente.

Entendemos de nuevo que la posición del presidente del GTCTM era conciliadora, pero obvia las obligaciones internacionales ya referidas y que son generadas tanto por los empleadores privados como para el Estado.

²⁶⁶ UN Doc A/C.3/42/1, pág. 41, párrafo 203.

²⁶⁷ Al respecto cabe destacar la aprobación -y entrada en vigor el 5 de septiembre de 2013- del Convenio de la OIT número 189 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos. Adopción: Ginebra, 100ª reunión CIT (16 junio 2011), que recuerda la aplicación a las personas que trabajan en el servicio doméstico del resto de normas de la OIT y del resto de tratados de derechos humanos y considera “que el trabajo doméstico sigue siendo infravalorado e invisible y que lo realizan principalmente las mujeres y las niñas, muchas de las cuales son migrantes o forman parte de comunidades desfavorecidas, y son particularmente vulnerables a la discriminación con respecto a las condiciones de empleo y de trabajo, así como a otros abusos de los derechos humanos”.

²⁶⁸ En las condiciones de empleo que señala la Convención se encuentra la edad mínima de empleo, que señalaremos al tratar la cuestión de los menores, pero que quisiéramos destacar por la divergencia que existe al respecto, según los países, como señalaremos al referirnos a España que permite trabajar a los mayores de 16 años.

comparación con otros tratados internacionales²⁶⁹ en algunos aspectos, y en términos más amplios que los Convenios de la OIT, pues crea una garantía de derechos frente al empleador, pero también frente al Estado²⁷⁰.

Por último, en la cuestión laboral podemos diferenciar el derecho de acceso al trabajo y la igualdad en las condiciones de trabajo. Respecto a la segunda, se manifiesta claramente el artículo de la Convención. Sin embargo, respecto al primero no existe ninguna referencia. La preocupación al respecto por los países de destino era y es clara, pues pudiera plantear dificultades a la hora de reconocerlo²⁷¹; sin embargo, tanto el artículo 23.1 de la DUDH como el artículo 6.1 del PIDESC reconocen el derecho al trabajo a toda persona, reconociendo además la obligación de medidas tendentes a lograr la plena efectividad del mismo -6.2 PIDESC-²⁷².

b. Derecho a la seguridad social

El derecho a la seguridad social es otro de los derechos declarados en relación con el que disfrutaban los nacionales del país de destino, en este caso país de empleo - artículo 27 de la Convención-; redactado en consonancia con el artículo 22 de la DUDH y el artículo 9 del PIDESC²⁷³, ninguno de los tres preceptos señala las prestaciones sociales, únicamente la seguridad social, pero, como veremos, de

²⁶⁹ CHOLEWINSKI, Ryszard, 1997, op. cit, pág. 161.

²⁷⁰ HASENEAU, Michael, «ILO Standards on Migrant Workers: The Fundamentals of the UN Convention and their Genesis», *IMR*, Vol. 25 (4), Center for Migration Studies of New York, 1991, pp. 687 y ss.

²⁷¹ Sin embargo, ha de tenerse presente la Recomendación número 86 de la OIT, que propone que los Estados han de desarrollar y utilizar todas las posibilidades de empleo y facilitar la “distribución internacional de la mano de obra”. Recomendación número 86 de la OIT, Recomendación sobre los trabajadores migrantes. Adopción: Ginebra, 32ª reunión CIT, 1 de julio de 1949.

Véase también el artículo 4 del Convenio de la OIT número 97 sobre los trabajadores migrantes, que revisaba el Convenio núm. 66 de 1939 (revisado en 1967).

²⁷² Observación General 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 6 de febrero de 2006, *El derecho al trabajo*, E/C.12/GC/18.

²⁷³ Véase la Observación General 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 4 de febrero de 2008, *El derecho a la seguridad social*, E/C.12/GC/19.

Asimismo la Observación General 20 señala el origen nacional y la nacionalidad como motivos de discriminación intolerables en aplicación del PIDESC, Observación General 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2 de julio de 2009, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*, E/C.12/GC/20.

acuerdo con la OIT ésta puede ser entendida ampliamente²⁷⁴. En el caso de no reconocimiento de una prestación el Estado considerará rembolsar las contribuciones hechas al efecto de tal prestación.

En cualquier caso, este derecho se ha visto beneficiado de la labor del Grupo de Trabajo por cuanto en un principio se reducía su reconocimiento a los migrantes que se encontraran en situación regular con igualdad de trato con los nacionales del país de destino, dejando el reconocimiento del derecho a los que se encuentren en situación irregular al arbitrio de los Estados, que podían limitar el derecho de la protección de la seguridad social sólo a aquellos derechos que nazcan del empleo o beneficios contributivos²⁷⁵. En el mismo documento del Grupo de Trabajo, de 1982, se establecía que, en caso de no existir acuerdos bilaterales o multilaterales que regulen estos aspectos, los migrantes y sus familiares no tendrían derecho a ciertos beneficios de la seguridad social o a continuar recibéndolos. Por el contrario, resultaba en aquella redacción más claro el derecho a reclamar una compensación del empleador a favor del trabajador o sus familiares por cualquier pérdida de beneficios de la seguridad social que fueran consecuencia de su omisión de comunicar y hacer el pago ante la administración de la seguridad social por la cual normalmente hubieran estado cubiertos²⁷⁶.

El trabajo de la OIT en la redacción de la Convención en general es destacable, pero sobre todo, como resulta lógico, fue mayor en los aspectos relativos

²⁷⁴ El artículo 4 del Convenio nº 118 de la OIT establece que: “1. En cuanto concierna al beneficio de las prestaciones, deberá garantizarse la igualdad de trato sin condición de residencia. Sin embargo, dicha igualdad puede estar subordinada a una condición de residencia, por lo que se refiera a las prestaciones de una rama determinada de la seguridad social, respecto de los nacionales de todo Estado Miembro cuya legislación subordine la atribución de prestaciones de la misma rama a la condición de que residan en su territorio”. Convenio de la OIT número 118 relativo a la igualdad de trato de nacionales y extranjeros en materia de seguridad social. Adopción: Ginebra, 46ª reunión CIT (28 junio 1962).

²⁷⁵ A/C.3/37/1, pág. 7, párrafo 21. Esta versión fue ofrecida por el MESCA y explicada por el representante de Finlandia y revisada posteriormente junto con Argentina, Francia, Grecia, India, México, Turquía y la antigua Yugoslavia, aunque en poco se modificó. De hecho la modificación más relevante es la eliminación de la descripción de beneficios contributivos que se daba en la primera versión: aquellos que dependían de la participación financiera directa del trabajador migratorio o su empleador o sobre la base de un período de carencia de una actividad económica.

Así se mantiene también en los documentos del Grupo de Trabajo de 1987, en UN Doc A/C.3/42/1, pág. 48, párrafo 254.

²⁷⁶ A/C.3/37/1, pág. 8, párrafo 21. Este derecho de reclamación se mantenía en la redacción provisional recogida en los documentos del Grupo de Trabajo de 1987, en UN Doc A/C.3/42/1, pág. 48, párrafo 254.

a los derechos sociales y laborales²⁷⁷. De este modo, el representante de la OIT informó al Grupo de Trabajo lo que sería definido como “seguridad social” en la práctica de dicha organización: beneficios relativos al cuidado médico; beneficios por enfermedad; beneficios por maternidad; beneficios por invalidez; beneficios por envejecimiento; beneficios de supervivientes; beneficios de enfermedades o daños laborales; beneficios de desempleo; y beneficios familiares²⁷⁸.

Por supuesto, por la trayectoria que ya hemos referido de otros miembros del GTCTM contrarios al reconocimiento de derechos humanos a los migrantes en situación irregular, la posición de otros países fue mucho más escéptica con la propuesta de reconocer los derechos relativos a la seguridad social a todos los migrantes -por tanto, y de hecho, poniendo en duda también el reconocimiento de los mismos para los migrantes en situación regular- en igualdad de condiciones que los nacionales -cuando éstos disfrutaban de tales derechos, debemos añadir-. Holanda y Estados Unidos de América, a los que se sumó en esta ocasión el Reino Unido, fueron de nuevo los defensores de esta postura restrictiva de derechos proponiendo la postergación de tomar una decisión al respecto²⁷⁹. Para estos países, y así lo manifestaron en el seno del GTCTM, era fundamental la definición de “seguridad social”²⁸⁰ y “beneficios contributivos”, dejando en evidencia que no les servían las definiciones existentes y propuestas por entidades como la OIT en el seno del Grupo

²⁷⁷ También cabe mencionar la cercanía a los instrumentos del Consejo de Europa -en especial la Carta Social Europea y el Convenio de Trabajadores Migrantes- como nos recuerda CHOLEWINSKI, R., 1997, op. cit., pág. 165.

²⁷⁸ A/C.3/37/1, pág. 8, párrafo 22.

El Convenio nº 102 de la OIT recoge como normas relativas a la seguridad social las que se refieren a: asistencia médica, prestaciones monetarias de enfermedad, prestaciones de desempleo, prestaciones de vejez, prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional, prestaciones familiares, prestaciones de maternidad, prestaciones de invalidez, prestaciones de sobrevivientes. Convenio de la OIT número 102 sobre la seguridad social (norma mínima). Adopción: Ginebra, 35ª reunión CIT (28 junio 1952).

²⁷⁹ A/C.3/37/1, pág. 9, párrafos 24, 25 y 26. Manifestaciones que fueron reiteradas posteriormente por el delegado holandés en el momento de redactar el artículo, en UN Doc A/C.3/42/1, pp. 48-49, párrafo 255.

²⁸⁰ Al respecto, podemos tomar como referencia la definición aportada por el delegado holandés en el documento mencionado, proponiendo el texto siguiente como artículo 27:

“1. (a) Migrant workers and members of their families shall enjoy equality of treatment with nationals of the receiving State in respect of social security (statutory provisions concerning medical care, sickness benefit, maternity benefit, invalidity benefit, old-age benefit, survivor’s benefit, employment injury benefit, unemployment benefit and family benefit); ...”

Véase UN Doc A/C.3/42/1, pág. 49, párrafo 255.

de Trabajo. El Presidente de éste, sin embargo, llamó la atención sobre la casi imposibilidad de definir “seguridad social”, pues dependía en gran medida de las legislaciones nacionales, proponiendo una declaración general que sirviera a los propósitos de la Convención²⁸¹. De hecho, en algunos países, como Austria²⁸², la seguridad social contenía servicios de bienestar y de asistencia social no incluidos en la definición propuesta por Holanda y, en otros, como Suecia o la misma Austria, no se ofrecía el reembolso de las contribuciones a la seguridad social ni siquiera para los propios nacionales, así ocurría en concreto en el caso sueco; fue tal la presión de ciertos países que incluso el mismo Presidente del Grupo de Trabajo presentó un texto alternativo para el artículo 27 que reconocía, respecto a la seguridad social, el mismo trato que los nacionales a los migrantes y sus familiares que estuvieran documentados o en situación regular, contraviniendo así lo defendido por otras numerosas delegaciones desde el principio de los trabajos preparatorios²⁸³. Dicha referencia a la regularidad sería motivo de preocupación de algunas delegaciones que propondrían su eliminación y la inclusión de los requisitos previstos en la legislación aplicable o en los acuerdos bilaterales o multilaterales²⁸⁴.

Numerosos Estados miembros declararon la importancia de aconsejar la celebración de acuerdos bilaterales o multilaterales respecto al derecho recogido en este precepto. Grecia incluso propuso que se acumularan los beneficios contributivos de manera que al establecerse acuerdos pudieran acumularse los beneficios adquiridos en los diferentes países en los que la persona migrante hubiera trabajado, sin tener en cuenta en cuáles sino por cuánto tiempo, pudiendo así “transferir” al Estado de su elección los derechos adquiridos en los diferentes territorios como si

²⁸¹ Ídem, párrafo 256.

²⁸² UN Doc A/C.3/42/6, pág. 9, párrafos 32 y 33.

²⁸³ UN Doc A/C.3/42/1, pp. 50-51, párrafos 258-269.

²⁸⁴ Así Finlandia propuso que se eliminara la referencia a estar documentados o en situación regular y otros países, como Italia y Grecia, la inclusión de la legislación y los acuerdos. UN Doc A/C.3/42/1, pág. 52, párrafos 271-276.

En la siguiente sesión del Grupo de Trabajo, otras delegaciones se manifestarían en el mismo sentido, así Holanda propuso la eliminación de esa referencia a la “situación regular” y la adición de los “tratados bilaterales y multilaterales aplicables”, apoyada por Italia, Australia, Dinamarca y, de nuevo, Finlandia, en UN Doc A/C.3/42/6, pág. 9, párrafos 28-30.

hubiera trabajado en uno mismo²⁸⁵. Como resulta evidente tal propuesta innovadora lamentablemente no fructificó²⁸⁶.

Sin embargo algunos países como España -al abrigo de las propuestas y recomendaciones que la OIT ha realizado progresivamente- ha llevado a cabo con algunos países acuerdos para el reconocimiento mutuo de los derechos derivados de la protección social de los trabajadores en los respectivos países, en un principio de manera bilateral con numerosos países y posteriormente de manera multilateral con los países europeos²⁸⁷.

En el ámbito iberoamericano, se han impulsado también acuerdos en el mismo sentido. Al amparo de la VI Conferencia Iberoamericana de Ministros y Responsables de Seguridad Social se aprobaba el proyecto de Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social²⁸⁸, que se ratificaría en la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Santiago de Chile en noviembre de 2008. En Lisboa se aprobaría el Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, el 11 de septiembre de 2009²⁸⁹,

²⁸⁵ A/C.3/37/1, pág. 10, parágrafo 28.

²⁸⁶ Esta primera evolución y desarrollo de las garantías sociales, se recogió en el primer borrador, en A/C.3/37/1, pp. 33-34, Text of Articles of the Draft International Convention... First Reading.

²⁸⁷ Los convenios bilaterales que España ha suscrito con otros países para el reconocimiento de derechos derivados de las relaciones laborales pueden encontrarse en el enlace siguiente de la página web del Ministerio de Trabajo e Inmigración: http://www.seg-social.es/Internet_1/Internacional/Conveniosbilaterales/index.htm - Última consulta realizada el 17 de enero de 2011.

En el ámbito comunitario, el Reglamento (CEE) 1408/71 del Consejo de 14 de Junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, fue la primera de gran relevancia aprobada y reformada posteriormente. Para España entró en vigor el 1 de enero de 1986. La particularidad de este Reglamento -con sus reformas posteriores Reglamento (CEE) 574/72, Reglamento (CE) Num. 883/2004 y Num. 987/2009- es que se aplica a las relaciones entre la UE y también de ésta con Islandia, Liechtenstein y Noruega, así como con Suiza -salvo Bulgaria y Rumania, para los cuales no es aplicable por el momento el acuerdo de seguridad social con Suiza-.

²⁸⁸ <http://segib.org/news/2007/08/convenio-iberoamericano-de-seguridad-social-el-fortalecimiento-de-la-ciudadana-regional/> - Última consulta realizada el 19 de julio de 2012.

La importancia del trabajo de la SEGIB en este tema se refleja en las iniciativas que está llevando a cabo en protección social de los migrantes en las últimas conferencias. Véase la página web aquí referida.

²⁸⁹ El Convenio entró en vigor el 1 de mayo de 2011, una vez depositado en la SEGIB el instrumento de ratificación del séptimo país. Hasta el momento de la redacción de este trabajo, había sido suscrito por catorce países; ratificado y depositado el respectivo instrumento de ratificación en la Secretaría

permitiendo así que este instrumento favorezca a más de cinco millones de trabajadores migrantes iberoamericanos, incluyendo a sus familias. El Convenio es el primer instrumento internacional a nivel iberoamericano que protege los derechos de los trabajadores y sus familias en materia de prestaciones económicas, como tal permite reconocer y totalizar los periodos de cotización de cualquier trabajador que se hagan en los diferentes países de la Comunidad Iberoamericana, a fin de cumplir los términos exigidos para cobrar la pensión de jubilación, y garantiza la posible reclamación por la vía judicial del reconocimiento de los derechos sociales en él reconocidos.

Como conclusión, la negación del reconocimiento más amplio de derechos sociales y, específicamente, del reconocimiento acumulativo de prestaciones sociales durante la redacción del texto de la Convención se ve luego contrastada con la realidad de los acuerdos mencionados. Si bien éstos no son de carácter universal, reflejan la importancia que la cuestión laboral ha tenido y tiene en el fenómeno migratorio y, aunque se reduce a un número limitado de países por el momento, manifiestan la necesidad de regular y facilitar ciertas cuestiones conexas a la migración de manera coordinada y multilateral.

c. Derecho a la atención médica de urgencia

La atención sanitaria de urgencia es un derecho reconocido a los migrantes en situación irregular y, aunque pudiera parecerse una cuestión superflua por estar ya reconocida en otros tratados de derechos humanos, sin embargo no lo es tanto, puesto que se discutió dicho reconocimiento y finalmente se reconoció sólo la atención de urgencia y no la atención sanitaria en general. De hecho, se incluía en un primer

General Iberoamericana por ocho países: Brasil, Bolivia, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Paraguay y Portugal; y ratificado parlamentariamente por: Argentina y Venezuela.

España suscribió este Acuerdo el 13 de octubre de 2010, aunque ha adoptado por el momento por una aplicación provisional: Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, hecho en Lisboa el 11 de septiembre de 2009. Aplicación provisional. BOE núm. 7, de 8 de enero de 2011.

texto de la Convención una cláusula de prohibición de excepción a la atención médica por no tener garantía de pago de la atención requerida²⁹⁰.

Este precepto tiene, en nuestra opinión, tres cuestiones clave problemáticas: la inclusión de los migrantes en situación irregular; la exclusividad de la medicina de urgencia; y la concepción del sistema sanitario en sí mismo.

Comenzamos por la última cuestión, dado que condiciona irremediabilmente la noción de las dos previas, defendidas por algunos miembros del Grupo de Trabajo. De nuevo, Estados Unidos de América lideró la oposición a incluir este precepto en esta parte de la Convención donde se reconocían los derechos ahí recogidos a todos los migrantes, con independencia de su situación administrativa. Como es sabido, la concepción estadounidense, como la de otros países del mundo, de la sanidad está basada en una perspectiva mercantilista desde la cual sólo puede acceder a la salud quien puede pagarla, puesto que es un aspecto del estado de bienestar social pero no un derecho humano fundamental según estos países. De este modo, el representante de Estados Unidos de América mantenía que el artículo propuesto iba más allá del PIDESC y no distinguía claramente entre cuidado médico de emergencia necesario para preservar la vida y otras formas menos urgentes de cuidado médico²⁹¹. Esta concepción choca directamente con la de países europeos que conciben la atención sanitaria como un derecho humano que el Estado tiene el deber de garantizar²⁹².

²⁹⁰ Efectivamente, el precepto se dividía en dos partes, declarando la segunda: “Such emergency medical care shall not be refused to them by reason of any irregularity in their situation or in that of their parents with regard to stay or employment or by reason of the absence of any guarantee as to the payment of the expenses involved”. A/C.3/37/1, pág. 11, parágrafo 31.

²⁹¹ A/C.3/37/1, pág. 11, parágrafo 32. No obstante, resulta curioso tal argumento pues de todos es sabido que la práctica médica estadounidense no ofrece siquiera el tratamiento de urgencia para salvar la vida a quien no presenta un aval previo de pago, aunque éste sea posterior, sea la persona extranjera o estadounidense.

²⁹² Lamentablemente conforme avanzábamos este trabajo las noticias nos han contrariado. Mientras en algunos países, sobre todo del continente europeo, se sigue garantizando el derecho a la salud de manera universal, España ha modificado una ley orgánica -LOEX- mediante un Real Decreto-ley, reduciendo a la nada el derecho a la salud de los extranjeros en nuestro país. El Real Decreto-ley 16/2012 redacta el artículo 12 de la LOEX del siguiente modo: “Los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria”. Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, BOE núm. 98 de 24 de abril de 2012.

Las últimas noticias al respecto hablaban de una propuesta, por parte del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, de un seguro que deberían pagar los inmigrantes en España para recibir asistencia sanitaria, lo cual implica una privatización de la sanidad de una manera poco transparente y

En cuanto a las otras dos cuestiones clave mencionadas, el texto proponía en un primer momento que el cuidado médico sería requerido por la preservación de la vida o para restablecer la salud de la persona²⁹³. Y, como ya hemos referido, la cuestión de la irregularidad no debía ser una razón para no recibir la atención médica necesaria, como definitivamente permanecería en el texto de la Convención. La cuestión del restablecimiento de la salud era muy amplio en su significado para algunos Estados del Grupo de Trabajo, aunque la expresión final “para evitar daños irreparables a su salud” que se recoge en la Convención permite en cierta forma tal interpretación.

La cuestión, a nuestro entender, es bien sencilla: el reconocimiento del derecho a la salud es fundamental y no puede verse limitado a una cuestión de urgencia, puesto que existen circunstancias de la vida humana que sin ser urgentes pudieran serlo a posteriori o en consecuencia de una desatención, o son suficientes en sí mismas para considerarse como tales. Esto es, hablar de urgencia en la atención médica sirve en un primer instante para derivar al servicio médico correspondiente, pero no para negar dicho servicio pues de él depende, ahora o en el futuro, la vida de la persona en la mayoría de los casos²⁹⁴.

En cuanto al reconocimiento del derecho para todas las personas, con independencia de su situación administrativa, es un reconocimiento que deriva

definitivamente injusta. Véase: <http://www.rtve.es/noticias/20121003/comunidades-ratificaran-hoy-convenio-asistencia-sanitaria-sin-papeles/566689.shtml> Noticia del 3 de octubre de 2012. Y http://politica.elpais.com/politica/2012/08/06/actualidad/1344283372_228885.html Noticia del 6 de agosto de 2012.

La realidad es que desde el 1 de septiembre de 2012, como consecuencia del Real Decreto-ley, los migrantes en situación irregular no ven respetado su derecho a la salud, pues han sido excluidos de la asistencia sanitaria. Y, aunque no se excluye de dicha asistencia a menores y mujeres embarazadas, las plataformas por la salud universal han recibido y denunciado casos en los que incluso estas personas han visto rechazada la asistencia en los centros de salud.

²⁹³ A/C.3/37/1, pág. 11, párrafo 31. Así también en el primer borrador, A/C.3/37/1, pág. 34, Text of Articles of the Draft International Convention... First Reading.

²⁹⁴ Volviendo al caso español, la modificación introducida en la LOEX no ha tardado en tener las consecuencias temidas y, además de la falta de atención por parte de personal sanitario, se han producido rechazos graves de atención de urgencia por la simple razón de no disponer de autorización de residencia, entre otros, el caso ya mencionado de Alpha Pam, migrante senegalés en situación irregular que moría después de ser rechazada la atención médica que requería -supra nota 186-, o el de otra persona en Valencia al que retiraron una prótesis tras conocer que no tenía autorización, o el de M.C., migrante hondureña, también en Valencia, a la que intervinieron de urgencia abriéndole el cráneo y, tras conocer la misma circunstancia -de no “tener papeles”-, le dieron el alta médica sin colocarle el hueso. http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/abandonada-sistema-sanitario_2013051400010.html Noticia del 14 de mayo de 2013.

directamente, aunque no sólo -también la CSE (artículos II.11 y 13 y II.19.2) y la CDN (artículos 24, 25, 33 y 39), entre otros, recogen este derecho-, del artículo 12 del PIDESC. Por ello, lo que resulta sorprendente y criticable es que sólo se extienda a la atención de urgencia y no al derecho a la salud física y mental tal y como se encuentra recogida en el Pacto de 1966. En cualquier caso al introducir la premisa de igualdad de trato con los nacionales -propuesta por Estados Unidos de América²⁹⁵- se permite indirectamente un trato muy diferente del esperado, pues de acuerdo con cada legislación interna los migrantes en situación irregular podrán ver rechazada en la práctica la atención médica, incluso la de urgencia, aunque esté protegida en la teoría por el Derecho internacional de los derechos humanos.

d. Derecho a la educación de los hijos

Los derechos albergados en los artículos 29 y 30 de la Convención, cuyos titulares son los hijos de los migrantes, venían en un principio reconocidos en un mismo precepto que contenía dos párrafos, posteriormente en orden inverso como referimos, pero se acordó la oportunidad de diferenciarlos en dos artículos separadamente²⁹⁶. La razón de tal separación resultaría obvia: la esencia de los derechos reconocidos en ambos preceptos es completamente diferente.

El primer párrafo reconocía el derecho a la enseñanza de los hijos de los migrantes incondicionalmente, es decir, sin ningún tipo de restricción²⁹⁷. Aunque Estados Unidos de América objetó, como en el caso del derecho a la salud, que se incluyera en esta parte de la Convención y no en la referida exclusivamente a los

²⁹⁵ UN Doc A/C.3/42/1, pág. 54, párrafo 282. Subrepticamente el delegado estadounidense consigue su objetivo al quedar completamente diluido el sentido de un derecho humano que es condicionado por lo que ocurra en el interior de cada Estado. Esa equivalencia entre migrantes y nacionales fue rechazada por el delegado de Yugoslavia, porque la situación del trabajador migrante es considerablemente diferente de la del nacional y por tanto no podía existir una equivalencia real, ídem, párrafo 283.

²⁹⁶ A/C.3/37/1, pág. 12, párrafos 34 y 35. A/C.3/37/1, pág. 34, Text of Articles of the Draft International Convention... First Reading.

²⁹⁷ Respecto al contenido del derecho a la educación véase Observación General 1 del Comité sobre los Derechos del Niño, 17 de abril de 2001, *Propósitos de la educación*.

migrantes en situación regular²⁹⁸, pues no consideraban -ni lo consideran en el presente- que debieran ser derechos reconocidos universalmente, tal y como establecen los tratados internacionales de derechos humanos²⁹⁹. Turquía, apoyada por Marruecos, introdujo una cláusula importante al proponer que se incluyera una declaración positiva -“positive statement”- del derecho básico a la educación de los hijos de todos los trabajadores migratorios, que es como finalmente comienza el artículo 30 de la Convención³⁰⁰.

El derecho fundamental de acceso a la educación suscitó no pocas contradicciones, como apuntamos con la posición estadounidense. Sin embargo fueron numerosas las delegaciones que apoyaron su inclusión y que, incluso, definieron el concepto. Así, la Unión Soviética apuntó a que tal derecho fundamental de acceso significaba que el acceso a la educación “no podía ser rechazado ni limitado a los hijos de los trabajadores migrantes, esto es, no podían ser discriminados por tal circunstancia”³⁰¹. La igualdad de trato de los hijos de los trabajadores migrantes con los nacionales del Estado de que se trate fue una propuesta de Yugoslavia, con las manifestaciones en contra de India³⁰². Finalmente se recogería la igualdad de trato, en un sentido próximo al que recoge el PIDESC.

De nuevo, en este debate, surgió la cuestión de no vincular la situación de irregularidad del trabajador migrante con la posibilidad del Estado de pedirle la salida del país³⁰³. En este sentido, parece cuando menos ridículo que la preocupación fuera la compatibilidad de este derecho fundamental con la medida coercitiva de expulsión del Estado, teniendo presente que nunca se puso en cuestión tal medida y que, desde un principio, ya en las primeras sesiones -como hemos apuntado en

²⁹⁸ Propuesta que posteriormente también harían la República Federal de Alemania y Australia, incluso Francia, en UN Doc A/C.3/42/1, pág. 55, párrafos 289, 290 y 293 respectivamente.

²⁹⁹ Especialmente la CDN por los sujetos a los que se dirige (artículos 28 y 29), pero también PIDESC (13, 14), CEDR (5), CEDCM (10), CDPD (24) hacen referencia a la no discriminación en el derecho a la educación.

³⁰⁰ Tanto la posición de Turquía como de Estados Unidos de América se encuentran en el informe referido, A/C.3/37/1, pág. 12, párrafo 36. En el mismo sentido que Turquía, se manifestaría la Unión Soviética.

³⁰¹ UN Doc A/C.3/42/1, pág. 55, párrafo 294. Traducción propia.

³⁰² UN Doc A/C.3/42/1, pág. 55, párrafos 296 y 297, respectivamente.

³⁰³ UN Doc A/C.3/42/1, pág. 55, párrafo 295, en este caso fue Italia el adalid del argumento sempiterno.

repetidas ocasiones-, se instituyó como principio -casi *conditio sine qua non*- la soberanía del Estado en tal sentido.

Por último, el contenido del derecho en sí mismo, sin ser objeto de debate, no deja de sorprender en su limitación. Al igual que ocurriera con el derecho a la salud, se intentaba proponer que las obligaciones jurídicas para el Estado receptor fueran lo menores posibles y, por ello, se limita a la prohibición de denegar o limitar el acceso a la educación. No obstante, además este acceso se limita a su vez a la enseñanza preescolar y a las escuelas públicas, dejando al margen cualquier referencia a otro tipo de enseñanza, como la formación profesional³⁰⁴; y se limita también a los hijos de los migrantes, obviando de nuevo la obligatoriedad de este derecho para todos los menores al no incluir a lo menores no acompañados³⁰⁵.

e. Identidad cultural

El respeto a la identidad cultural de los migrantes y sus familiares aparece en términos similares a los que tenía en su primera redacción, si bien no aparecía el segundo apartado del artículo finalmente aprobado, referido a las medidas que los Estados podrán tomar³⁰⁶.

Como en los derechos referidos en último lugar, el representante de Estados Unidos de América objetó de nuevo contra este derecho por dos razones³⁰⁷: en primer lugar, porque consideraba que debía estar incluido en la parte III -del primer borrador, la referida a los derechos de los migrantes en situación regular-; y, en

³⁰⁴ No obstante, la OIT recomendó que los países tomaran medidas para el acceso a la educación de los migrantes y sus familiares, por tanto, no limitándolo a la educación básica ni por edad. Recomendación número 86 de la OIT, Recomendación sobre los trabajadores migrantes. Adopción: Ginebra, 32ª reunión CIT, 1 de julio de 1949.

³⁰⁵ La regulación española reconoce plenamente el derecho a la educación hasta los dieciocho años, deber en el caso de los menores de dieciséis años, artículo 9 LOEX. Sin embargo, los extranjeros mayores de dieciocho años tendrán derecho a la educación de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa, en la práctica esto conlleva que para la educación postobligatoria se les exija autorización de residencia o estancia -a tenor del apartado 2 del mencionado artículo-.

La CSE reconoce también la enseñanza de la lengua materna (II.19.12).

Respecto al derecho a la educación de los menores, véase GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia, «La regulación del derecho a la educación...», op. cit., pp. 159-168.

³⁰⁶ A/C.3/37/1, pág. 34, Text of Articles of the Draft International Convention... First Reading.

³⁰⁷ Véase A/C.3/37/1, pág. 13, parágrafo 42.

segundo lugar, porque no compartía el espíritu que alberga el derecho al respeto de la identidad cultural propia. Respecto a esta última razón, este país entendió que el texto propuesto imponía una obligación positiva a los futuros Estados parte para proteger los derechos culturales de todos los migrantes. En desarrollo de esa línea, propuso que debía volverse a redactar el mencionado precepto en los términos del artículo 15 del PIDESC³⁰⁸ trasladando la iniciativa del Estado al migrante, quedando el Estado de recepción en un segundo plano haciendo cumplir tales derechos. Téngase en cuenta que entonces el texto todavía no incluía la referencia a que los Estados tomaran medidas para ayudar y alentar los esfuerzos en este sentido, aunque sí había propuestas en tal sentido³⁰⁹.

Esto nos lleva a considerar dos aspectos. Por un lado, este país ha preferido obligarse en la menor medida posible en cuanto a la protección de los derechos humanos³¹⁰, así como tampoco le ha interesado asumir esa idea de protección de los derechos culturales de los migrantes -algo paradójico teniendo en cuenta que es uno de los países con mayor tradición inmigratoria y mayor diversidad cultural-. Y por otro lado, nos muestra el uso interesado y malintencionado que realiza del artículo 15

³⁰⁸ Artículo 15 del PIDESC:

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

- a) Participar en la vida cultural;
- b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
- c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales”.

³⁰⁹ La propuesta de Argelia, Marruecos, Senegal, Turquía y Yugoslavia no sólo incluía tal aspecto, sino que vinculaba a los Estados obligándoles a ayudar y alentar los esfuerzos a tal respecto, UN Doc A/C.3/42/1, pp. 56-57, parágrafo 302.

³¹⁰ Aunque a alguien pueda resultarle atrevida esta afirmación, nos basta con remitirnos a la acumulación de reservas a algunos de los tratados de derechos humanos más relevantes o los casos flagrantes de violaciones de derechos humanos -base militar de Guantánamo en territorio cubano y bajo un limbo legal, o los desmanes en la frontera con México, como ejemplos-, causantes de las diversas denuncias que el país ha recibido tantos por terceros Estados como por organizaciones de defensa de los derechos humanos. Respecto a todas las objeciones que en este Grupo de Trabajo realizó, la manifestación más sincera de su falta de compromiso es la no ratificación del texto en el momento de redacción de esta tesis -y, por cierto, nada previsible en un futuro próximo-.

del PIDESC, puesto que este precepto no ubica la iniciativa en la realización de estos derechos en la persona, en este caso migrante, sino que en un primer párrafo declara el derecho subjetivo de toda persona y en un segundo párrafo declara que el Estado debe tomar medidas al menos para asegurar la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura. Por tanto, sí impone una acción positiva por parte de los países en aras de poder conservar la cultura, y ello no puede ser ignorando la tradición cultural de los pueblos vivan éstos en sus lugares originarios o en otros lugares de acogida, siempre y cuando respeten el orden público y los derechos humanos de todas las personas.

Su posición fue, de nuevo, ampliamente contrastada por otros miembros del Grupo de Trabajo, hasta el punto que algunos miembros destacaron la idea de que se trataba de una responsabilidad conjunta entre países de origen y países de empleo o destino, proponiendo incluso -concretamente, por parte de la delegación marroquí³¹¹- que se incluyera tal extremo en la redacción del precepto. Finalmente ni las pretensiones de Marruecos y otros países de declarar la obligación de cooperar para promover los vínculos culturales de los trabajadores con sus países ni las pretensiones de Estados Unidos de América de trasladar la iniciativa de ejercer y reclamar el derecho a la identidad cultural al individuo, ni una ni otra, fructificaron y el artículo final recoge una obligación en negativo de los Estados de no impedir los vínculos culturales con sus países de origen y una posibilidad de adoptar “medidas apropiadas para ayudar y alentar los esfuerzos a este respecto”.

Evidentemente, la redacción y el contenido final del artículo son poco ambiciosos y reflejan una paradoja ya manifiesta en todo nuestro estudio, pero evidente y patente en una cuestión tan identitaria como es la cuestión cultural. Esta paradoja es que aquellos países de origen pretendían el respeto de sus tradiciones en los países de destino, cuando algunos de ellos no son conocidos precisamente por su apertura cultural -entre ellos el mismo Marruecos que propuso la medida más abierta- y el respeto a tradiciones culturales distintas a la suya; por el contrario, otros países, no deseaban reconocer la labor de los Estados en el respeto a la identidad cultural por las medidas que pudieran suponer, sin embargo han mostrado una

³¹¹ A/C.3/37/1, pág. 13, párrafo 43.

convivencia más o menos intercultural en sus sociedades. Hemos de apuntar, pues el uso aprovechado por parte de unos y otros países, pues no obstante 160 países son parte del PIDESC³¹² -y recordemos que el Preámbulo de la Convención parte de la DUDH y el resto de tratados de derechos humanos, con la consecuente importancia que les reconoce- y se encuentran obligados respecto a este derecho -como respecto a otros, ya sea por este mismo tratado u otros-.

2. Derechos de novedosa configuración

Tengamos presente que algunos de los derechos aquí recogidos ya habían sido recogidos en otros tratados internacionales, sin embargo no habían sido configurados de tal manera que pudieran entenderse como parte de un estatuto jurídico o, simplemente, como derecho humano, sino más bien como reconocimientos de ciertas obligaciones por parte de los Estados que ratificaban dichos tratados. Por tanto, la novedad reside en el establecimiento y reconocimiento de tales derechos de manera clara y expresa a todos los migrantes en la Convención.

2.1. Especial atención a la asistencia consular

En cuanto al derecho a la asistencia consular³¹³ -artículo 23 de la Convención- se recoge en un mismo sentido a lo largo de los trabajos preparatorios, con la excepción de que en los documentos de 1981 y de 1987 incluían en el texto de este precepto lo siguiente: que las autoridades consulares del país de origen o quien ejerciera su representación debían ser notificadas del proceso de expulsión del [migrante en situación regular] nacional de dicho país al menos 48 horas antes de que

³¹² Curiosa, y paradójicamente, Marruecos sí ha ratificado el PIDESC y Estados Unidos de América sólo lo ha firmado. En la práctica, como venimos constatando, ambos países, como tantos otros, conculcan en no pocas ocasiones los derechos de los migrantes.

³¹³ Nos remitimos al estudio realizado sobre la Convención de Viena de Relaciones Consulares - capítulo segundo- y la labor del Tribunal Internacional de Justicia -capítulo tercero-.

ésta fuera a realizarse³¹⁴. Estas cuestiones y el resto del artículo fueron objeto de discusión entre las delegaciones. Por ejemplo, respecto a la recepción de asistencia legal por las autoridades consulares [o diplomáticas], los países que se opusieron señalaron que la manera de asistir a los trabajadores migrantes era una cuestión a determinar por parte de cada autoridad consular³¹⁵.

Otro aspecto a destacar es que Estados Unidos de América pretendía que la asistencia consular no se aplicara a todas aquellas personas detenidas nada más cruzar la frontera del país en cuestión³¹⁶ proponiendo así la violación de las garantías a la asistencia consular recogidas en Derecho internacional y enviando además al limbo legal a dichas personas.

La segunda parte del artículo se refiere al derecho a ser informado sin demora del derecho previamente enunciado, en particular, en caso de expulsión, y que las autoridades del país que ejecuta la expulsión faciliten el ejercicio de ese derecho. Sin embargo, en el borrador de 1987 el apartado se refería a la obligación de las autoridades que van a expulsar a una persona de comunicar a las autoridades consulares del Estado de origen o de otro Estado que represente los intereses de éste de la decisión de expulsión al menos 48 horas antes de que ésta se lleve a efecto. Como podemos deducir de lo expuesto más arriba y de lo ya frecuentemente referido, causó una amplia discusión generando tres posiciones diferenciadas. En primer lugar, obtuvo la oposición de algunos países, encabezados por la República Federal de Alemania que propuso limitar su aplicación a los migrantes en situación regular o borrarlo por completo. En segundo lugar, los delegados de Finlandia, Grecia, Italia, Países Bajos, Noruega y Suecia -es decir, prácticamente todo el grupo MESCA- mostraron mayor comprensión al señalar que podía ocurrir que el propio migrante no estuviera interesado en que las autoridades de su país fueran informadas de su expulsión. Por último, en una tercera posición, los delegados de Yugoslavia, Egipto, Turquía, India, Senegal y Túnez deseaban mantener el apartado segundo,

³¹⁴ El borrador de artículo que se discutió se encuentra recogido en UN Doc A/C.3/42/1, pág. 35, parágrafo 167. Los corchetes, recordemos, indican la provisionalidad -y falta de acuerdo- del texto entre ellos escrito.

³¹⁵ UN Doc A/C.3/42/1, pág. 36, parágrafo 169.

³¹⁶ A/C.3/36/10, pág. 24, parágrafo 76.

pero aplicándolo a todos los migrantes, no sólo a los que se encontraran en situación regular³¹⁷.

Aunque pudiéramos, en una primera impresión, considerar la posición de éstos últimos una defensa mayor de la protección de los migrantes, en realidad suponía la constatación de cierto paternalismo o de, por otra parte, un riesgo de excesivo control sobre sus nacionales. De hecho, esto que afirmamos se demostró, no sólo respecto a algunos de estos países, sino también de otros como Grecia, al solicitar que no fuera una obligación de informar del derecho de asistencia consular sino que se declarara una obligación de no impedir el ejercicio de aquel derecho, o lo que es lo mismo que la acción del Estado de acogida -o de empleo- fuera la menor posible³¹⁸. La importancia del argumento de los países escandinavos y mediterráneos es evidente, al menos desde una perspectiva más abierta de concepción de los derechos humanos, y se manifiesta en el definitivo artículo 23, fruto de la propuesta del presidente del Grupo de Trabajo tras consultas informales.

Sin duda, lo relevante de este artículo 23 no es sólo dejar constancia de la importancia que otros tratados internacionales tienen respecto a las personas migrantes -refiriéndose concretamente aquí a la Convención de Viena de 1963³¹⁹- sino también afirmar la facultad de ejercer ciertos derechos -que por ello son derechos y no obligaciones-, sin que por ello se abandone la obligación por parte de las autoridades públicas de informar sobre la titularidad de ese derecho y de facilitar su ejercicio.

Los primeros seis apartados del artículo mantienen la misma redacción que en 1981, salvo la no inclusión finalmente de dos anotaciones entre paréntesis³²⁰. Sin embargo, merece considerar aparte y con detenimiento los derechos de la persona migrante arrestada, recluida en prisión o detenida, sin obviar otros derechos

³¹⁷ UN Doc A/C.3/42/1, pág. 37, párrafos 177, 178 y 179, respectivamente a las tres posiciones referidas.

³¹⁸ UN Doc A/C.3/42/1, pp. 38-39, párrafos 187-192.

³¹⁹ Convención de Viena sobre relaciones consulares, 24 de abril de 1963. *UNTS*, vol. 596, p. 261.

³²⁰ UN Doc A/C.3/36/10, pág. 14, párrafo 50. La ausencia final es la de la expresión “normal police protection” frente a “effective protection”, mucho más apropiada ciertamente, en referencia a la protección que debe dar el Estado frente a violencia, amenazas, etc. y la de la expresión “in accordance with the penal procedure of the receiving State” en el último apartado del artículo y en relación con el derecho a ser juzgados en un plazo razonable o a ser puestos en libertad.

recogidos en el artículo, como la libertad y la seguridad, la protección efectiva contra cualquier violencia, amenazas o intimidación o la obligatoriedad de que toda identificación de una persona migrante se haga conforme al procedimiento establecido por ley.

Retomando la redacción que se propuso en 1981³²¹, ésta hablaba de arresto o detención, por tanto se presumía la conducta penal, que figura entre corchetes en la versión del borrador de ese año. Mientras que finalmente se incluye cualquier tipo de detención. Además la redacción no era demasiado clara y no especificaba nítidamente el derecho que toda persona detenida tiene de comunicarse con las autoridades consulares o diplomáticas sin dilación conforme a la Convención de Viena de 1963. Este último aspecto fue redactado de manera más clara en la Convención, puesto que se recalcó de hecho la importancia de los “tratados pertinentes” para informar sin demora al interesado del derecho a la asistencia consular y de los derechos derivados de los tratados “si son aplicables entre los Estados de que se trate”. Esto es, queda manifiesta en el texto final la obligación de respeto del Derecho Internacional, en particular en este aspecto que, como hemos visto ya por las sentencias del Tribunal Internacional de Justicia anteriormente referidas, ofrece un grado de protección considerable de los migrantes.

Sin embargo, declara que el ejercicio de tal derecho depende de la voluntad de la persona detenida. Si bien esto es cuestionable, es además confuso por cuanto en la redacción original las frases eran inconexas y en la redacción final, como en la original, la cuestión importantísima de que este derecho existe y de que la persona detenida debe ser informada de que posee tal derecho, entre otros, aparece en último término -en el párrafo c del apartado 7-. Resulta en todo caso curioso que desapareció la referencia que en la primera redacción se hacía expresamente a la Convención de Viena y, más concretamente, se declaraba el derecho de las autoridades diplomáticas o consulares de visitar a la persona interesada durante el período de detención o prisión.

³²¹ “(7) (a) In the case of arrest or detention of a migrant worker or a member of his family [on a criminal charge], if he so requests, the diplomatic or consular authorities...”, en UN Doc A/C.3/36/10, pág. 15, párrafo 50.

Otro aspecto interesante a recordar en aquellos trabajos preparatorios de 1981 es la propuesta que hubo de incluir en el texto de este precepto que las autoridades consulares del país de origen o quien ejerciera su representación fueran notificadas de cualquier proceso de expulsión de un nacional de dicho país al menos 48 horas antes de que ésta fuera realizada. Esta proposición elaborada en consultas informales por varios países miembros del Grupo fue, a propuesta de Italia con el apoyo de Argelia y Argentina, pospuesta para una discusión posterior en la que se incluyera la cuestión de la expulsión, hecho que sin duda se aprovechó para dejarla de lado y finalmente no incluirla en la Convención.

Del mismo modo que algunos países se opusieron a un concepto amplio de la protección efectiva ejercida por las autoridades consulares, se opusieron a los derechos -secundarios, e incluso superfluos para aquéllos- derivados del hecho de la detención, como es la asistencia de un intérprete en caso de no entender o hablar el idioma utilizado, gratuita si fuera necesario. Algunos países consideraron este derecho necesario y defendieron la gratuidad del mismo para evitar cualquier discriminación; mientras que otro país creyó que excepcionalmente se proveería tal asistencia a las personas indigentes y no a quienes pudieran pagarse por sí mismos tal “servicio”³²². En estas cuestiones, menos discutidas quizá en la arena internacional, u obviadas por no sentir la obligación de respetarlas y hacerlas proteger y cumplir, es donde se evidencian las grandes brechas en las concepciones normativas de las diferentes tradiciones jurídicas y en las tradiciones culturales y sociales, no en vano aquéllas son reflejo de éstas. Afortunadamente, con base en la redacción propuesta por Marruecos, se redactó la frase del apartado 8, y prevaleció la visión más igualitaria del derecho a la asistencia consular.

³²² Defendiendo la asistencia generalizada de intérprete se encontraban países como Ghana o Finlandia, y en solitario considerando que no debía ser generalizada se encontraba Estados Unidos de América. UN Doc. A/C.3/41/3, pp. 34-35, párrafos 200, 202 y 199, respectivamente. En el mismo documento se recogería la propuesta de la delegada marroquí que definitivamente se aprueba -pág. 35, párrafo 204-, no sin antes discutir la pertinencia o no de incluir en este artículo la asistencia legal, que se dejaría finalmente como parte del artículo 18.

2.2. Derechos de las personas detenidas

El internamiento de extranjeros es una cuestión ampliamente debatida en los últimos años, por la criminalización de la que están siendo objeto las personas migrantes cuando el hecho que produce tal internamiento consiste en una infracción administrativa. Tal disparate jurídico está siendo cada vez más ampliamente aceptado por sectores socio-políticos considerados “progresistas”. La delicadeza en el tratamiento de ciertos temas por parte de los medios de comunicación, que pueden generar conflictos o que pueden afectar a derechos fundamentales, es obviada y ello genera una falsa interpretación. Por fortuna, también están los tribunales que en ocasiones dan un poco de luz sobre la correcta interpretación de ciertas disposiciones legales garantizando la protección jurídica de los migrantes en situación irregular³²³.

Lo mismo que en otras cuestiones, el lenguaje y el tratamiento sobre el fenómeno migratorio se han ido modulando. Una de esas grietas por las que cabe el discurso xenófobo es la cuestión del internamiento y la criminalización por parte de algunos sectores de cuestiones que jurídicamente nada tienen de criminales³²⁴. De tal modo se confunde en el lenguaje -periodístico, político e incluso jurídico- internamiento con privación de libertad, privación de libertad con detención, y

³²³ Recientemente la *Cour de cassation* francesa, equivalente a nuestro Tribunal Supremo, dictaba una importantísima sentencia en la que se declara que la situación de irregularidad no es por sí misma equivalente a delincuencia y prohíbe la detención como medida generalizada. La sentencia se dicta en virtud de dos decisiones de la Corte de Justicia de la Unión Europea (arrêts du 28 avril 2011, C-61/PPU, et du 6 décembre 2011, C-329/11) sobre la Directiva 2008/115/CE, Arrêt n° 960 du 5 juillet 2012 (11-19.250) - Cour de cassation - Première chambre civile.

Sobre el control judicial de la privación de libertad de los migrantes véase CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, Ana María, *Control judicial de las privaciones de libertad de los extranjeros en situación irregular*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, 135 p.

³²⁴ “It [the law] treats illegal migration as a crime justifying the state in imposing tough, far-reaching sanctions, which may include fines, imprisonment, and permanent exile for such aliens [...] Many citizens, however, are reluctant to view ordinary illegal border crossing [...] as a reprehensible crime warranting harsh penalties”, SCHUCK, Peter H., «Law and the Study of Migration», en BRETTELL, Caroline B.; HOLLIFIELD, James F. (eds.), *Migration Theory. Talking across Disciplines*, New York, Routledge, 2000, pág. 198.

“There has been an incremental transition towards the use of criminal/penal law sanctions for individuals directly or indirectly involved in the irregular immigration process, including ‘third parties’ engaged in solidarity assistance. The EU has played a significant part in that transition”, CARRERA, Sergio; and MERLINO, Máximo, *Undocumented Immigrants and Rights in the EU Addressing the Gap between Social Science Research and Policy-making in the Stockholm Programme?*, Centre for European Policy Studies, December 2009, pág. 19.

detención con prisión. Todos estos términos se refieren a situaciones y circunstancias diferentes y por eso mismo ha de tenerse especial cuidado al utilizarlos.

Podemos utilizar, de manera forzada, pero comprensible para las personas que no son juristas, internamiento como privación de libertad, pues en realidad lo que se produce con el internamiento es un tipo de privación de libertad limitada, es “sólo” la libertad de movimiento la que se priva a la persona. Sin embargo, no es comprensible ni aceptable que el texto de la Convención describa como detenida a una persona que ha infringido las disposiciones sobre migración.

Aparte de las cuestiones terminológicas ya defendidas en este trabajo, existen otras cuestiones relativas a la detención que merecen una atención especial. En relación a los derechos de las personas detenidas y el derecho al respeto a la persona y su dignidad -recogidos en el artículo 17-, los cambios producidos en los trabajos preparatorios fueron, en algunos apartados, clarificadores. Respecto al respeto a la dignidad de la persona, cabe recordar lo ya mencionado arriba, pero además ha de tenerse presente que tal valor inherente a la persona ha de mantenerse inalterado cualquiera que sea la situación de la misma, esté en situación irregular o no, esté detenida o no, pues es un mínimo “invulnerable que todo estatuto debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto a ser humano, merece la persona”³²⁵.

Ejemplo de los cambios producidos en los trabajos preparatorios es la referencia a que el derecho que tienen los migrantes de recibir visitas si se encuentran detenidos o presos es el mismo que tienen los nacionales del Estado. En el primer borrador no aparecía esta comparación³²⁶. Lo mismo ocurría con los derechos de las personas migrantes detenidas que serían los mismos que los de los nacionales del Estado en el que estuviera detenido en su misma situación, aunque en este caso la redacción del apartado mencionaba que los derechos humanos

³²⁵ STC 120/1990, de 27 de junio.

³²⁶ A/C.3/36/10, pág. 17, párrafo 54. Fue introducida a propuesta de las delegaciones de Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Holanda, Noruega, y Yugoslavia, en UN Doc A/C.3/42/1, *Report of the Open-ended Working Group on the Drafting of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, New York, 1987, pág. 6, párrafo 12.

fundamentales y los derechos laborales de los migrantes no podían ser limitados sólo por el hecho de no disponer de la documentación migratoria requerida, derecho que será aplicable en todo momento, incluso durante el proceso de expulsión o deportación de la persona³²⁷. Este apartado recogido por el Grupo de Trabajo durante las sesiones de 1986, valioso y claro respecto a la idea de derechos humanos, no fue posteriormente adoptado.

En otros apartados, el cambio ha sido en un sentido restrictivo. Es reseñable la reducción sufrida por los apartados sexto y séptimo que incluían los procesos de expulsión o deportación en el objeto de ambos preceptos, es decir, ampliaba la protección a aquellas personas que estuvieran sufriendo estos procedimientos.

En cuanto al apartado sexto referente a la atención a los familiares, dicha atención especial iba dirigida a los problemas de los familiares, con una concreta referencia a las necesidades específicas de las mujeres -referencia androcéntrica como es tónica general en la Convención-, que se modificó por “spouses” o “cónyuge”, y de los hijos menores e incluyendo, recordemos, los casos de procesos pendientes de expulsión o deportación³²⁸. Finalmente se aprobó que se prestara atención a los problemas que se planteen a los familiares de una persona migrante privada de libertad, “en particular al cónyuge y los hijos menores”.

La redacción del apartado séptimo, que en su versión final se refiere a los derechos en igualdad de condiciones con los nacionales del país de tránsito o destino en caso de privación de libertad, varía sustancialmente de las versiones anteriores. El apartado, tal y como se preveía en la redacción de 1981³²⁹, establecía que no se podían limitar o menoscabar los derechos humanos fundamentales y los derechos laborales simplemente por el hecho de que la persona migrante no tuviera la documentación migratoria requerida. Lo cual es más específico que el texto final,

³²⁷ UN Doc. A/C.3/41/3, pág. 40, párrafo 225. Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Holanda, Noruega, y Yugoslavia propusieron borrar ese apartado 7 el año siguiente, 1987, en UN Doc A/C.3/42/1, pág. 6, párrafo 12.

³²⁸ La eliminación de la referencia explícita a las mujeres se debe a la propuesta de Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Holanda, Noruega, y Yugoslavia, en UN Doc A/C.3/42/1, pág. 6, párrafo 12.

Aunque el texto definitivo, añadiendo la especial atención al cónyuge y a los hijos menores de edad, se aprueba tras consultas informales por el Grupo de Trabajo, ídem, pág. 7, párrafo 21.

³²⁹ A/C.3/36/10, pág. 17, párrafo 54.

pero mucho más determinado en terminar con cualquier posible abuso institucional respecto a las personas en situación irregular. Además ese reconocimiento aplicable en todo momento incluía, como ya mencionábamos arriba, el período máximo de duración de los procesos de expulsión o deportación.

A pesar de ciertas restricciones finales, también hubo alguna modificación que mejoraba la redacción del texto. Así, Francia propuso un apartado 3 del artículo en el que se mencionaba la privación de libertad mientras se esperaba la aplicación de una decisión relativa a la salida del territorio del Estado de empleo determinando que las personas que sufrieran tal privación debían ser separadas de las personas condenadas. A ello se opusieron algunos países africanos puesto que la idea implícita de tal propuesta era la expulsión o deportación de la persona, y ésta -en la opinión de los delegados africanos y en la nuestra- no tenía por qué ser automática tras la detención de una persona migrante, por lo que era previsible su permanencia retenida antes de que se hiciera efectiva tal expulsión³³⁰.

En concreto este apartado tercero del artículo se refiere a la detención de las personas migrantes en locales distintos de los destinados a personas condenadas o a las que esperan ser juzgadas y resulta en cierto modo sorpresivo. Por un lado, es en cierto modo positivo que se incluyera el término condenadas, no por el hecho de menospreciar las condiciones dignas en que tienen que encontrarse todas las personas que cumplen una condena, sino por diferenciar claramente entre personas condenadas por una infracción penal de las que no están condenadas, todavía, ni penal ni administrativamente. Efectivamente, como hace el propio ordenamiento interno, al menos en el caso español, las personas detenidas en espera de juicio o de sentencia, personas reas, no pueden estar detenidas en los mismos locales que las personas ya condenadas³³¹. Pero, por otro lado, tal detención es de personas que han

³³⁰ A la propuesta de Francia, siguió una propuesta en términos similares de Italia, apoyada ésta por Portugal. Mientras que los países africanos que mostraron su descontento con la misma fueron Marruecos, Senegal y Argelia. UN Doc. A/C.3/41/3, pág. 41, párrafos 231-235.

³³¹ Decimos abiertamente que es en cierto modo positivo, porque otros países como Francia o la República Federal de Alemania expresaron abiertamente sus reservas a separar migrantes de otros prisioneros, en UN Doc A/C.3/42/1, pág. 8, párrafo 26. Quizá no se expresaron del todo correctamente y querían referirse a personas migrantes y otros prisioneros cuando habían cometido y habían sido condenados por el mismo delito; sin embargo, ni así lo expresaron, ni así se deduce en el momento en que se introduce en el debate, pues se estaba hablando en esa sesión de la detención de una persona migrante por infringir las normas relativas al *status* migratorio.

infringido las normas relativas al *status* migratorio, por tanto personas que han cometido infracciones administrativas en términos generales y aunque su separación de las personas condenadas pueda albergar algo de optimismo, por el contrario indica la aceptación, por los países que aprobaron el texto, de la detención de manera generalizada como medida ante una infracción administrativa. Esta es una cuestión ampliamente debatida en el derecho penal, principalmente, por lo que nos remitiremos a los expertos en esa área, pero no por ello podemos menos que manifestar nuestra contrariedad con tanto rigor jurídico en la mayor parte del texto discutido y adoptado y el escaso rigor que parece mostrarse en cuestiones tan graves como éstas que afectan directamente a la libertad y la dignidad de la persona humana³³².

Asimismo fue positivo que finalmente se adoptara tanto en el apartado segundo como en el apartado cuarto del artículo que los menores de edad estén separados de los adultos, puesto que algunos países expresaron sus objeciones, como ya lo habían hecho respecto al artículo 10 del PIDCP concretamente. Este es el caso de Noruega cuya reserva a esta separación fundamentó en la misma reserva ejercida respecto al artículo mencionado del PIDCP. El delegado de Finlandia declaró que, si bien esta separación entre jóvenes y adultos era la norma general en su país, no era practicable ni era tampoco en el interés de la unidad de la familia que tal separación fuera establecida como obligación incondicional³³³. Lamentablemente no todos los países están pensando en la unidad familiar de las personas migrantes a la hora de hacinar menores con adultos, pues no sólo los unen con sus familiares adultos sino con todos los demás. Ello ha dado lugar a repetidas denuncias de abusos o violaciones, en ocasiones difícilmente demostrables, pero en otras denunciadas y condenadas³³⁴.

³³² De gran interés es el estudio de Teitgen-Colly, en el que aborda la detención de los migrantes como ejercicio de la soberanía de los Estados, pero también desde una perspectiva de los derechos humanos. TEITGEN-COLLY, Catherine, «La détention des étrangers et les droits de l'homme» en CHETAIL, Vincent (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme: le droit international en question. Globalization, migration and human rights: International law under review*, Vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 571-618.

³³³ UN Doc A/C.3/42/1, pág. 9, párrafos 29 y 31, respectivamente.

³³⁴ El caso Mahmudi fue el de una familia afgana -pareja y cuatro hijos pequeños, la mujer se encontraba embarazada de ocho meses- detenida en el centro de detención Pagani en espera de su deportación. Llevado ante el TEDH, éste determinó que la detención se había producido en

Hecha esta aclaración de “alojamiento” separado, no es tan optimista la circunstancia de que en el texto originario se mencionara que los migrantes a ser alojados separadamente fueran los que estuvieran en espera de ser juzgados³³⁵. En nuestra opinión, ello conlleva que toda persona migrante “detenida” podría serlo por un hecho infractor que le llevaría a ser juzgada o no, por el contrario, que no existiera tal hecho infractor, ya que la aclaración habla de separación entre ambos, es decir, admite la posibilidad de ambos tipos de personas detenidas. La desproporcionalidad de la medida preventiva -en el caso de aquellas personas que no fueran detenidas por un hecho infractor- es evidente. Por otra parte, también podría interpretarse el precepto de manera que todo migrante será separado de las personas condenadas o en espera de juicio -sean éstas nacionales o no del país-, tal interpretación benevolente no nos parece adecuada por cuanto no se determina en ningún otro apartado las causas por las que puede ser privada de libertad una persona migrante.

Además, y prueba del peso que fueron ejerciendo los países más detractores del reconocimiento de derechos frente al MESCA y el Grupo de los 77, se recogió este apartado tercero en lugar de otro texto alternativo que aparecía en los primeros trabajos de 1981:

“Any migrant worker or member of his family who is detained in the State of destination for infraction of the provisions concerning migration shall be housed in suitable accomodation [under judicial control] separate from the prisons or other centres of detention or imprisonment for offenders or criminals”³³⁶.

Este texto recogía el aspecto de la detención por infracción de las normas migratorias, lo cual en el sentido que ya apuntábamos reducía la detención a ser una respuesta a una infracción de la ley de extranjería y no a cualquier otro hecho. Por

condiciones inhumanas y degradantes, entre otras cuestiones por la detención de los menores junto con adultos, y sin un remedio efectivo de revisión (o recurso). El Tribunal determinó la violación de los artículos 3, 5 y 13 del CEDH. Es destacable que el TEDH tiene en cuenta también informes del Comité Europeo para la prevención de la tortura, de AI y de Médicos sin Fronteras. *Mahmundi y otros v. Grecia*, 14902/10, ECHR, 31 July 2012.

³³⁵ A/C.3/36/10, pág. 17, párrafo 54.

³³⁶ A/C.3/36/10, pág. 17, párrafo 54.

En el sentido en que se redactaría finalmente el apartado 3 -aunque centrándolo en el *status* migratorio- se pronunciaría el presidente del Grupo de Trabajo. En sentido muy diferente al expuesto se manifestaría el delegado de Estados Unidos de América, declarando que debía ser aplicable únicamente a la detención producida a personas migrantes en situación irregular; ambas posiciones en UN Doc A/C.3/42/1, pág. 6, párrafo 15.

otra parte, añadía a la detención en locales separados de las prisiones u otros centros de detención para personas condenadas o delincuentes dos cuestiones claves, reclamadas por la sociedad civil en la actualidad precisamente por su incumplimiento. La primera de ellas era la de un alojamiento apropiado. La segunda es la de que tal detención se produzca bajo control judicial³³⁷.

Por ello, y en conclusión, hemos de lamentar que la propuesta alternativa de apartado tercero del artículo se rechazara pues hubiera supuesto un marco normativo protector indispensable para evitar, o al menos disuadir, las iniciativas legislativas de los últimos años que tienden a olvidar tales extremos³³⁸.

2.3. Otros derechos de novedosa configuración

La cuestión de los límites respecto a una obligación contractual asumida por una persona migrante se recoge en el artículo 20 de la Convención-³³⁹. Este precepto implica la prohibición de expulsión y la prohibición de privación de la documentación que autoriza la residencia o trabajo por el mero incumplimiento de

³³⁷ En el Estado español, más de una veintena de organizaciones reclamaron el respeto a los derechos de las personas internadas en los CIE, entendiendo que el único derecho que debía verse limitado es el de deambulación, estos, es la libre circulación y reclamando la participación en el desarrollo del proyecto de ordenamiento de estos centros. *Que el derecho no se detenga a la puerta de los CIE*, varias organizaciones, 2011, 2 p. Disponible en:

<https://spreadsheets.google.com/spreadsheet/viewform?formkey=dEtRMmloSjhzNIJEQ19jS0xud0dHUmC6MQ>

³³⁸ En el momento de redacción de este texto, todavía no se había aprobado el Reglamento de funcionamiento de los CIE, a pesar de llevar varios años “sobre la mesa”.

El Juzgado de Instrucción nº 6 de Madrid, en funciones de control jurisdiccional del CIE de Madrid, además de visitar el centro y recibir a organizaciones interesadas, dictaminó en un Auto la especial vulnerabilidad de los migrantes allí retenidos y del aislamiento que sufren (más si cabe teniendo en cuenta que allí se trasladan también personas desde otros lugares del país), el restrictivo régimen de visitas (contrario a la única limitación posible en los CIE, la de la libertad ambulatoria), medidas de carácter penitenciario (como el cierre de mamparas para la comunicación con familiares y organizaciones). Auto del Juzgado de Instrucción nº 6 de Madrid, 13 de enero de 2011.

En contestación al Auto, el Director del CIE de Madrid reconoció los cambios propuestos, sin embargo reiteraba el horario de visitas limitado a las mañanas. Oficio del Director del CIE de Madrid, 1 de marzo de 2011 (a través de la Jefatura Superior de Policía de Madrid, Ministerio del Interior).

³³⁹ Sobre los efectos jurídicos que sí tiene un contrato, véase NAVARRO AMARO, Salvador, «Sobre los efectos jurídicos del contrato celebrado con inmigrante en situación irregular» en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina (coord.), *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, España, Laborum, 2009, pp. 33-62.

una obligación contractual, y se recoge con una redacción muy similar a la de 1981³⁴⁰. No obstante, es destacable que el texto considerado en 1987 establecía el derecho a no ser encarcelado por no cumplir una obligación contractual con carácter general, pero también el derecho a no ser privado de su autorización de residencia o permiso de trabajo ni a ser expulsado por ese mismo hecho, en lugar de por no cumplir una obligación emanada de un contrato de trabajo como definitivamente se aprobó en dos apartados separados. Este texto con dos apartados surgió de una propuesta del MESCA³⁴¹. Lo curioso es que mientras Estados Unidos de América veía dificultades para adoptar el texto primero -que establecía esos derechos en caso de no cumplir cualquier obligación contractual-, los países del MESCA consideraron que al introducir el apartado segundo -el primero ya se encontraba en el PIDCP- se introducían nuevos elementos y sin embargo lo que estaban consintiendo con esta redacción final es que no se prohibiera privar de autorización de residencia o permiso de trabajo ni expulsar a una persona migrante por el mero hecho de no cumplir con cualquier obligación contractual. Si bien es cierto que finalmente no impide que los países puedan prohibir esas privaciones o expulsiones, sí lo permite para la mayor parte de obligaciones contractuales.

El derecho a la documentación -artículo 21-, incluyendo la prohibición de confiscación o destrucción de la misma por parte de ninguna persona que no sea un funcionario público, se vio ampliado al contener posteriormente la destrucción de pasaporte o de cualquier documentación que identifique a la persona o le permita residir o trabajar. Estos aspectos no se encontraban en la primera redacción de la Convención; posteriormente fueron considerados provisionales y el MESCA los introdujo junto con la referencia explícita al pasaporte³⁴².

El único, y no por ello deja de ser grave, problema de la redacción aprobada es que la interpretación a contrario de la primera frase del artículo resultaría

³⁴⁰ A/C.3/36/10, pág. 23, párrafo 72.

³⁴¹ UN Doc A/C.3/42/1, pág. 19, párrafo 77. Fueron apoyados expresamente por las delegaciones de Grecia, Túnez, Australia y República Federal de Alemania.

³⁴² A/C.3/36/10, pág. 22, párrafo 72, respecto al primer borrador; y UN Doc A/C.3/42/1, pp. 20-21, párrafos 83 y 84, respectivamente, respecto a las propuestas posteriores.

inaceptable³⁴³, pues permitiría la destrucción de las autorizaciones de entrada, estancia, residencia o permanencia o de los permisos de trabajo o de otros documentos que sean considerados documentos de identidad -como en verdad no lo serían ninguno de los mencionados-. Ello supone, en nuestra opinión, una inseguridad jurídica al respecto.

En la primera lectura el derecho de propiedad -artículo 35- de todo migrante y sus familiares ya estaba recogido en los mismos términos que la redacción actual, excepto con la referencia menos explícita a una “justa compensación”³⁴⁴ en lugar de la “indemnización justa y apropiada” que viene recogida en el texto final de la Convención.

Y en relación con el derecho de propiedad, encontramos el derecho a transferir los bienes -artículo 32-. Hemos de comenzar haciendo una distinción entre el derecho reconocido en este precepto y el derecho a transferir remesas. Este último es un derecho que se disfrutaría durante todo el proceso migratorio de una persona, mientras que el derecho reconocido en el artículo 32 de la Convención se produce sólo al terminar la permanencia en el Estado de empleo, por tanto, establece una limitación temporal. Por otra parte, veremos que además incluye en ese derecho de transferencia algo más que los ahorros de los trabajadores migrantes³⁴⁵.

La norma otorga a todos los migrantes -trabajadores y sus familiares, en situación regular o irregular- la titularidad del derecho a transferir las ganancias, ahorros y, conforme a la normativa de los Estados de que se trate, de sus efectos personales y otras pertenencias.

La inclusión de esta medida en la parte referente a los derechos humanos de todos los migrantes supuso nuevamente un debate abierto acerca de la oportunidad de dicha inclusión. En la línea ya seguida, y referida, de los Estados Unidos de América, se cuestionaba que todos los migrantes fueran titulares de este derecho. En frente, de nuevo, numerosas delegaciones defendían el mismo considerándolo como

³⁴³ En tal sentido se expresó el representante de Túnez, UN Doc A/C.3/42/1, pág. 21, párrafo 87.

³⁴⁴ UN Doc A/C.3/36/10, pág. 12, párrafo 45.

³⁴⁵ Derecho amparado también por el artículo 9 del Convenio de la OIT número 97 sobre los trabajadores migrantes, que revisaba el Convenio núm. 66 de 1939 (revisado en 1967) y la Recomendación número 86 de la OIT, Recomendación sobre los trabajadores migrantes.

el ejercicio efectivo del derecho de propiedad o como reflejo del derecho de los trabajadores migrantes a disfrutar de los beneficios de su trabajo³⁴⁶. Afortunadamente el Grupo de Trabajo optó por la segunda vía y, aunque en una primera redacción no incluía las ganancias³⁴⁷ -por tanto, dejaba fuera del derecho los sueldos pendientes u otras cantidades a percibir que no entraran en la definición de ahorros-, finalmente se adoptó el texto que hoy conforma el artículo 32 de la Convención.

Aparece una cuestión relevante en la redacción del artículo, que sólo el delegado de Egipto subrayó. Se refería a la expresión “de conformidad con la legislación aplicable” de los Estados. Entendía, acertadamente, el delegado egipcio que tal legislación debía referirse a los procedimientos y no debería afectar al derecho del trabajador migrante a llevarse sus ahorros y pertenencias³⁴⁸. Ciertamente la redacción final no es clara en este sentido y da lugar a ambas interpretaciones.

El derecho a la información adecuada -artículo 33- incluía en una primera redacción una detallada lista de las medidas y facilidades que debían ofrecerse a los migrantes, tales como las necesarias para que se adapten a la sociedad del país de destino, o las que faciliten el uso de los servicios provistos por este país o incluso las facilidades y los servicios establecidos al efecto de mantener los vínculos culturales o de otro tipo de los migrantes con sus países de origen³⁴⁹. Estas medidas se sustituyeron por una expresión más genérica -“cualesquiera otras cuestiones que les permitan cumplir formalidades administrativas o de otra índole en dicho Estado”- y se añadían al reconocimiento del derecho a la información acerca de los derechos contenidos en la Convención, los requisitos establecidos para la admisión en el país así como sus derechos y obligaciones con arreglo a la ley y la práctica del Estado.

³⁴⁶ A/C.3/37/1, pág. 14, párrafos 46 y 47. El párrafo 46 recogía la opinión tan repetida de Estados Unidos de América. Y el párrafo 47 la de otras delegaciones, expresamente se manifestó el representante de Argentina respecto a la idea del ejercicio efectivo del derecho de propiedad que suponía la transferencia de los ingresos y bienes.

A/C.3/37/1, pág. 35, Text of Articles of the Draft International Convention... First Reading.

³⁴⁷ UN Doc A/C.3/42/1, pág. 57, párrafo 308. La discusión de este apartado se pospondría a una sesión posterior.

³⁴⁸ UN Doc A/C.3/42/6, pág. 12, párrafo 49.

³⁴⁹ A/C.3/37/1, pp. 14-15, párrafo 50.

En un principio, se omitía la referencia a los Estados de tránsito³⁵⁰, que posteriormente pasarían a estar obligados a proporcionar la información referida en el artículo 33 de la Convención. Se eliminó la obligatoriedad de suministrar la información en el idioma propio o en uno que entendieran a solicitud de los migrantes, dejándolo bajo la fórmula “en la medida de lo posible”. Y también se eliminó el apartado que reconocía el acceso a la información por parte de los migrantes “en la medida de lo posible” antes de su partida para permitirles fundamentar su decisión en hechos relevantes³⁵¹. Además se eliminó la condición de la gratuidad del suministro de la información adecuada a “cuando fuera posible”, aprobando, finalmente y por tanto, la obligatoriedad de que la información sea gratuita.

El representante de Estados Unidos de América volvía a pronunciarse en contra de que los migrantes en situación irregular disfrutaran de este derecho, proponiendo en su lugar que comenzara la redacción del texto declarando el derecho a la información “en el Estado de origen” e introduciendo asimismo la expresión “en la medida de lo posible” respecto a la gratuidad de la información y la posibilidad de que ésta fuera en el idioma del migrante³⁵². Como se aprecia en la redacción final del artículo, tuvo éxito parcial y únicamente en este último aspecto referido al idioma. Aunque en la redacción primeramente admitida en mayo de 1982, como ya hemos referido arriba, se incluía también el cuestionamiento de la gratuidad de la información y no se mencionaba al Estado de tránsito para ejercer este derecho a información³⁵³.

³⁵⁰ Estados Unidos sí aceptó esta inclusión, de hecho la propuso a raíz de un texto propuesto por Italia que seguía omitiendo a los países de tránsito. Evidentemente, en este caso, las obligaciones de los Estados se repartían y se hacían partícipes a todos aquellos que formaran parte del proceso migratorio. UN Doc A/C.3/42/1, pág. 59, párrafos 317 y 318.

³⁵¹ *Ibidem*.

³⁵² A/C.3/37/1, pág. 15, párrafo 52.

³⁵³ A/C.3/37/1, pág. 16, párrafo 55. A/C.3/37/1, pág. 35, Text of Articles of the Draft International Convention... First Reading. Paradójicamente, gracias a internet, estos argumentos sobre la gratuidad pierden su sentido en gran parte.

No sólo en el primer borrador, se mantenía este cuestionamiento, en 1987 seguían ofreciéndose los mismos argumentos por parte de Finlandia, Holanda y Australia, UN Doc A/C.3/42/6, pág. 14, párrafos 61-64; frente a las delegaciones que defendían la gratuidad de la información, como India, Marruecos y Argelia, *ídem*, párrafo 65.

La esencia del derecho a una información adecuada de todos los migrantes fue defendida por otras delegaciones -en concreto se manifestó Marruecos, con el apoyo de Turquía y la antigua Yugoslavia- por considerarla un derecho fundamental, cuyo ejercicio podría reducir la migración irregular³⁵⁴, argumento ampliamente considerado, por lo que en ningún momento se incluyó una referencia exclusiva a los países de origen, tal y como proponía en un principio Estados Unidos de América. Que tal información sea ofrecida en un idioma que los trabajadores migratorios puedan entender resultaba de evidente necesidad, y así lo manifestaron, por ejemplo, Finlandia y Dinamarca. Si la información no es comprensible no es información y, por ello y a pesar de la oposición de algunas delegaciones, en consultas informales el Grupo de Trabajo acordó que fuera recogido en el artículo 33 bajo el condicionante de “en la medida de lo posible”³⁵⁵.

Vistos los derechos humanos reconocidos en la Convención para todos los migrantes, esto es, los derechos de los que son también titulares los migrantes en situación irregular, resulta necesario referirnos a aquellos derechos que consideramos omitidos, a pesar de su relevancia, y de los colectivos olvidados en el marco de la Convención.

3. Derechos omitidos, colectivos olvidados

3.1. Derechos omitidos

Ya hemos hecho referencia al comentar los derechos recogidos en la Parte III de la Convención para todos los trabajadores migratorios y sus familiares, a algunos derechos humanos que se amparaban respecto a todos migrantes y que veían ampliado su contenido en la Parte IV de la Convención dedicada a los migrantes documentados -como la libertad de circulación o el derecho a fundar sindicatos o asociaciones, artículos 39 y 40-. Algunos de estos derechos son formulados de

³⁵⁴ A/C.3/37/1, pág. 15, párrafo 53.

³⁵⁵ UN Doc A/C.3/42/6, pág. 15, párrafos 68 y 69.

manera similar a como lo eran para los migrantes en situación irregular, pero con una protección mayor o un contenido más amplio -como ya hemos advertido-: derecho a información (artículo 37); derechos laborales (artículos 43 y 52 a 55); vida familiar (artículo 44); derechos de educación y cultura (artículo 45). Sin embargo, otros derechos son específicos, esto es, exclusivos para los migrantes documentados, como el derecho a ausentarse (artículo 38), derechos políticos (artículos 41 y 42), derechos relativos a impuestos y bienes (artículos 46, 47 y 48), evidentemente las cuestiones relativas a la autorización de residencia y trabajo (artículos 49, 50 y 51) y la protección frente a la medida de expulsión (artículo 56).

Había una propuesta, por parte de India, para incluir entre las recomendaciones que haría la Convención la siguiente: tomar acuerdos suplementarios sobre los métodos de aplicación de los sistemas de seguridad social, para evitar la doble imposición, para la evolución de los procedimientos de contrato-modelo, para la transferencia de los ahorros de los trabajadores migrantes y, por último, la validez de documentos³⁵⁶ -estos dos últimos recogidos en parte, como ya hemos visto-. La inclusión de estas recomendaciones, que, por el hecho de ser meras recomendaciones, no hubieran implicado obligación directa para los Estados parte, hubiera facilitado el reconocimiento y respeto de algunos de los derechos humanos que los migrantes en situación irregular, por su situación administrativa, ven ignorados.

Por otra parte, respecto al derecho a la vida privada y familiar, ampliamente desarrollado por la jurisprudencia del TEDH como ya hemos visto, podía haberse recogido de un modo más específico, de manera tal que fuera una efectiva protección de la familia, e incluyera también el derecho a contraer matrimonio³⁵⁷. No obstante, dicho derecho -amparado en otras normas internacionales³⁵⁸- puede verse vulnerado cuando se pretende determinar si contrae matrimonio de manera fraudulenta o con un

³⁵⁶ UN Doc. A/C.3/38/5, pág. 20, párrafo 66.

³⁵⁷ BONET PÉREZ, Jordi, en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. (coord.), op. cit., pág. 109.

³⁵⁸ Aunque no incluidos ambos -la efectiva protección de la familia y el derecho a contraer matrimonio- en la Convención, vienen ampliamente amparados por el artículo 16 de la DUDH, el artículo 23 del PIDCP, el PIDESC (10), la CEDR (5), la CDN (5, 9, 18), la CEDCM (16) de gran relevancia respecto a la no discriminación por sexo, o la CDPD (23) respecto a la no discriminación de las personas con discapacidad; además de otros instrumentos de ámbito regional.

fin legítimo y lícito, pues no sólo vulnera la investigación el derecho a la intimidad y a la vida privada, sino que además puede resultar de difícil determinación y, en este sentido, la libertad individual debiera prevalecer sobre la sospecha de un matrimonio en fraude de ley³⁵⁹.

La Convención tampoco hace referencia al tráfico de migrantes ni a la trata de personas³⁶⁰. Sólo en el Preámbulo recoge esta breve referencia a una de las cuestiones a tener presentes: “in order to prevent and eliminate clandestine movements and trafficking in migrant workers, while at the same time assuring the protection of their fundamental human rights”. Texto que en la versión oficial en español traduce por “los movimientos y el tránsito clandestinos”, por lo que hace dudar de si aquella mención al tráfico era intencionada o meramente circunstancial. Es una ausencia injustificable en el texto, pues recordemos por esa fecha todavía no se estaba redactando la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, que se aprobaría en el año 2000. Que el texto más ambicioso en derechos humanos de los migrantes no recoja algo más que una pequeña mención al tráfico de migrantes y a la trata de seres humanos, aunque sean crímenes internacionales recogidos en otros tratados, resulta ser una oportunidad perdida para relacionar el crimen organizado y la violación de los derechos humanos que sufren los migrantes debido a su propia vulnerabilidad, para así hacer un llamamiento a los Estados para protegerlos.

No es banal esta reflexión, pues recordemos que, en muchas ocasiones, los Estados parecen obviar la situación de víctimas de los migrantes y todas las aberraciones a las que pueden verse sometidos; en otras ocasiones, criminalizan a la persona que está siendo víctima; y, por último, no pocas veces, tales personas son expulsadas o detenidas como si hubieran sido delincuentes³⁶¹.

³⁵⁹ Cfr. CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, «El matrimonio de complacencia» en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina (coord.), *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, España, Laborum, 2009, pp. 119-142.

³⁶⁰ Véase CHUECA SANCHO, Ángel, «Protección internacional frente a la trata de personas», en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. (coord.), op. cit., pp. 132-157.

³⁶¹ Como nos recordaba, Gema Varona, el Estado “no es, en principio, responsable, sí lo es en el sentido de investigar, dismantelar y prevenir toda una serie de redes que operan en el país”, en VARONA MARTÍNEZ, Gema (1994), *La inmigración irregular: Derechos y deberes humanos*, Vitoria, Ararteko, pág. 58.

El derecho al desarrollo también es omitido en la Convención. Discutido en la Conferencia de Viena de 1993 en el marco de la labor que allí se realizó sobre la universalización de los derechos humanos, este derecho viene recogido de manera clara en la DUDH, en su artículo 28: “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”. La relevancia de la necesidad de haber sido recogido en la Convención se debe a la relación inmediata que tiene el desarrollo con la disminución de las causas de la migración³⁶². La necesidad de que los Estados, tanto los de origen como los de destino, tomen medidas al respecto debiera haber sido incluida en la Convención, a la vista de la situación en muchos de aquellos, sobre todo en África.

Por último, los sujetos excluidos de la aplicación de la Convención, según el artículo 3, y que ya hemos mencionado al hablar de quién es considerado migrante, nos lleva a hablar de ciertos colectivos que quedan al margen de la Convención, encontrándose, por tanto, en una situación de mayor vulnerabilidad. Probablemente las personas que están empleadas por organizaciones internacionales, personal diplomático, cooperantes o inversores -apartados a, b y c del artículo 3- no tengan demasiados problemas a la hora de afrontar su retorno e incluso los trámites pertinentes para ello. Posiblemente tampoco se den muchos casos de marinos o trabajadores de estructuras marinas -apartado f- que se encuentren en situación irregular, aunque puede ocurrir tal situación, pero, sobre todo, aquellas personas refugiadas y apátridas, los estudiantes y las personas que reciben capacitación pueden encontrarse con más dificultades -apartados d y e-.

Aquellas personas que pudieran ser refugiados y apátridas, pero a las que no les sea reconocido el estatuto y tampoco pueden retornar por persecución o conflicto u otra circunstancia similar en su país de origen, pueden verse abocadas a una situación de irregularidad. Tengamos en cuenta un par de aspectos. En primer lugar, en 2011 se estimaron 4,3 millones de personas como nuevas desplazadas, de las cuales unas 800.000 fueron nuevos refugiados que salieron de su país. En total la

³⁶² VARONA MARTÍNEZ, Gema, op. cit., pág. 120.

cifra de refugiados en 2011, según ACNUR, fue de 42,5 millones de personas³⁶³. Esto significa un número elevadísimo de personas que no tienen garantizada su vida o integridad física o psíquica en su país de origen, lo que sitúa a la comunidad internacional ante un desafío importante. En segundo lugar, hoy día es todavía más difícil distinguir a la persona propiamente refugiada de aquella que pueda ser considerada ‘refugiada económica’ o refugiada ecológica³⁶⁴. La brutalidad con la que se destrozan las posibilidades de una vida digna en algunos países explotados económica y ecológicamente, la mayor parte de las veces a espaldas de sus pueblos, es indudablemente un fenómeno al que la comunidad internacional debiera dar respuesta y, en especial, los países desarrollados que son el mayor causante de tales circunstancias junto con los gobiernos de los propios países de origen, en muchas ocasiones no democráticos, con regímenes autoritarios de uno u otro signo, y con elevadas tasas de corrupción. Ignorar la dramática situación de estas personas y condenarles a la irregularidad por el no reconocimiento del estatuto de refugiado, ni tampoco por medio de la protección internacional, significa desoír los principios básicos de protección de los derechos humanos y constatar la hipocresía del discurso al respecto.

En cuanto a los estudiantes y personas que reciben capacitación, si bien no son un colectivo relevante en número, al no ser protegidos por la Convención se encuentran ante un vacío delicado y de poca justificación. Como ya hemos referido previamente, la orientación estrictamente laboral que se le dio a la Convención redujo como sujetos de la misma a los trabajadores y a sus familiares. Dejando al margen ahora la crítica -ya referida previamente- a esa orientación laboralista, hay personas que siendo potenciales trabajadores tampoco se encuentran protegidos por la Convención como son los estudiantes y los que reciban capacitación, es decir, aquellos que posean contratos de prácticas o formación -de acuerdo con la normativa española-. La paradoja es que, precisamente por la norma española, en ambos casos podrían ser considerados trabajadores, sin embargo la Convención declara lo

³⁶³ *Global Trends 2011: A Year of Crisis*, Geneva, UNHCR, 2012, también edición electrónica: <http://unhcr.org/4fd6f87f9.html>

³⁶⁴ VARONA MARTÍNEZ, Gema, *op. cit.*, pág. 98.

contrario. Ya nos hemos referido a la justificación dada para esta propuesta, relativa a la fuga de cerebros, y nos remitimos a ello.

Aparte de los sujetos excluidos existen otros grupos de personas vulnerables que, sólo recientemente, encuentran protección en tratados internacionales, nos referimos a mujeres, infancia y adolescencia, personas con discapacidad, ancianos, minorías étnicas o de otro tipo. Si bien, todos estos grupos se encuentran protegidos por el Derecho internacional de derechos humanos que es aplicable a toda persona, sus especiales circunstancias, necesidades y dificultades han dado lugar a textos como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad³⁶⁵ y, en cierto modo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; sin embargo, las personas mayores y, hasta cierto punto, las minorías -en todo aquello que no sea considerado discriminación racial o sea amparado por otra norma- no se encuentran protegidos más que por las normas de aplicación general.

Las personas mayores sólo si están a cargo de los trabajadores migrantes y son reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales, serán sujetos de la Convención. Como ya mencionábamos al referirnos a las categorías incluidas en el concepto de ‘migrante’, no se hace una mención expresa a ellas, a pesar de la importancia que tienen, sobre todo aquellas primeras generaciones que ya llevan décadas en los países de empleo y que en muchos casos no han adquirido la nacionalidad del país a pesar del paso del tiempo. Sólo recientemente empieza a darse importancia a los problemas que estas generaciones se encuentran³⁶⁶.

³⁶⁵ No encontramos apenas trabajos especializados sobre las personas con discapacidad desde la perspectiva jurídica, a raíz de la aprobación de la Convención han surgido más trabajos como el de PARRA DUSSAN, Carlos, *La protección jurídico-internacional de las personas con discapacidad*, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2000, 637 p.

Véanse la Observación General 9 del Comité sobre los Derechos del Niño, 27 de febrero y 13 de noviembre de 2007, *Los derechos de los niños con discapacidad* y la Recomendación General 18 del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, *Mujeres discapacitadas*.

³⁶⁶ Existe muy poca doctrina al respecto todavía, pero resulta de interés el trabajo de Jorge Gracia sobre el maltrato a las personas mayores, “realidad oculta con escasa visibilidad social, académica y

3.2. Menores no acompañados

El interés superior del menor es un principio ya arraigado en el Derecho internacional y reconocido en los ordenamientos internos. La CDN parte de tal principio³⁶⁷, pero la Convención dedicada a los trabajadores migrantes y sus familiares, por tanto, a personas con edades diversas, sólo se aplica a los hijos e hijas de los migrantes y limitadamente³⁶⁸.

No existe en la Convención una sola mención a los menores no acompañados, que por sus circunstancias son un grupo muy vulnerable a las violaciones de derechos humanos. Por un lado, la cuestión ya mencionada de la temática centrada en lo laboral sirvió para no incluir a este grupo de personas al amparo de la Convención, lo cual evidentemente supone ignorar la situación de muchos menores de edad que, por no ser hijos de trabajadores migrantes, no serán protegidos por el texto. Es cierto que la CDN protege la infancia y juventud, sin embargo la precisión de un tratado dedicado a un grupo tan vulnerable como son los migrantes hubiera sido más acertada si protegiera a los menores de los abusos, la explotación económica y sexual, o de ser víctimas de la delincuencia organizada transnacional³⁶⁹.

Por otro lado, con esta exclusión se desconoce la realidad actual de que la mayoría de los menores no acompañados que llegan a los países de destino lo hacen

mediática". GRACIA IBÁÑEZ, Jorge *El maltrato familiar hacia las personas mayores. Un análisis sociojurídico*, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2012, 417 p. Véase también autores como BYTHEWAY, Bill, *Ageism*, Buckingham, Open University Press, 1995, XI, 142 p. JOHNSON, Tanya Fusco, *Elder mistreatment: ethical issues, dilemmas, and decisions*, New York/London, Haworth Press, 1995, XIV, 190 p.

³⁶⁷ Observación General 6 del Comité sobre los Derechos del Niño, 1 de septiembre de 2005, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia*.

³⁶⁸ En relación con las deficiencias respecto a los derechos reconocidos a los hijos e hijas de los migrantes, cabe destacar la falta de atención a las segundas, e incluso terceras, generaciones, que forman parte de las sociedades de acogida, pero que siguen considerándose migrantes a todos los efectos.

³⁶⁹ La Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños dan cuenta de los diferentes riesgos a los que se ven expuestos los menores: explotación laboral o económica, explotación sexual, esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos, bajo la definición de trata, además del tráfico ilícito de migrantes, recogido en el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

en busca de un trabajo y ello debiera situarlos inmediatamente como potenciales trabajadores. Muchos de los menores no acompañados, si no todos, que llegan a España tienen la firme intención de trabajar -recordemos en este punto que en España, como en otros países, está permitido trabajar legalmente a los mayores de dieciséis años; no obstante hemos de recordar asimismo que el trabajo clandestino de muchos menores de esa edad es lamentablemente más frecuente de lo deseable-. Resulta pues paradójico que sólo por el hecho de ser menores y no venir con un familiar mayor de edad han de quedar excluidos de la protección de la Convención.

De estos menores, algunos sí estarán autorizados a trabajar, al menos en nuestro país, donde la edad mínima para trabajar es de dieciséis años, recogido en el artículo 7 del Estatuto de los Trabajadores: “b) Los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo”³⁷⁰, y a ellos podría aplicárseles la Convención. Pero quedarán al margen los menores no acompañados que siendo mayores de dieciséis años no consigan un trabajo y permanezcan en situación irregular, así como aquellos menores de dieciséis que, desconociendo que su edad no les permite trabajar de manera regular, se encontraran en la misma situación. Situación favorecida en cierta medida por la pobreza y la desprotección de la infancia y la adolescencia, pero también por esa lacra que es el trabajo infantil³⁷¹.

³⁷⁰ Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, BOE núm. 75, de 29 de marzo de 1995.

³⁷¹ Como señala Sonia García Vázquez, las cifras no son fiables por cuanto sólo pueden referirse a aquellos menores que trabajan con un contrato laboral. La estimación, a pesar de la oscuridad de las cifras, es que “ciento veinte millones de niños de entre cinco y catorce años ejercen una actividad económica regularmente, y aproximadamente el 90% de estos menores produce más de cuarenta y cinco horas cada semana”. No queda muy claro, si en esas cifras se considerarían las estimaciones de menores explotados sexualmente, por la propia clandestinidad de este fenómeno. Sin embargo, como indica la autora, existe una creciente demanda al respecto. Véase GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia, «Reflexiones desde la otra orilla: Los menores inmigrantes no acompañados», en APARICIO WILHELMI, Marco; ILLAMOLA DAUSÀ, Mariona; MOYA MALAPEIRA, David; RODERA RANZ, Susana, *Las fronteras de la ciudadanía en España y en la Unión Europea. Actas del II y III Encuentro de jóvenes investigadores en derecho de inmigración y asilo*, Girona, Documenta Universitaria, 2006, pp.237-247.

3.3. Cuestión de género

Para hablar de la cuestión de género nos referiremos a dos aspectos diferentes, pero igualmente importantes. En primer lugar, el aspecto del lenguaje, tan importante en todos los ámbitos, pero más si cabe en el jurídico, que ha de ser preciso, claro e inequívoco. En segundo lugar, al aspecto del contenido, esto es, hasta qué punto la Convención es inclusiva en términos de igualdad de género.

La versión oficial en inglés del texto de la Convención finalmente recoge un lenguaje no sexista incluyendo los pronombres personales y los adjetivos posesivos masculino y femenino seguidamente en cada precepto que así lo requiere y, en otros casos, incluyendo la locución 'cualquier persona' en su lugar³⁷². Sin embargo, la versión oficial en español es completamente sexista en todas y cada una de sus referencias a “los trabajadores migratorios” y expresiones relacionadas. Este mal uso del lenguaje tiene su origen en la inclusión de ambos géneros en el lenguaje español por el género masculino, cuestión ampliamente discutida en las últimas décadas por ciertos sectores en España -como el feminismo o numerosos lingüistas-. Pero nos sorprende del mismo modo que los textos de los trabajos preparatorios, todos ellos en idioma inglés, cometieran el mismo abuso refiriéndose a “his” únicamente donde la versión final decía “his or her”. Afortunadamente, la versión en inglés se corrigió, no corrió la misma suerte la versión en español que, si bien resulta latosa la doble referencia a ambos géneros, al menos hubiera sido adecuado incluir una breve nota haciendo referencia a que se utilizaría el masculino por su uso habitual en el idioma español o incluido la referencia a ambos géneros, como ya se viene haciendo en la normativa española recientemente aprobada³⁷³.

³⁷² La versión oficial de la Convención en inglés recoge en todo momento los adjetivos demostrativos “his” y “her” conjuntamente para referirse a los derechos de cada migrante, con independencia de su sexo. Tanto los plurales de todas estas locuciones como la expresión “migrant worker” incluyen en el idioma inglés a mujeres y hombres sin distinción.

³⁷³ Los pocos autores que se refieren a la cuestión terminológica, lo hacen desde el idioma inglés y de ahí que su apreciación sea distinta. Refiriéndose a la Convención, escribe Cholewinski: “It uses inclusive language throughout, and its provisions apply equally to both male and female migrant workers”, paradójicamente lo escribe en un apartado que titula “Omissions: migrant women and youth”, CHOLEWINSKI, R., 1997, op. cit., pág. 184.

En 1985, se consensuó en el Grupo de Trabajo y tras cierta discusión la adopción de la terminología inclusiva. Hasta ese momento los textos señalaban “él” o “de él” -“he” o “his” en la versión inglesa de los trabajos preparatorios-. Por iniciativa de Australia se introdujo la propuesta de añadir “o ella” tras el pronombre masculino siguiendo la práctica extendida en Naciones Unidas. En aquel momento algunos delegados no creyeron necesaria tal inclusión pues no dudaban de la aplicación igualitaria de la Convención a mujeres y hombres y pensaron que su inclusión acarrearía dificultades estilísticas y problemas de traducción. Dada la discusión, el Grupo de Trabajo aceptó agregar el pronombre femenino³⁷⁴.

Aún con todo, a pesar de introducir ambos géneros en la definición y que finalmente el texto los incluya por igual en su articulado, el Grupo de Trabajo tropezó en más de una ocasión con el error terminológico. Ello nos conduce al segundo aspecto que queríamos desarrollar, hasta qué punto la Convención es inclusiva en términos de igualdad de género.

El trasfondo de la mayor parte de las normas aprobadas internacional e internamente permite entrever que el legislador es hombre. El olvido de las mujeres en la perspectiva de las normas, cuestión no sólo jurídica, sino también y principalmente sociológica, se transmite también en la Convención y lo corroboran las interpretaciones que de la misma se hacen:

“The ICMW also contains specific provisions protecting women as family members, notably Article 45 relating to equality rights and Article 50 which provides for the possibility for women as family members to stay in the state of employment if the migrant worker dies or in the event of dissolution of marriage”³⁷⁵.

La perspectiva de que las mujeres quedan amparadas por la Convención como familiares -sea como pareja, sea como madres³⁷⁶-, indica un claro prejuicio de que la

³⁷⁴ La propuesta de Australia, las posiciones en contra y el acuerdo pueden encontrarse en UN Doc A/C.3/40/1, pág. 37, párrafos 165-166.

³⁷⁵ También se refiere el autor al rol de madres que tienen las mujeres migrantes. CHOLEWINSKI, R., 1997, op. cit., pp. 184-185.

³⁷⁶ Cfr. Con lo ya referido a los familiares como categoría incluida y las discusiones que se produjeron en el seno del Grupo de Trabajo. Véase también HUNE, Shirley, «Migrant Women in the Context of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families», *IMR*, Vol. 25 (4), Center for Migration Studies of New York, 1991, pp. 800-817.

persona que migra es el marido y, por tanto, la idea que pareciera que estos autores pretenden reflejar es precisamente la opuesta³⁷⁷.

Por otra parte, es cierto que no existen garantías para obtener una igualdad de trato con respecto a los nacionales en relación con el acceso a servicios sociales, perjudicando el cuidado de los propios hijos pues impide la independencia de la mujer. Sin embargo, creemos que una perspectiva igualitaria del derecho debe favorecer que tales servicios o medidas sean transversales y afecten tanto a padres como a madres; en tal sentido se echa en falta cualquier mínima referencia a la igualdad de hombres y mujeres en las responsabilidades familiares³⁷⁸. Ello implica la creencia de que la mujer que migra lo hace en el rol de acompañante y de tal modo se

³⁷⁷ Si bien, con fecha de 30 de septiembre de 2012, el 53,39 % de las personas residentes en España en régimen general eran hombres, no debe obviarse que en las poblaciones procedentes del resto de Europa (esto es, residentes no comunitarios) y de América los porcentajes de mujeres son mayores (54,80 % en el caso del resto de Europa, 54,77 % en América Central y del Sur y 51,08 % en América del Norte). En cuanto a los extranjeros pertenecientes al régimen comunitario el 53,21 % fueron hombres y en el caso de familiares de comunitarios el 59,01 % mujeres (no olvidemos que familiares de comunitarios se consideran a todos aquellos familiares de ciudadanos comunitarios con independencia de su nacionalidad). En el caso de las autorizaciones de estancia por estudios, en la misma fecha referida, los extranjeros no comunitarios con tal autorización eran 15.036 hombres y 17.575 mujeres. Véase los datos recogidos por la Secretaría General de Inmigración y Emigración (en su página web: <http://extranjeros.empleo.gob.es>).

Según los datos recogidos por el Instituto Nacional de Estadística, en 2009 la variación porcentual anual en la población extranjera con autorización de residencia fue de un 8,22 en la migración de mujeres frente a un 6,16 de hombres.

En cuanto a las personas extranjeras en alta laboral (es decir, que se encuentran trabajando): El total de trabajadores fue con fecha 31 de diciembre de 2009 de 1.811.879, de los cuales 655.344 pertenecían al régimen comunitario, y de los cuales asimismo 1.023.729 eran hombres. De las 788.121 mujeres trabajadoras en dicha fecha, 271.402 eran comunitarias, 2.012 de AELC-EFTA, 34.226 del resto de Europa (superando en número a los hombres trabajadores de este grupo de nacionalidades), 65.842 de África, 358.980 de Iberoamérica (superando también el número de hombres de la misma procedencia), 3.345 de América del Norte, 50.583 de Asia, 346 de Oceanía y 1.385 apátridas o sin nacionalidad que conste.

Aunque se ha producido una evolución inversa en los últimos años a raíz de la situación económica de España, descendiendo considerablemente el número de solicitudes de autorizaciones de residencia y trabajo se ha mantenido el número de solicitudes de autorizaciones por reagrupación familiar. Ello, a nuestro entender, es un indicador claro del nuevo proceso migratorio: muchos migrantes han regresado a sus países de origen, llegan muchas menos personas que lo hacían años atrás, pero aquellos que permanecen en nuestro país lo hacen porque ya tienen una estructura familiar y socio-económica que les permite plantear su futuro en España considerando por tanto la reagrupación de sus familiares. Véase datos estadísticos en <http://extranjeros.empleo.gob.es>

³⁷⁸ En línea con la Recomendación General 21 del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, *La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*.

En el sentido de reconocer tal igualdad, es destacable la inclusión en el ordenamiento español de la autorización provisional de residencia para aquellas mujeres que denuncian ser víctimas de violencia de género, si bien tal autorización queda condicionada a una resolución judicial favorable, por lo que muchas mujeres no se atreven a pesar de todo a denunciar, artículo 31. bis LOEX.

ignora a la mujer migrante, en muchos casos, cabeza de familia, y en muchos otros en sectores altamente vulnerables como son la prostitución o el servicio doméstico³⁷⁹.

De hecho, la Convención se equivoca por completo, en nuestra opinión, al no proteger estos sectores que, por su irregularidad, clandestinidad o ilegalidad - dependiendo de la regulación interna-, se exponen a numerosas violaciones de derechos humanos, por esa falta de regulación, las deficientes condiciones laborales y de prestaciones y, a menudo, la inexistencia de sindicatos organizados. De tal modo, la mujer como trabajadora migrante se halla en una situación de doble vulnerabilidad que aumenta si además se encuentra en situación irregular. La igualdad de oportunidades en este punto permite facilitar la integración de las mujeres migrantes³⁸⁰, si bien los medios que se dotan para ello siempre son insuficientes.

El problema, en nuestra opinión, radica en una errónea interpretación. Se ha considerado que la feminización de las migraciones era simplemente una cuestión numérica, su cada vez mayor peso en las cifras de personas que migran. Sin embargo, se ha obviado que la feminización de las migraciones lo que requiere es un análisis de las peculiaridades de género que pueden surgir y de los problemas y las necesidades que por éstos afloran, para poder ofrecer soluciones eficaces, al menos en lo jurídico. La Convención parte del principio de no discriminación, artículo 1, y de la igualdad de trato, artículo 2, sin embargo olvida la necesidad de promover la igualdad, promover las condiciones para que las mujeres migrantes puedan estar protegidas por la norma y para evitar la desprotección en la que pueden encontrarse: explotación sexual, abusos sexuales, violencia, entre otros; por lo que permanecen en situación de riesgo a pesar de la aplicación de la Convención³⁸¹.

³⁷⁹ HUNE, Shirley, op. cit., pp. 802 y 810.

³⁸⁰ Por ejemplo, a la enseñanza del idioma del país de destino, cuyo desconocimiento por lo general va en detrimento de las mujeres, por su mayor aislamiento en calidad de "familiar". Tal aprendizaje favorecería sin duda su integración. HUNE, Shirley, op. cit., pág. 811.

³⁸¹ HUNE, Shirley, op. cit., pág. 810.

III. Otras cuestiones de la Convención relacionadas con la migración irregular

1. Cuestiones que afectan a los migrantes en situación irregular

1.1. Deber de respeto

Dentro de la parte III referida a los derechos humanos de todos los trabajadores migrantes, debía recogerse una cláusula que estableciera también sus deberes. En este sentido, el deber de respeto establecido en el artículo 34 de la Convención es una categoría amplia en la que se recogen todos los deberes que, como pobladores de un Estado, aunque no sea el de la propia nacionalidad, toda persona tiene para con sus vecinos, habitantes de una misma nación.

En cierto modo este precepto es la otra cara inseparable de los derechos humanos que es el deber de respetar la legislación del territorio que se habita y la identidad cultural de quienes allí viven. Y, siguiendo esa línea y a propuesta de India, se acordó su ubicación en el mismo apartado referente a los derechos humanos de todos los migrantes, a continuación de la redacción del último derecho referido, y recogido en el artículo 33³⁸².

El artículo se concibió desde la primera redacción en términos prácticamente iguales a como finalmente se aprobó. En 1982 ya se acordó sustituir la larga expresión “to refrain from conduct likely to prejudice the customs and the cultural identity” por “to respect the cultural identity” -“respetar la identidad cultural”-³⁸³. El representante de Estados Unidos de América añadiría a la obligación de cumplir las leyes la de cumplir las “reglamentaciones”³⁸⁴. Y así quedaría finalmente aprobado el precepto, dejando constancia en el Grupo de Trabajo que el mismo se referiría

³⁸² A/C.3/37/1, pág. 17, párrafo 57. A/C.3/37/1, pág. 35, Text of Articles of the Draft International Convention... First Reading.

³⁸³ Esta fue una propuesta de Turquía. A/C.3/37/1, pág. 17, párrafo 58.

³⁸⁴ A/C.3/37/1, pág. 17, párrafo 59.

únicamente a esta parte de la Convención, por lo que el GTCTM volvería a considerar la salvaguarda de las cláusulas en un momento posterior cuando una visión global de todos los derechos garantizados en el borrador de la Convención lo hiciera posible³⁸⁵.

Sin poner en duda la necesidad de cumplir la legislación vigente del Estado en el que una persona se encuentra, sí encontramos más complejidad en la referencia a la identidad cultural. La identidad cultural es uno de los argumentos argüidos por los Estados en defensa de las propias políticas de inmigración. Con la supuesta defensa del orden público o de las costumbres de la nación, se produce una cierta indeterminación pues ni en uno ni en otro caso se conocen muy bien los límites de su contenido. Y de tal modo se produce lo que algunos autores han denominado la ‘culturización de lo jurídico’, la manifestación de que cualquier sistema jurídico conlleva unas previas prácticas sociales y culturales. El problema no es que éstas y el sistema que de ellas se deriva existan, sino que se consideren absolutas, “expresión de racionalidad, como punto de partida neutral, cuando en realidad no lo es”³⁸⁶. El resultado es que los migrantes, como personas recién llegadas a ese territorio, sólo deben aceptarlas, no cuestionarlas y, en definitiva, no pueden participar del supuesto consenso social para que una nación sea lo que es. Por tanto, el respeto a la identidad cultural ha de ser valorado con prudencia para no dar lugar a una espiral de exclusión permanente de aquellos que llegan después, que son extranjeros, y a los que se les condena a no opinar sobre los asuntos que en común tiene una sociedad. Si bien todas personas, migrantes y nacionales, debemos respetar a los demás y las normas mínimas de convivencia y las legales, ello no debe remitir directamente a excluir del cuestionamiento de esas normas a una parte de la sociedad que crece, no lo olvidemos, gracias al esfuerzo de todas ellas.

1.2. Principio de no regularización

³⁸⁵ A/C.3/37/1, pág. 17, párrafo 60.

³⁸⁶ DE LUCAS, Javier, op. cit., pág. 44.

“Artículo 35

Ninguna de las disposiciones de la presente Parte de la Convención se interpretará en el sentido de que implica la regularización de la situación de trabajadores migratorios o de familiares suyos no documentados o en situación irregular o el derecho a que su situación sea así regularizada, ni menoscabará las medidas encaminadas a asegurar las condiciones satisfactorias y equitativas para la migración internacional previstas en la parte VI de la presente Convención”.

Recogemos aquí el texto íntegro del precepto por su relevancia y su reiterada recurrencia en los argumentos de algunas delegaciones en las diversas sesiones del Grupo de Trabajo, sobre todo y principalmente, en el momento de discutir la inclusión y el contenido de derechos humanos reconocidos a todos los trabajadores migrantes, con independencia de su situación administrativa.

La inclusión de este precepto en la parte III relativa a los derechos humanos de todos migrantes se debe sin lugar a dudas a la obsesión, casi enfermiza, de varios Estados de impedir por todos los medios que la Convención dejara cualquier resquicio, por muy estrecho que éste fuera, a la regularización. Hemos de distinguir dos partes directamente relacionadas, pero bien diferenciadas: la no regularización y la promoción de condiciones para la migración, que veremos en el apartado contiguo.

La primera parte de esta norma se refiere a la no interpretación de ninguna disposición de la Parte III como vía para regularizar una situación administrativa irregular³⁸⁷. Como decíamos, entendemos que resulta obsesivo este detalle por cuanto no es necesario decir cómo no debe interpretarse algo que no se declara en ningún lugar de esta Parte III. Por otro lado, no evita que pudiera interpretarse cualquier otra disposición existente en el resto de la Convención en el sentido de implicar la regularización de los migrantes. La incongruencia de este detalle puede deberse a la ofuscación causada por las repetidas referencias en el Grupo de Trabajo a que no podía permitirse ni entenderse que se promoviera la regularización, reuniendo tal discurso con el de los derechos humanos reconocidos para todos los

³⁸⁷ En ese momento, sólo el artículo 9.4 del Convenio de la OIT número 143 sobre migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migratorios, y el párrafo 8.1 de la Recomendación número 151 de la OIT, Recomendación sobre los trabajadores migrantes, ambos documentos de 24 de junio de 1975, trataban la cuestión de la regularización. Véase CHOLEWINSKI, R., 1997, op. cit., pág. 191.

migrantes y, por tanto, con la parte concerniente de manera más directa a los migrantes en situación irregular.

En cualquier caso, no impidió que en una primera redacción de la Convención apareciera un confuso artículo 37 (luego reenumerado como 35) que establecía que nada en esta parte de la Convención “se interpretará en el sentido de que implica el reconocimiento de la legalidad de la situación de un trabajador migrante o familiar”³⁸⁸. Aunque ninguna norma de la Convención permite por sí misma el reconocimiento como legal de una situación que no lo es, no deja de sorprender que se abriera una posibilidad con la expresión “reconocimiento de la legalidad” que daba a entender la existencia previa de una situación legal que podía reconocerse. Sin duda éste fue un error de los ponentes del primer borrador. Este desliz pasó desapercibido durante las primeras reuniones del Grupo de Trabajo, en las que se pospuso la discusión del precepto a un momento posterior con el fin de armonizar la Convención en su conjunto y sería entonces, en ese momento posterior cuando se corregiría el error.

Esa obsesión se constata en el hecho repetido de la manifestación de reservas por diversos Estados, como Países Bajos o Estados Unidos de América, respecto a determinados apartados de los artículos³⁸⁹. Así Holanda expresó su preocupación de que el apartado cuarto del artículo 17 -la “reforma o readaptación social” de las personas presas y la separación de adultos de los jóvenes- podía implicar la regularización o el reconocimiento legal del estatuto de los trabajadores migratorios³⁹⁰. No vemos dónde se podría recoger tal implicación, mas así lo subrayó el representante holandés recalcando que ninguna disposición en esta Parte III -en aquel momento Parte II- de la Convención debía perseguir la regularización del estatuto “ilegal” de los trabajadores migratorios o de sus familiares “ilegales”. La

³⁸⁸ A/C.3/37/1, pág. 18, parágrafo 63.

³⁸⁹ A/C.3/36/10, pág. 17, parágrafo 55.

³⁹⁰ En conversación privada -celebrada en La Haya mientras realizaba una estancia de investigación en el Centro de Derecho Migratorio de la Universidad Radboud de Nijmegen- con uno de los miembros de la delegación holandesa, tuve la oportunidad de comprobar que una de sus mayores preocupaciones en los trabajos preparatorios era eliminar cualquier posibilidad, por mínima que ésta fuera, a la regularización o a la posibilidad de reclamación de los derechos humanos por parte de los migrantes en situación irregular, en concreto, manifestó su contrariedad con el reconocimiento del derecho a prestaciones sociales.

misma preocupación fue reiterada por ambos países, por ejemplo, respecto al apartado primero del artículo 18 -igualdad de trato ante la justicia-³⁹¹, tampoco apreciamos tal posibilidad de regularización en este precepto.

La actitud de Estados Unidos de América merece una anotación aparte, pues además de todo lo ya expuesto en este capítulo y que muestra clara y rotundamente la falta de compromiso de dicho país con el compromiso a vincularse por los tratados de derechos humanos, en general, y con la protección de los migrantes, en particular, en 1987 dejó perplejos, cuando menos, a aquellas personas que hemos estudiado los trabajos preparatorios de la Convención. En ese año, tras siete años de trabajos en el GTCTM por parte de numerosas delegaciones tanto de países como de organizaciones y tras siete años de mostrar condicionantes e impedimentos a cada uno de los preceptos elaborados para ser recogidos en el texto final de la Convención, después de todo ese tiempo, Estados Unidos de América declaró lo siguiente:

“[T]hat his Government was not yet convinced of the need for a convention on the human rights of migrant workers, and if such a need were demonstrated, such a convention should be negotiated in ILO. He added that, in the view of his Government, the convention being negotiated in the Working Group would bind only the Parties thereto, and does not represent a codification of customary international law”³⁹².

La declaración del representante estadounidense mostró una falta de respeto considerable al trabajo elaborado hasta entonces por todas las delegaciones que participaron en una, varias o todas las sesiones del Grupo de Trabajo así como evidenció su hipocresía participando en unos trabajos preparatorios que luego iba a despreciar. El presidente del Grupo de Trabajo le señaló, en contestación, que tal declaración no era relevante por cuanto la Asamblea General de las Naciones Unidas ya se había pronunciado al respecto, en su Resolución 34/172 del 17 de diciembre de 1979, por la que se instituía el Grupo de Trabajo, y en las consiguientes resoluciones que extendían el mandato. Asimismo le recordó no sólo la necesidad de la

³⁹¹ A/C.3/36/10, pág. 18, párrafo 57.

³⁹² UN Doc A/C.3/42/1, pág. 60, párrafo 326. Cabe señalar que desde 1981 a 1989 fue presidente del país Ronald Reagan, abarcando pues casi todo el período de trabajo del GTCTM y descartando un cambio de gobierno como posible motivación para su nueva posición al respecto del texto.

Convención, sino también la urgencia de la misma, tal y como manifestaban las mencionadas resoluciones de la Asamblea General. Subrayó el presidente del Grupo de Trabajo la obviedad de que esta Convención se redactara en el marco de las Naciones Unidas por su mayor amplitud que el marco de la OIT. Y por último, le manifestó que obviamente el tratado sería sólo vinculante para aquellos Estados que fueran parte del mismo³⁹³, aunque, como manifestaron numerosas delegaciones³⁹⁴, recogía derechos humanos fundamentales que formaban parte del derecho consuetudinario. En definitiva, dejando de lado el papel de la posición estadounidense -a la que, por cierto, se uniría el representante de la República Federal de Alemania³⁹⁵-, quedó clara la unidad de la gran mayoría de delegaciones en la utilidad, el sentido y la necesidad de un texto como el que estaban redactando.

Suecia, en nombre del MESCA, introdujo la idea del precepto, pero con una motivación más legítima y, al menos, con un propósito más loable. En este sentido, argumentó que la aplicación de ciertos derechos a todos los migrantes desincentivaría la contratación de trabajadores indocumentados, pero que eso no implicaría la legalización o regularización de tales trabajadores³⁹⁶.

Sin embargo, como es sabido se han llevado procesos de regularización en distintos países -Estados Unidos de América, Italia, España, entre otros-, por lo que la postura adoptada en contra es cuando menos sorprendente, además “supone, en cierto modo, el reconocimiento de un fracaso de la Administración y, por qué no de la sociedad también. Se admite la impotencia para canalizar los flujos legales de inmigración, la inoperatividad de los sistemas de control de entrada al territorio nacional, la escasa eficacia de los procedimientos de expedición de visados y

³⁹³ UN Doc A/C.3/42/1, pág. 60, párrafo 327.

³⁹⁴ A lo largo de los trabajos preparatorios se manifestaron en este sentido numerosas delegaciones, pero en concreto, contestando a la delegación estadounidense y en apoyo al presidente del Grupo de Trabajo, se manifestaron Senegal, Marruecos -que enumeró derechos como el derecho a la vida o a no ser torturado como principios reconocidos por todos los Estados al estar vinculados por la DUDH, instrumento internacional de obligación moral-, Unión Soviética, Argelia, e India. UN Doc A/C.3/42/1, pág. 61, párrafos 328, 330 y 331.

³⁹⁵ UN Doc A/C.3/42/1, pág. 61, párrafo 329.

³⁹⁶ A/C.3/37/1, pág. 3, párrafo 9.

concesión de autorizaciones, etc.”³⁹⁷. La regularización implica la previa existencia de una situación irregular y, por ende, de una permisividad respecto a la explotación laboral y a la economía sumergida dentro de las sociedades de acogida³⁹⁸.

La segunda parte de esta norma se refiere a la promoción de condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas en relación con la migración internacional que es la necesaria alternativa a la migración irregular, que vamos a examinar seguidamente y que pondremos en relación con este principio de no regularización.

1.3. Promoción de condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas en relación con la migración irregular

Aunque la Parte VI de la Convención se titula *Promoción de condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas en relación con la migración internacional de los trabajadores y sus familiares* en realidad la mayor parte de su articulado -con excepción de los artículos 66 y 70- se refiere a cuestiones que afectan directamente a la migración irregular y cuyo contenido va dirigido a los Estados. Ello, no obstante, no se produjo sin reticencias por parte de aquellos Estados contrarios a dar ningún tipo de cobertura a la migración irregular y que propusieron incluso que el título del apartado se refiriera a la migración internacional legal -‘lawful’-, pues entendían que no podían producirse consultas bilaterales entre Estados sobre una materia como la migración irregular³⁹⁹. Afortunadamente, casi

³⁹⁷ GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina, «La inmigración: ¿Un problema o una fuente de riqueza? ¿Hasta cuándo sin papeles?», en AAVV, *Desafíos actuales a los derechos humanos: la violencia de género, la inmigración y los medios de comunicación*, Madrid, Dykinson, 2005, pág. 93.

³⁹⁸ Cfr. Schuck “[i]llegal immigration, alter all, confers significant benefits on almost all concerned, while the costs of eliminating it (in terms of enforcement resources, opportunity costs, civil liberties, foreign-policy interests, and so on) would be manifestly prohibitive”, SCHUCK, Peter H., «Law and the Study of Migration», en BRETTELL, Caroline B.; HOLLIFIELD, James F. (eds.), *Migration Theory. Talking across Disciplines*, New York, Routledge, 2000, pág. 197.

³⁹⁹ Aquí la República Federal de Alemania se quedó prácticamente sola, apoyada únicamente por los Estados Unidos de América. UN Doc A/C.3/43/7, *Report of the Open-ended Working Group on the Drafting of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, New York, 1988, pp. 6 y 7, párrafos 13 y 18, respectivamente.

todas las delegaciones, incluyendo países como Holanda⁴⁰⁰, que en otras cuestiones había mostrado una actitud más restrictiva, apoyaron el borrador presentado por el grupo MESCA en el que se basa la redacción del apartado⁴⁰¹, puesto que las consultas en relación a los trabajadores migrantes en situación irregular podían ser útiles de cara al retorno ordenado de éstos y también podía prevenir la existencia de este fenómeno desde un primer momento. La idea, presente desde el Preámbulo de la Convención, de combatir la migración irregular acaparaba la atención de esta parte de la Convención y limitar la misma a la migración regular hubiera supuesto un fracaso en lo que debe ser un objetivo clave, al menos en Derecho: poner fin a las situaciones de irregularidad.

Vamos a diferenciar las ideas recogidas en esta parte en tres grupos de condiciones o medidas a promover por los Estados: primero, aquellas que requieren la cooperación de los Estados; segundo, las ideas relacionadas con los servicios apropiados para las cuestiones migratorias; y, por último, las ideas que pretenden eliminar la condición de irregularidad.

En primer lugar, haremos una breve referencia a aquellas ideas que requieren la cooperación de los Estados, consultándose y colaborando, para promover esas condiciones satisfactorias, equitativas y dignas en relación con la migración internacional de trabajadores y sus familiares⁴⁰². Estas condiciones se buscan tanto para las necesidades laborales y personales del migrante como para las consecuencias que se producen en las comunidades de las que se trate -artículo 64 de la Convención-. Respecto a las necesidades laborales y personales del migrante se determinan expresamente “no sólo necesidades y recursos de mano de obra, sino también las necesidades sociales, económicas, culturales y de otro tipo de los

⁴⁰⁰ Expresamente mostraron su apoyo a la inclusión tanto de la migración regular como la irregular, varios países como Holanda, Yugoslavia, entre otros, incluso el presidente del Grupo de Trabajo, en UN Doc A/C.3/43/7, pág. 6, párrafos 14-16.

⁴⁰¹ UN Doc A/C.3/43/7, pág. 5, párrafo 11.

⁴⁰² Debiera entenderse esta promoción en un sentido amplio, de manera que comprenda, como entienden algunos autores, protección sobre algunos derechos que, si bien no están recogidos en la Parte III de la Convención, son ‘necesarios’ para la consecución de esas “condiciones satisfactorias, equitativas y dignas”. Claro ejemplo de ello sería el derecho a vivienda. CHOLEWINSKI, R., 1997, op. cit., pág. 188.

trabajadores migratorios y sus familiares⁴⁰³, puesto que el tratamiento de la migración no debía ser sólo a la vista de las necesidades del Estado de empleo sino también de las necesidades del trabajador migrante. En cuanto a la referencia a las consecuencias que se producen para las comunidades de las que se trate⁴⁰⁴, se entendía que la preocupación respecto a los migrantes no debía ser sólo de los Estados de empleo y que, por tanto, debía recogerse también la integración de los migrantes retornados en sus comunidades de origen como responsabilidad que debían asumir por su parte los Estados de origen.

En relación a la cooperación de los Estados, también se dictamina que cooperen en la adopción de medidas relativas al regreso de los migrantes a sus países de origen⁴⁰⁵ cuando decidan regresar, cuando expire su permiso de residencia o empleo, o cuando se encuentren en situación irregular en el Estado de empleo - artículo 67 de la Convención-

En nuestra opinión, cabe reseñar y lamentar que la cooperación de los Estados se limite sólo a medidas relativas al regreso y no, además, a aquellas que promuevan el reasentamiento de todos los migrantes y la facilitación de su reintegración social y cultural en sus países de origen, incluyendo aquellos que se encuentran en situación irregular. En un primer borrador y, más detalladamente, en una segunda propuesta por parte del MESCA⁴⁰⁶, se hacía referencia expresa a la promoción de condiciones adecuadas para el reasentamiento en el Estado de origen o en el Estado de residencia

⁴⁰³ Esta idea fue introducida por la Sra. Warzazi, representante de Marruecos, que a pesar de considerar que la promoción debía ser referida sólo a la migración regular, propuso la inclusión de las necesidades sociales, económicas y culturales como parte de los aspectos a tener en cuenta por los Estados. En todo caso, creemos que la oposición a incluir la migración irregular entre las condiciones a ser promovidas por los Estados debió ser un error de comprensión o entendimiento entre los allí delegados, puesto que algunos de estos países, como Marruecos, hablaron de no poder promover aquello que no era legal, sin darse cuenta de que lo que se hablaba era de promover condiciones para la migración. UN Doc A/C.3/43/7, pág. 7, párrafo 23.

Francia insistió en esta idea, UN Doc A/C.3/43/7, pág. 8, párrafo 28.

⁴⁰⁴ La referencia a las comunidades fue propuesta por el presidente del Grupo de Trabajo, entendiendo que las consecuencias podían tener connotaciones tanto positivas como negativas, en UN Doc A/C.3/43/7, pág. 8, párrafos 24 y 26.

⁴⁰⁵ Basado este primer párrafo del artículo 67 en el Primer Borrador y en una propuesta idéntica del MESCA, lo único que aparecía diferente del texto final era la referencia a 'Estados de retorno' en lugar de 'Estados de origen', tal modificación se hizo a propuesta del Presidente del Grupo de Trabajo ante las discrepancias manifiestas al respecto de la acepción más acertada, en UN Doc A/C.3/43/7, pág. 20, párrafo 83.

⁴⁰⁶ UN Doc A/C.3/43/7, pág. 22, párrafo 95.

habitual, facilitando, además, el proceso de retorno. Esta propuesta se refería a todos los migrantes y fue ampliamente discutida, pues, mientras algunos países preferían eliminar la mención al reasentamiento, otros apoyaron la medida únicamente respecto a los migrantes en situación regular -probablemente basando su posición en la posibilidad de aquellos que salen de manera irregular del país de origen, aunque desconocemos si tal pudo ser la razón-, que es como finalmente se adoptó el artículo⁴⁰⁷.

En segundo lugar, nos referiremos a las ideas relacionadas con los servicios apropiados que el Estado debe mantener para atender las cuestiones migratorias. Recogidas en el artículo 65 de la Convención, estas funciones de los Estados Partes “serán, entre otras:

a) La formulación y la ejecución de políticas relativas a esa clase de migración;

b) El intercambio de información, las consultas y la cooperación con las autoridades competentes de otros Estados Partes interesados en esa clase de migración;

c) El suministro de información apropiada, en particular a empleadores, trabajadores y sus organizaciones, acerca de las políticas, leyes y reglamentos relativos a la migración y el empleo, los acuerdos sobre migración concertados con otros Estados y otros temas pertinentes;

d) El suministro de información y asistencia apropiada a los trabajadores migratorios y sus familiares en lo relativo a las autorizaciones y formalidades y arreglos requeridos para la partida, el viaje, la llegada, la estancia, las actividades remuneradas, la salida y el regreso, así como en lo relativo a las condiciones de trabajo y de vida en el Estado de empleo, las normas aduaneras, monetarias y tributarias y otras leyes y reglamentos pertinentes”⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ Optaron por la eliminación del ‘reasentamiento’ -no así de la ‘reintegración’- las delegaciones marroquí, francesa, australiana, italiana y venezolana, en UN Doc A/C.3/43/7, pág. 22, párrafo 98. De hecho, el representante de Italia subrayó que la referencia a la reintegración era muy importante al indicar por primera vez en Derecho internacional escrito [sic] la dirección que los Estados debían seguir en cuanto a la reintegración de los trabajadores migratorios, ídem, pág. 23, párrafo 99.

Las consultas informales en el marco del Grupo de Trabajo darían como resultado el artículo finalmente aprobado, con su referencia al reasentamiento y reintegración de los migrantes en situación regular, UN Doc A/C.3/43/7, pág. 23, párrafo 102.

⁴⁰⁸ Artículo 65 de la Convención, que algunos Estados quisieron ver reducido a la nada. La República Federal de Alemania propuso eliminar todo el contenido del artículo final, que parte de un borrador del grupo MESCA, en UN Doc A/C.3/43/7, pág. 11, párrafo 41, y que se adoptara únicamente la idea de un apartado (e) que aparecía en el Primer Borrador del Grupo de Trabajo y que establecía lo

Asimismo, los Estados Partes facilitarán, según corresponda, la provisión de servicios consulares adecuados⁴⁰⁹ y otros servicios que sean necesarios para atender a las necesidades sociales, culturales y de otra índole de los migrantes.

Y, en el artículo 71, por separado, se recoge otro “servicio” que cualquier Estado Parte ha de ofrecer, se trata de la facilitación de la repatriación al Estado de origen de los restos mortales de los trabajadores migratorios o de sus familiares, siempre que sea necesario. Respecto a las cuestiones relativas a la indemnización por causa del fallecimiento de un migrante, se acordó que los Estados Partes, “según proceda, prestarán asistencia a las personas interesadas con miras a lograr el pronto arreglo de dichas cuestiones” y ello se hará sobre la base del “derecho nacional aplicable de conformidad con las disposiciones de la presente Convención y de los acuerdos bilaterales o multilaterales pertinentes”⁴¹⁰. En este sentido, el texto deja abierta la posibilidad, por medio de expresiones como “según proceda”, a la realización o no de estas medidas.

En tercer y último lugar, abordaremos las ideas que pretenden eliminar la condición de irregularidad. El planteamiento de eliminar la migración y el empleo irregulares tiene los objetivos de prevenir, a priori, la migración en condiciones de irregularidad y de poner fin, a posteriori, a tal situación.

Sobre el artículo 68 de la Convención, que recoge la colaboración de los Estados con el fin de impedir y eliminar los movimientos y el empleo ilegales o clandestinos, surgió únicamente la duda de si solapaba el contenido del artículo 25 de la Convención -el referido al trato no menos favorable que a los nacionales en lo

siguiente: “[e] Other measures which are necessary to facilitate the implementation of the present Convention.” [(e) The recommending of legislation regulations and other measures which are necessary to facilitate the implementation of the present Convention and to deal with matters relating to international migration and migrant workers.].” UN Doc A/C.3/43/7, pág. 10, párrafo 39.

Como hemos mencionado ya, los corchetes indican textos alternativos. En cualquier caso, la idea alemana -apoyada expresamente por Francia, ídem, pág. 12, párrafo 46- era dejar el artículo en palabras redundantes, pues ya se entiende que cualquier Estado parte de la Convención debe tomar medidas que faciliten su implementación.

⁴⁰⁹ Al respecto, el delegado de Estados Unidos de América interpretó este párrafo como la codificación del existente derecho internacional relativo a la representación por agentes consulares de sus conciudadanos en otro país, UN Doc A/C.3/43/7, pág. 13, párrafo 50.

⁴¹⁰ El contenido de este segundo párrafo no conllevó discusiones y en consultas informales se llegó al acuerdo sobre el mismo, UN Doc A/C.3/44/1, *Report of the Open-ended Working Group on the Drafting of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, New York, 1989, pág. 9, párrafo 32.

laboral⁴¹¹. Además la OIT recordó que su Convenio número 143⁴¹², mientras buscaba la protección de los trabajadores migrantes, asimismo invitada a cada miembro -Estado parte- a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para suprimir los movimientos clandestinos de trabajadores migrantes para el trabajo y el empleo ilegal y medidas contra los organizadores de tales movimientos clandestinos de migrantes en busca de empleo⁴¹³. Entre las medidas que se incluyen, siempre dentro de la jurisdicción de cada Estado interesado, se encuentran las siguientes:

“a) Medidas adecuadas contra la difusión de información engañosa en lo concerniente a la emigración y la inmigración;

b) Medidas para detectar y eliminar los movimientos ilegales o clandestinos de trabajadores migratorios y sus familiares y para imponer sanciones efectivas a las personas, grupos o entidades que organicen o dirijan esos movimientos o presten asistencia a tal efecto;

c) Medidas para imponer sanciones efectivas a las personas, grupos o entidades que hagan uso de la violencia o de amenazas o intimidación contra los trabajadores migratorios o sus familiares en situación irregular.

2. Los Estados de empleo adoptarán todas las medidas necesarias y efectivas para eliminar la contratación en su territorio de trabajadores migratorios en situación irregular, incluso, si procede, mediante la imposición de sanciones a los empleadores de esos trabajadores. Esas medidas no menoscabarán los derechos de los trabajadores migratorios frente a sus empleadores en relación con su empleo”.

Algo más conflictiva resultó la adopción del artículo 69 de la Convención pues al referirse a la regularización levantaba más suspicacias⁴¹⁴:

⁴¹¹ En la discusión reflejada en los trabajos preparatorios es el único aspecto de discrepancias, aunque pueda parecer algo sorprendente por la naturaleza del artículo. Las dudas vinieron del delegado estadounidense, y con cierta similitud se expresó el delegado francés, en UN Doc A/C.3/43/7, pág. 25, párrafos 112 y 113.

⁴¹² Convenio de la OIT número 143 sobre migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migratorios, 24 de junio de 1975.

⁴¹³ UN Doc A/C.3/38/5, *Report of the Open-Ended Working Group on the Elaboration of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, New York, 1983, pág. 9, párrafo 26.

⁴¹⁴ Por ejemplo, el texto finalmente aprobado en su versión en inglés dice “States Parties shall, when there are migrant workers and members of their families within their territory in an irregular situation, take appropriate measures to ensure that such a situation does not persist”. Mientras que las delegaciones discutieron si debía decir que los Estados “will not permit that situation to persist” o “shall endeavour to ensure that such a situation does not persist”. En apoyo de la primera expresión se

“1. Los Estados Partes en cuyo territorio haya trabajadores migratorios y familiares suyos en situación irregular tomarán medidas apropiadas para asegurar que esa situación no persista.

2. Cuando los Estados Partes interesados consideren la posibilidad de regularizar la situación de dichas personas de conformidad con la legislación nacional y los acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables, se tendrán debidamente en cuenta las circunstancias de su entrada, la duración de su estancia en los Estados de empleo y otras consideraciones pertinentes, en particular las relacionadas con su situación familiar”.

De hecho, la República Federal de Alemania solicitó, como había hecho con otros apartados, que se borrara el artículo por completo, argumentando que lo entendía contrario al contenido del artículo 35 de la Convención, que establece que nada del texto implica la regularización; seguidamente, en una segunda intervención de la misma sesión, su argumentación sería que el contenido de este artículo, implícitamente en el primer párrafo y explícitamente en el segundo, acogería la regularización como método apropiado de combatir la migración irregular⁴¹⁵.

Evidentemente, que el contenido de la Convención en nada implique la regularización es compatible con que se permita la misma. El fin último de este artículo es sin duda permitir a los Estados que tomen esa medida, la regularización, no como obligatoria, pues sería interferir en la soberanía de cada Estado, pero sí como posible y, por tanto, pueda alentarse. En cuanto a que se considere una medida apropiada para combatir la migración irregular, es una cuestión que abordaremos detenidamente en el último capítulo, pero podemos adelantar que si de verdad pone fin a la situación de irregularidad, entonces la combatiría, y si la combate de manera legal sería, por tanto, apropiada.

Por si cupieran más dudas, el Grupo de Trabajo mostró su acuerdo en que el párrafo primero de este artículo 69, tenía la intención de crear obligaciones para los Estados Partes sólo en relación con los trabajadores migratorios y sus familiares

manifestó expresamente Finlandia. Apoyando la segunda expresión estarían Australia, India, Estados Unidos de América y Canadá, que interpretaba el artículo de dos maneras, y expresó su temor, apoyado por otras delegaciones, de que creara obligaciones al Estado que supiera de la presencia de migrantes en situación irregular en su territorio. UN Doc A/C.3/43/7, pp. 26-27, párrafos 115-116, 119 y 122.

⁴¹⁵ UN Doc A/C.3/43/7, pp. 26 y 28, párrafos 117 y 127, respectivamente. Véase, CHOLEWINSKI, R., 1997, op. cit., pp. 191-192.

que se encontraran en situación irregular. En tal sentido, no era intención del Grupo de Trabajo, y así lo manifestó, requerir de los Estados una política que condujera a medidas discriminatorias contra los trabajadores migratorios y sus familiares o que estableciera el estatuto de estas personas como irregular⁴¹⁶. Creemos que entendía así, acertadamente, el Grupo de Trabajo que si bien no interfería en los asuntos internos de los Estados tampoco podía alentar contra los migrantes medidas que pudieran resultar discriminatorias o perjudiciales y que, por ello, el objetivo primordial debía ser el de poner fin a la irregularidad. Al respecto, países como India, trajeron al recuerdo de todos los presentes que los migrantes, en muchas partes del mundo, viven en unas condiciones deplorables y que la Convención debía establecer alguna provisión en relación a los estándares de vida de los migrantes para que fueran comparables a los del resto de la población⁴¹⁷; lamentablemente esta preocupación vendría recogida en el artículo siguiente pero exclusivamente para los migrantes en situación regular, pues algunos Estados consideraron que los migrantes en situación irregular no tenían el derecho a unas condiciones de trabajo y de vida no menos favorables que los ciudadanos con los que conviven⁴¹⁸.

2. Aplicación de la Convención

La Parte VII de la Convención se dedica exclusivamente a la aplicación de la misma y como Disposiciones generales -Parte VIII⁴¹⁹- se recogen algunos preceptos que indican con claridad el sentido que ha de darse a la aplicación de la Convención.

⁴¹⁶ UN Doc A/C.3/43/7, pág. 29, párrafo 136.

⁴¹⁷ Apoyado también por Yugoslavia, China, Italia, Dinamarca, Francia e incluso el presidente del Grupo de Trabajo, en UN Doc A/C.3/43/7, pp. 30-31, párrafos 141-144.

⁴¹⁸ Así el delegado estadounidense manifestó que no podía aprobarse, salvo que sólo fuera en cuanto a servicios consulares, pero no en cuanto a apoyo financiero, pues las ayudas a reasentamiento, por ejemplo, no podían garantizarlas siquiera a los propios nacionales; añadió, asimismo, que debía entenderse el contenido del artículo referido exclusivamente a los migrantes en situación regular, UN Doc A/C.3/43/7, pp. 31-32, párrafos 145 y 151.

Por el contrario, algunos delegados, como el francés, lamentaron profundamente las consecuencias que la decisión de limitar las medidas a los migrantes en situación regular podría tener

⁴¹⁹ Al respecto, la labor del grupo MESCA dentro del Grupo de Trabajo fue importante y ello lo muestra la propuesta completa de la entonces Parte VI -que sería la definitiva Parte VII- que propusieron para la consideración por parte del GTCTM en 1983. A/C.3/38/5, pp. 30 y ss.

Entre estas disposiciones generales, por una parte, encontramos la no contrariedad de normas más favorables en el plano interno -artículo 81- y la no renunciabilidad de los derechos recogidos en la Convención -artículo 82⁴²⁰- y, por otra, la necesidad de medidas legislativas -artículo 84- y de un remedio efectivo, en el ámbito interno, ante las violaciones de derechos humanos cometidas -artículo 83 de la Convención⁴²¹-. En el ámbito internacional, se desarrolla un sistema de aplicación de la Convención análogo al del resto de tratados de derechos humanos por medio de un órgano de supervisión, al que nos vamos a referir a continuación.

2.1. Composición y funcionamiento del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

La Convención regula en la Parte VII⁴²² el establecimiento de un órgano que promueve el cumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones que asumen al adherirse al texto. Se trata de un mecanismo convencional equivalente a los de los otros tratados de derechos humanos de Naciones Unidas. Al respecto del mecanismo de vigilancia de la aplicación del tratado, se había propuesto incluso que fuera el Comité de Derechos Humanos -órgano de vigilancia de aplicación del PIDCP- o que fuera el Comité de Expertos de la OIT el órgano encargado de tal tarea. Finalmente se optó por un comité de expertos independientes que supervise la CTM⁴²³.

⁴²⁰ Correspondía en numeración con el artículo 34, y luego 35, del primer borrador, pero en los trabajos de 1982 se pospuso su discusión. A/C.3/37/1, pág. 17, párrafos 61 y 62.

⁴²¹ *Ibidem*. En este caso, correspondía al artículo 35, luego 36, del primer borrador, aunque redactado de modo mucho más breve que el precepto final.

⁴²² Remitimos al texto completo de los artículos de esta Parte VII, recogido en el anexo de la Convención, para no realizar una repetición superflua del mismo contenido. Aquí no vamos a entrar a describir la manera de elección de los miembros o su metodología, sino más bien centrarnos en las implicaciones que la aplicación de la Convención puede generar respecto a la migración irregular.

En realidad, su impacto por el momento es leve teniendo en cuenta que sólo ha considerado primeros informes de los Estados y, por tanto, no ha podido desarrollar un análisis exhaustivo de las políticas migratorias respecto a la migración irregular ni ha tomado decisiones a ser consideradas como jurisprudencia -pues su labor de revisión de denuncias entre Estados o por parte de particulares no ha entrado en vigor-.

⁴²³ UN Doc A/C.3/38/1, *Report of the Open-Ended Working Group on the Elaboration of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, New York, 1983.

La Convención, que entró en vigor el 1 de julio de 2003, establece que diez expertos independientes y de reconocida competencia, elegidos por los Estados parte por cuatro años de mandato, serían los miembros de este órgano, que pasaron a ser catorce cuando entró en vigor la Convención para el cuadragésimo primer Estado parte. Se entendió que un menor número facilitaría el trabajo garantizando eficacia de actuación⁴²⁴. Tras descartar un Comité ya establecido como mecanismo de vigilancia, se propuso en el Grupo de Trabajo la participación de la OIT como parte importante del Comité, con base en su experiencia y conocimiento respecto a la materia⁴²⁵. Finalmente se consideraría la OIT como mero organismo consultado en el examen de los informes -artículo 74.2 y .5- y, junto a esta organización, otros organismos y organizaciones pueden ser consultadas -artículo 74.3 .4 y .6-⁴²⁶.

En diciembre de 2003 se eligieron los miembros del Comité⁴²⁷ y en marzo de 2004 se celebró su sesión inaugural. En septiembre de 2013 se celebra su decimonovena sesión⁴²⁸.

Como el resto de mecanismos convencionales de Naciones Unidas, la Convención establece, por un lado, el examen de informes periódicos presentados por los Estados y, por otro, el examen de comunicaciones interestatales e individuales por parte del Comité⁴²⁹.

Nota: La página web del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares se encuentra en los seis idiomas oficiales de Naciones Unidas, si bien hemos corroborado que la versión más fiable es la de idioma inglés, pues la actualización de las demás versiones es posterior, echando en falta documentos importantes.

⁴²⁴ CMW/SP/2.

⁴²⁵ UN Doc A/C.3/39/1, *Report of the Open-ended Working Group on the Elaboration of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, New York, 1984, párrafos 45 a 97.

⁴²⁶ Véase UN Doc A/C.3/43/7, *Report of the Open-ended Working Group on the Drafting of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, New York, 1988. También UN Doc A/C.3/44/1, *Report of the Open-ended Working Group on the Drafting of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, New York, 1989.

⁴²⁷ Véanse los miembros actuales del Comité en el enlace siguiente: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/members.htm>

⁴²⁸ Todas las sesiones pueden encontrarse en el siguiente enlace: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/sessions.htm>

⁴²⁹ El reglamento provisional del Comité se publicó en el primer informe presentado a la Asamblea General, A/59/48, *Informe del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores*

El Comité también puede publicar, como los otros mecanismos convencionales, su interpretación del contenido de las disposiciones de derechos humanos recogidas en la Convención o cuestiones conexas, en forma de observaciones generales sobre cuestiones temáticas. Hasta el momento sólo se ha pronunciado sobre la cuestión del servicio doméstico⁴³⁰. En este sentido, el Comité ha entendido como punto de partida que la Convención es aplicable a las y los trabajadores domésticos, con independencia de su situación administrativa, es más considera que la alta tasa de empleo irregular en este sector hace más necesaria todavía su protección. El Comité menciona las numerosas violaciones de derechos humanos que se cometen contra los migrantes que trabajan en el servicio doméstico desde antes de su llegada al país de destino, durante su empleo y estancia y posteriormente⁴³¹. Sin embargo, quizá la aportación más relevante sea la constatación de “lagunas legales” y en la práctica que tienen los Estados mencionando numerosas recomendaciones para corregir éstas y el resto de cuestiones pertinentes. Así recuerda que algunos países no consideran trabajadores a las personas que trabajan en el servicio doméstico, por lo que quedan desprotegidas, o como en ocasiones las normativas de extranjería abocan a la irregularidad de estas personas al resultar demasiado restrictivas o a la cuasi-esclavitud cuando condicionan los permisos de residencia y/o trabajo al empleador. Para evitar en lo posible estas y otras violaciones, recomienda a los Estados que ofrezcan una sensibilización y capacitación previa a la partida, que se dé una mayor y mejor cooperación entre los Estados, que se regule adecuadamente cuestiones como las agencias de colocación, las condiciones laborales y de otros derechos y que dé acceso a una situación migratoria regular. Aunque estas recomendaciones van dirigidas a los Estados de empleo, también alienta a los de origen a velar por los derechos e intereses de sus nacionales por medio de las embajadas y consulados. Otras cuestiones relevantes de

migratorios y de sus familiares, Informe del primer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York, 2004.

⁴³⁰ Observación General 1 del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, sobre los trabajadores domésticos migratorios, 23 de febrero de 2011, CMW/C/GC/1.

⁴³¹ Por ejemplo menciona la retención de pasaportes por el empleador como práctica muy extendida, las condiciones abusivas, malos tratos, entre otros. Observación General 1 del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, sobre los trabajadores domésticos migratorios, 23 de febrero de 2011, CMW/C/GC/1, pp. 3-5.

la Observación General 1 del Comité es la importancia que se da a la unidad familiar -recordemos las no pocas dificultades a las que se enfrentan las mujeres migrantes, mayores todavía cuando se encuentran como empleadas domésticas internas; en este sentido también se menciona a los hijos- y a la cuestión de género que ha de ser incorporada por los Estados con el objetivo de comprender los problemas que conllevan cuestiones como la prevalencia de mujeres en este sector laboral o la feminización de la pobreza y de las migraciones⁴³².

En cuanto, al sistema de informes, los Estados deben presentar las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otro tipo que adopten para hacer efectivas las disposiciones de la Convención. Los informes estatales son anuales tras su adhesión a la Convención, y posteriormente quinquenales. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de *observaciones finales*. En sus primeras sesiones, el Comité desarrolló unas *directrices* para ayudar a los Estados a preparar los informes, que siguen un proceso análogo al del resto de mecanismos convencionales, una suerte de diálogo entre el Estado y el Comité de cara, primero, a conocer todas las medidas arriba mencionadas y, segundo, a asesorar al Estado en las mejoras posibles en las prácticas que llevan a cabo⁴³³.

Respecto al sistema de comunicaciones el Comité también podrá, en determinadas circunstancias, recibir y examinar comunicaciones en las que un Estado parte alegue que otro Estado parte no cumple con la Convención, de aquellos Estados que hayan aceptado este mecanismo conforme al artículo 76 de la Convención⁴³⁴; y podrá 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

⁴³² Véase Observación General 1 del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, sobre los trabajadores domésticos migratorios, 23 de febrero de 2011, CMW/C/GC/1, pp. 5 y ss.

⁴³³ Nos remitimos al apartado III.1 del Capítulo tercero, donde ya hicimos una crítica al sistema de informes periódicos y el papel de los mecanismos convencionales en la protección de los derechos humanos.

⁴³⁴ Nos recuerda Cholewinski el debate existente en el Grupo de Trabajo acerca de la obligatoriedad o no de este mecanismo que puso de manifiesto, una vez, la dicotomía soberanía del Estado-protección internacional de derechos humanos. Finalmente se optó por permitir opcionalmente la vinculación a este mecanismo por parte de los Estados. CHOLEWINSKI, R., 1997, op. cit., pág. 194.

artículo 77 de la Convención. En ambos casos, es necesaria la declaración de diez Estados para que entren en vigor los dos mecanismos. En el momento de presentar este trabajo, sólo Guatemala, México y Uruguay habían presentado una declaración reconociendo la competencia del Comité respecto a las comunicaciones individuales y únicamente Guatemala lo había hecho en relación con las comunicaciones interestatales -Turquía declaró que lo haría en un momento posterior-.

Al margen de la no entrada en vigor de los mecanismos de comunicaciones interestatales y denuncias individuales, la facultad de hacer cumplir la Convención se ve limitada al no tener potestad de sancionar a un Estado parte por incumplimiento del tratado. Esto significa que las indicaciones, recomendaciones y conclusiones que el Comité pueda hacer llegar a los Estados tienen una limitada efectividad, a pesar de que la propia Convención recoge el compromiso de los Estados a establecer medidas legislativas y de otro tipo y a obtener una reparación efectiva por aquella persona que vea violados sus derechos humanos -artículos 83 y 84 de la Convención-⁴³⁵. El valor que puedan tener las comunicaciones dictadas por el Comité se basan en la incidencia pública, tanto en lo político como en lo jurídico, que puedan tener en el propio país infractor o para el resto de Estados. En este sentido la publicidad de los informes estatales por medio de una “amplia difusión” se recoge en el artículo 73 como obligatoria⁴³⁶.

2.2. Interpretación del Comité respecto a la migración irregular

La Convención posee, como ya hemos destacado y analizado, unos objetivos claros respecto a la migración irregular, y de hecho tales objetivos y los preceptos en los que los desarrolla son parte fundamental del propio tratado y su esencia. Por un lado, el objetivo de proteger los derechos humanos de los migrantes en situación

⁴³⁵ Así lo señaló el Comité, por ejemplo, en sus observaciones finales al informe de El Salvador, CMW/C/SLV/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de El Salvador, 2008.

⁴³⁶ Propuesta de Suecia, fue de nuevo la República Federal de Alemania quien se opuso a tal medida por considerar que trataba con una materia sensible políticamente, UN Doc A/C.3/45/1, *Report of the Open-ended Working Group on the Drafting of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, New York, 1990, pp. 13-14, párrafo 50.

irregular da sentido a la propia existencia de la Convención por suponer una manifestación clara de la prioridad que el respeto y ejercicio de los derechos humanos implica para la comunidad internacional. Por otro lado, el objetivo de prevenir la migración irregular⁴³⁷ es evidentemente también otro aspecto central del texto.

Por tanto, la labor que el Comité desarrolle, iniciada en el año 2004 como ya hemos referido, será fundamental para la comprensión que de la problemática que rodea la migración irregular se tenga, en general, por la comunidad internacional y, en particular, por los Estados que son quienes al fin y al cabo ejercen la soberanía sobre su territorio y quienes en él se encuentran. Esa labor hasta ahora se centra únicamente en dos aspectos: la realización de sesiones especializadas y la revisión de informes estatales; ya que ni el mecanismo de comunicaciones interestatales ni el de denuncias individuales han entrado en vigor todavía.

En cuanto a la realización de sesiones especializadas, el Comité realizó una sesión de debate *Day of General Discussion on the rights of migrant workers in an irregular situation and members of their families*, el 19 de septiembre de 2011. Esta jornada se basó en la exposición de varias ponencias y la realización de grupos de trabajo, abordando la cuestión de los derechos de los migrantes en situación irregular, los retos en la protección, así como los estándares internacionales y jurisprudencia. El fin de esta sesión era la propuesta de una Observación General, que todavía no ha sido aprobada en el momento de editar este trabajo. Estaremos, por tanto, expectantes ante tal Observación General, ya que la sesión de debate, en palabras del Comité, pretendía clarificar el contenido de la Convención respecto a los derechos de los migrantes en situación irregular y asistir al Comité tanto en el desarrollo de recomendaciones en relación con la protección de estos derechos al

⁴³⁷ Cholewinski habla también de prevenir el tráfico ilícito de trabajadores migrantes, pero como ya hemos recogido, entendemos que ni el tráfico ilícito ni la trata de personas son objetivos de la Convención, aunque bien es cierto que el reconocimiento de derechos humanos a quien se encuentre en situación irregular puede promover la protección de las víctimas de ambos delitos. CHOLEWINSKI, R., 1997, op. cit., pág. 188.

examinar los informes estatales como en la adopción de la mencionada Observación General⁴³⁸.

La sesión abordó los temas referidos, con la pretensión además de dar visibilidad a la vulnerabilidad de los trabajadores migrantes y sus familiares que se encuentran en situación irregular. Se manifestaron expresamente la discriminación, exclusión, explotación y abuso que sufren en todos los estadios del proceso migratorio; los frecuentes malos tratos y detenciones prolongadas⁴³⁹, esclavización, abusos sexuales, e incluso asesinatos; la xenofobia y el racismo, así como la exposición a empleadores sin escrúpulos, traficantes y otros criminales. No obstante, otros derechos también son violados: protección laboral, garantías procesales, seguridad personal, salud, educación, entre otros. El Comité recalcó la especial circunstancia de vulnerabilidad de las mujeres migrantes en situación irregular, expuestas a múltiples formas de discriminación, incluyendo un alto riesgo de explotación sexual, violencia de género, transmisión de VIH y otras especificidades en el acceso al empleo⁴⁴⁰.

Posteriormente se realizó otra sesión especializada: *Day of General Discussion on the role of migration statistics for treaty reporting and migration policies*, el 22 de abril de 2013, mientras se redactaba este trabajo, por lo que la información es limitada. Los objetivos planteados son intercambiar información sobre la recopilación de datos, mejora de prácticas en la protección de los mismos y comprender cómo se puede utilizar dicha información en beneficio de los migrantes.

Respecto a la presentación de los informes estatales y su revisión por el Comité, éste ha tratado y abordado los asuntos relacionados con la migración irregular y ha mostrado su preocupación en relación a ellos⁴⁴¹. Hasta el momento,

⁴³⁸ CMW/C/15/CRP.1, *Day of General Discussion on the Protection of the Rights of Migrant Workers in an Irregular Situation and Members of their Families, 19 September 2011, Background Note Prepared by the Secretariat*, 22 July 2011.

En la siguiente página web, se puede acceder a las comunicaciones presentadas: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/dgd19092011.htm>

⁴³⁹ CMW/C/AZE/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de Azerbaiyán, 2009.

⁴⁴⁰ *Ibidem*.

⁴⁴¹ Hemos de recordar que, como en otros mecanismos convencionales, el Comité además de comentar y proponer a los Estados con base en sus informes, puede tomar en consideración las

han presentado su informe inicial: Albania, Argelia, Argentina, Azerbaiyán, Belice, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Burkina Faso, Chile, Colombia, Ecuador, Egipto, El Salvador, Filipinas, Guatemala, Malí, Marruecos, México, Paraguay, Ruanda, Senegal, Siria, Sri Lanka, Tayikistán y Uruguay. Y ya han presentado su segundo informe: Azerbaiyán, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Colombia, Ecuador y México. No ha lugar a describir todos y cada uno de estos informes, por lo que haremos una síntesis de los asuntos en ellos tratados en relación con la migración irregular.

Entre las cuestiones que el Comité ha encontrado preocupantes nos referiremos a continuación a la vulnerabilidad propia de los migrantes en situación irregular y los abusos que sufren y, en segundo lugar, a las lagunas legales y procesales en cuanto a la protección de estas personas.

En primer lugar, el Comité se ha encargado, como no podía ser de otro modo, de visibilizar la vulnerabilidad de los migrantes en situación irregular en situaciones que, si bien sufren también los migrantes en situación regular, se producen con mayor frecuencia y se ven agravadas para aquellos. Cabe destacar la cuestión laboral, pues la dependencia del empleador se manifiesta en situaciones como el control de pasaportes o documentos de identidad por parte del empleador, la restricción de libertad de movimiento, el abuso o la infracción de las normas de extranjería -largas jornadas laborales, sin descansos, reducción o eliminación de los días de descanso, entre otros⁴⁴²-. Otra cuestión relevante es la asociada a los malos tratos -físicos, psicológicos y emocionales-, incluyendo amenazas de detención o expulsión. Asimismo, se muestra preocupación por el alto riesgo de explotación de menores no

opiniones de otros organismos de Naciones Unidas y otras organizaciones, incluyendo las no gubernamentales. NIESEN, Jan; TARAN, Patrick A., «Using the New Migrant Workers' Rights Convention», *JMR*, Vol. 25 (4), Center for Migration Studies of New York, 1991, pág. 863.

⁴⁴² Así se ha manifestado, por ejemplo, sobre el informe de Argentina, país al que, si bien le reconoce la igualdad de derechos en educación y otras cuestiones, le manifiesta la preocupación por “trabajos forzados, abusos y explotación, que incluyen remuneraciones inadecuadas, horarios de trabajo excesivos y restricciones a su libertad de circulación, en particular en la industria textil, la agricultura y el trabajo doméstico”, CMW/C/ARG/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de la Argentina, 2011.

El Comité ha manifestado su preocupación por normas internas que no garantizan el derecho a afiliarse a un sindicato, como es el caso de la legislación guatemalteca, CMW/C/GTM/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de Guatemala, 2011.

acompañados, incluyendo la trata con fines de explotación sexual y laboral⁴⁴³. Por otra parte, se señala la vulnerabilidad de las mujeres migrantes en situación irregular, sobre todo en el servicio doméstico, a malos tratos, abusos sexuales, incluso violación por parte de sus empleadores⁴⁴⁴.

En segundo lugar, el Comité señala en sus observaciones a los informes las lagunas legales y procesales en materia de protección a los migrantes en situación irregular. En este sentido, las lagunas más relevantes son: el derecho a un nombre y el registro al nacer; la no aplicación de la normativa laboral a los migrantes en situación irregular⁴⁴⁵; la falta de acceso a la atención médica de urgencia -el Comité “sigue preocupado por las noticias de que los trabajadores migratorios y sus familiares indocumentados o en situación irregular no disfrutaban en la práctica del derecho a recibir atención médica, ni siquiera de emergencia”⁴⁴⁶-; el no acceso al sistema de educación; la exclusión del acceso a los mecanismos de queja y al debido proceso -por ejemplo, el Comité sugiere en varias ocasiones sobre la falta de posibilidad de alegar en el proceso de expulsión por parte de los migrantes en situación irregular⁴⁴⁷ o sobre los derechos a presentar denuncias y acceder a mecanismos de reparación judicial⁴⁴⁸; los prejuicios culturales y de procedimiento contra los migrantes, en general, y aquellos que se encuentran en situación irregular, en particular.

En relación con ambos grupos de aspectos recogidos en los informes y respuestas, el Comité invita a mejorar y realiza recomendaciones. Una de las recomendaciones más repetidas es la de que los Estados parte estudien la posibilidad

⁴⁴³ CMW/C/GTM/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de Guatemala, 2011.

⁴⁴⁴ Así se ha señalado, por ejemplo, en las observaciones finales al informe de Chile, CMW/C/CHL/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de Chile, 2011. Véase también CMW/C/PRY/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial del Paraguay, 2012.

⁴⁴⁵ CMW/C/AZE/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de Azerbaiyán, 2009.

⁴⁴⁶ CMW/C/AZE/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de Azerbaiyán, 2009.

⁴⁴⁷ CMW/C/MEX/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de México, 2006.

⁴⁴⁸ CMW/C/EGY/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de Egipto, 2007. CMW/C/BOL/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de Bolivia, 2008.

de formular la declaración prevista en los artículos 76 y 77 de la Convención, esto, es que acepten los mecanismos de comunicaciones interestatales y de denuncias individuales⁴⁴⁹. También invita a los Estados a adherirse a los Convenios de la OIT número 97 y número 143, aquí repetidamente mencionados⁴⁵⁰.

Por último, el Comité también ha encontrado aspectos positivos en los informes de los Estados y así lo hace llegar a los mismos por medio de sus observaciones finales. Entre estas cuestiones, hemos de destacar la buena acogida de los procesos de regularización llevados a cabo en algunos países⁴⁵¹, llegando incluso a mostrar preocupación por “las largas demoras, el incumplimiento de los plazos de tramitación y el costo de los trámites que obstaculizan la regularización de los trabajadores migratorios y pueden disuadirlos de continuar el procedimiento de regularización, prolongando así su situación ilegal o irregular”⁴⁵². Como es lógico, a aquellos países que cumplen con buena parte de la Convención, les invita a ir más allá en la protección de los migrantes en situación irregular amparándoles y extendiendo derechos que son reconocidos a los migrantes en situación regular o, incluso, a los propios nacionales⁴⁵³.

⁴⁴⁹ CMW/C/MEX/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de México, 2006.

⁴⁵⁰ CMW/C/MEX/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de México, 2006.

⁴⁵¹ CMW/C/MEX/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de México, 2006. CMW/C/ECU/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial del Ecuador, 2007.

⁴⁵² CMW/C/BOL/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de Bolivia, 2008. También ha deseado el Comité que el proceso de regularización sea “ligero y rápido”, CMW/C/SEN/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de Senegal, 2010. Y ha señalado su inquietud sobre que los procesos de regularización sean de difícil acceso para los trabajadores migratorios no cualificados, por el coste o por su complejidad, CMW/C/GTM/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de Guatemala, 2011.

⁴⁵³ Por ejemplo, invita a Argentina a “hacer extensiva la asignación universal por hijo a los hijos de los trabajadores migratorios en situación irregular, de conformidad con la Ley N° 26061 (2005) de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, que abarca a todos los niños que se encuentran en el territorio del Estado parte” o a “ampliar las prestaciones sociales no contributivas a los trabajadores migratorios y sus familiares en situación irregular en caso de vulnerabilidad social extrema”, CMW/C/ARG/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de la Argentina, 2011.

2.3. Logros y deficiencias del Comité

La Convención en sí misma supone un avance en algunos de los aspectos innovadores que introduce⁴⁵⁴, sobre todo respecto a la migración irregular, si bien muchos otros pueden considerarse ya recogidos por los demás tratados de derechos humanos por los que la mayoría de Estados se encuentran ya vinculados⁴⁵⁵. De ahí, la incompreensión de su relativo fracaso, al menos en cuanto a adhesiones al texto se refiere. En cualquier caso, constituye la primera codificación universal de derechos humanos de los migrantes pues, como hemos mencionado ya, los Convenios de la OIT y otros tratados de derechos humanos no abarcan una comprensión global del fenómeno migratorio. No obstante, las innovaciones que la Convención permite en relación con la protección internacional de los derechos de los migrantes no debieran eclipsar sus deficiencias⁴⁵⁶.

Un error común es creer que la Convención está fomentando la migración irregular, de hecho, tanto el texto de la misma como los trabajos preparatorios han insistido en lo contrario. Definitivamente reconocer los derechos humanos a todos los migrantes no es un ejercicio osado, pues ya el Derecho internacional protege a todas las personas por el hecho de serlo reconociéndoles tales derechos. En cambio, la pretensión mayor de la Convención es acabar con la clandestinidad de la migración y el empleo y subrayar la facultad del Estado para decidir sobre su política migratoria, como ya hemos referido en relación con el artículo 68 y 79 respectivamente.

En cualquier caso los logros y deficiencias de la Convención se manifiestan tanto a priori como a posteriori de su aprobación respecto a varias cuestiones. Y aunque parte de esos logros y deficiencias tienen que ver con el contenido propio de la Convención, otros, sin embargo, están relacionados con otros factores externos.

⁴⁵⁴ CHOLEWINSKI, R., 1997, op. cit., pág. 199.

Al respecto, cabe destacar la utilidad que puede ofrecer el texto a asociaciones de migrantes y otras ONGs. NIESSEN, Jan; TARAN, Patrick A., op. cit., pág.861.

⁴⁵⁵ KARIYAWASAM, Prasad, «La Convención de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios de sus familiares» en MARÍÑO MENÉNDEZ, Fernando M. (coord.), op. cit., pág. 24.

⁴⁵⁶ CHOLEWINSKI, R., 1997, op. cit., pág. 201.

Comenzando por las deficiencias del texto, nos referiremos a tres grupos diferenciados: las que tienen que ver con la actitud propia de los Estados que debieran ratificar la Convención; las que tienen que ver con el contenido del texto; y, por último, las omisiones más relevantes en relación con la irregularidad.

En primer lugar, refiriéndonos a aquellas deficiencias que tienen que ver con la actitud de los Estados, hemos de aseverar que las discrepancias surgidas en el seno del Grupo de Trabajo ya anunciaban la falta de disponibilidad para ratificar el texto aprobado⁴⁵⁷. Aunque el hecho de participar en los trabajos preparatorios e impedir un texto más ambicioso para luego no adherirse al mismo, nos pueda parecer una actitud hipócrita, no deja de ser el papel que muchos Estados esperaban jugar dentro del Grupo de Trabajo con su labor entorpecedora.

De hecho las declaraciones de algunos representantes estatales ante el Grupo de Trabajo dan cuenta de esa labor obstaculizadora que consistió en discutir cada uno de los términos del texto -aún cuando ello no tuviera sentido- y de redactar una Convención de tal modo que se garantizara la máxima ratificación, pues con un proyecto más ambicioso se limitaba la viabilidad y aplicabilidad de la Convención. No obstante, estas preocupaciones y reticencias de los Estados, que luego alegarían para no ratificar, ni siquiera aceptar, el tratado, no tienen ningún fundamento, pues los Estados podían y pueden obligarse por la Convención y hacerla viable y aplicable. La única objeción al respecto es su falta de compromiso con el respeto y la protección de los derechos humanos de los migrantes, en general, y de aquellos que se encuentran en situación irregular, en particular. Nada les ha impedido, ni les impide en el presente, vincularse al contenido del tratado y cualquier excusa alegada no es sino la muestra de esa falta de compromiso. De hecho el texto permite, como otros tratados la formulación de reservas en el momento de la firma, ratificación o adhesión siempre y cuando no sean incompatibles con el objeto y propósito de la Convención -artículo 91-. Ello, sin duda, facilita que los Estados se vinculen al texto,

⁴⁵⁷ Resulta ocioso recordar que todos los países que han ratificado la Convención son principalmente Estados de origen, aunque también lo sean de tránsito y de destino. Como decía Kariyawasam, anterior presidente del Comité, es “desafortunado que ningún Estado occidental haya todavía firmado o ratificado la Convención, a pesar de que algunos de ellos hubieran participado activamente en la redacción de la Convención y ninguno hubiera votado en contra de la CTMF en el momento de su adopción por consenso por la Asamblea General de Naciones Unidas”. KARIYAWASAM, Prasad, en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. (coord.), op. cit., pág. 23.

aún mermando el propio contenido del mismo, por lo que resultan todavía menos comprensibles sus reticencias a hacerlo.

Recojamos en relación a esto las objeciones del Gobierno de Japón, cuya dificultad en particular en relación a la Convención se basaba en los cuatro puntos siguientes:

“a) el proyecto de convención estipulaba un trato más favorable para los trabajadores migratorios que para los nacionales u otros extranjeros en el Estado de empleo (en particular los párrafos 3 y 8, artículo 17; párrafo 8, artículo 22; párrafo 2, artículo 27, y artículo 44). Era necesario garantizar el mismo trato a los nacionales;

b) en el proyecto figuraban disposiciones relativas al sistema jurídico básico de un Estado soberano, como procedimientos penales, elecciones públicas, el sistema educacional, que requería un examen ponderado (párr. 7 del artículo 16; párr. 8 del artículo 17; párr.1 del artículo 18; párr. 2 del artículo 19; artículos 41, 42, 45 y 67);

c) deberían analizarse cuidadosamente las disposiciones relativas al control de inmigración, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 19; el párrafo 4 del artículo 22; el párrafo 1 del artículo 33; los párrafos 1 a 3 del artículo 44; el párrafo 3 del artículo 49, y los artículos 50, 56 y 68;

d) para que se cumplan algunas de las disposiciones del proyecto de convención es preciso que cada Estado Parte tome las medidas pertinentes. Deberían perfeccionarse estas disposiciones a fin de que se tuviera en cuenta la situación financiera de cada país”⁴⁵⁸.

⁴⁵⁸ UN Doc A/C.3/44/4, pág. 5, párrafo 10.

Respecto a la cuestión de vincular la situación financiera con la implementación de los derechos humanos, remitimos al pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical de la OIT en marzo del 2002, en el que se pronunciaba respecto a una queja presentada por el sindicato español Unión General de Trabajadores y que consideraba que España violaba el Convenio número 87 de la OIT, en su artículo 2, en cuanto al derecho a “constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones”. Ante este pronunciamiento el Estado español argumentaba teniendo en cuenta su economía nacional, de acuerdo con el artículo 2 del PIDESC. Recordemos que este Comité, dejó claro que la única excepción posible a la libertad sindical es en caso de las fuerzas armadas y la policía, con base en el artículo 9 del Convenio número 87 de la OIT. Informe núm. 327 del Comité de Libertad Sindical de la OIT (para. 548-562) Vol. LXXXV, 2002, Serie B, núm. 1. Caso núm. 2121, queja presentada por la Unión General de Trabajadores de España (UGT) el 23 de marzo de 2001.

Véase RODERA RANZ, Susana, «Una hipotética reforma de la Ley de Extranjería acorde con el Derecho Internacional», en APARICIO WILHELMI, Marco; ILLAMOLA DAUSÀ, Mariona; MOYA MALAPEIRA, David; RODERA RANZ, Susana, *Las fronteras de la ciudadanía en España y*

La idea de la representante del Japón era que el texto fuera flexible para que cada país lo aplicara de acuerdo a sus “leyes, costumbres y situaciones nacionales”⁴⁵⁹. Si bien, ya hemos hecho repetida referencia a la cuestionable participación de estos Estados que no tenían ninguna intención de ratificar el texto y cuya labor fue la de entorpecer la adopción de un texto más ambicioso; cabe añadir, además, que la aprobación de tratados internacionales de protección de derechos humanos tiene en gran parte su sentido y fin último si permite superar, en la medida de lo posible, todas aquellas diferencias culturales, legales y de otro tipo que distancian a las naciones en cuanto a su actitud de respeto, aplicación y protección de los derechos humanos. Dicho de otro modo, los tratados internacionales de derechos humanos y, por ende la Convención, acogen a todos los Estados que así lo deseen en un contexto concreto de protección de derechos humanos y, por tal motivo, entienden que avanzar en un amplio amparo de estos derechos es compatible con las diferencias de los Estados que a ello se comprometen y permiten así un avance innegable no sólo en el Derecho internacional sino también en las relaciones internacionales.

Como el resto de tratados internacionales de derechos humanos, ofrece la posibilidad de aceptar comunicaciones por otros Estados parte respecto a la observancia, o falta de ésta, del contenido de la Convención, así como la posibilidad de que el Comité reciba comunicaciones individuales respecto a esa observancia. Si bien surgieron discrepancias respecto a adoptar un procedimiento de reclamaciones entre Estados automático o que éste fuera opcional, las mayores objeciones vinieron contra la posibilidad de admitir reclamaciones individuales⁴⁶⁰.

En cuanto al procedimiento entre Estados, hubo arduos defensores del mismo como forma importante de garantizar la protección de los derechos humanos⁴⁶¹. Sin

en la Unión Europea. Actas del II y III Encuentro de jóvenes investigadores en derecho de inmigración y asilo, Girona, Documenta Universitaria, 2006, pp. 101-112.

⁴⁵⁹ UN Doc A/C.3/44/4, pág. 6, párrafo 11.

⁴⁶⁰ Como indican Niessen y Taran, la exclusión de las personas de participar por medio de estos mecanismos de supervisión de la Convención cuestiona considerablemente su utilidad y eficacia, NIESSSEN, Jan; TARAN, Patrick A., op. cit., pág. 860.

Nos remitimos de nuevo al apartado III del capítulo tercero, respecto a los mecanismos convencionales y los problemas que plantea su funcionamiento.

⁴⁶¹ Marruecos lo defendió como Argelia, Países Bajos, Dinamarca o Australia, sin posicionarse a favor ni en contra de que el procedimiento fuera opcional o automático; mientras la República Federal de Alemania, Francia o Estados Unidos se manifestaron dispuestos a apoyar la aprobación de un

embargo, el procedimiento de reclamaciones individuales, propuesta de los Países Bajos, causó más discrepancias, como decíamos, pues algunos Estados entendían que tal procedimiento “entrañaría obstáculos procesales difíciles para los particulares”, incluso argumentaban que si el Comité fallaba a favor de la persona, no estaría en condiciones de ofrecer reparación sino sólo podría señalar a la atención del gobierno en cuestión la situación que hubiera examinado⁴⁶². Lamentablemente, este último inciso es cierto y no es una deficiencia únicamente de esta Convención sino de todos los tratados internacionales de derechos humanos que no disponen por sí mismos de un mecanismo de reparación a las víctimas, así como tampoco tienen una capacidad coercitiva para con los Estados que incumplen.

Como en otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, la Convención permite en su artículo 91 la formulación de reservas, pero éstas no pueden ser incompatibles con el objeto y fin de aquella⁴⁶³. Los Estados se mostraron preocupados de que pudiera darse alguna reserva contraria al espíritu de la Convención⁴⁶⁴, razón por la cual se incluye el párrafo segundo del artículo referente a la mencionada incompatibilidad de las reservas. Como recuerda Cholewinski⁴⁶⁵, un ejemplo de ese tipo de reserva prohibida sería aquella que

procedimiento facultativo de reclamaciones entre Estados; e Italia, Yugoslavia y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas expresaron su preferencia por un procedimiento automático. UN Doc A/C.3/44/4, pp. 39-40, párrafos 166-169.

⁴⁶² Japón y Estados Unidos fueron los mayores defensores de excluir este procedimiento, al que se uniría dubitativamente Francia -puesto que manifestó que no se opondría al consenso-. UN Doc A/C.3/44/4, pág. 40, párrafo 171 y 173.

En este sentido, se ha manifestado la preocupación no sólo por hacer efectiva una reparación, sino también por el “elevado coste del desarrollo de una infraestructura para el cumplimiento de la Convención”, como si la promoción, el respeto y la aplicación de los derechos humanos dependiera de criterios económicos, fundamentalmente cuando son países altamente desarrollados económicamente los que realizan tales afirmaciones. Cita textual del anterior presidente del Comité, KARIYAWASAM, Prasad, que admite finalmente “todos estos temores carecen de credibilidad. En mi opinión, es una cuestión de voluntad política y no de recursos o de presiones sociales [refiriéndose al clima político desfavorable a otorgar derechos y a la opinión pública contra los migrantes] lo que retrae a los Estados en este tema”, en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. (coord.), op. cit., pp. 24-25.

⁴⁶³ Respecto a la cuestión de las reservas a los tratados véase CHUECA SANCHO, Ángel Gregorio, *Las reservas a los Tratados de Derechos Humanos*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, 1992, 169 p.; y SALADO OSUNA, Ana, *Las reservas a los tratados de derechos humanos*, Murcia, Laborum, 2003, 238 p.

⁴⁶⁴ Marruecos fue uno de los países que mostraron esta preocupación, UN Doc A/C.3/44/1, pág. 50, párrafo 283.

⁴⁶⁵ CHOLEWINSKI, R., 1997, op. cit., pág. 149.

pretende excluir una categoría de trabajadores migrantes, cuestión que se recogería expresamente en el artículo 88 de la Convención. En algunos casos, se ha llegado a manifestar que esta posibilidad de formular reservas a alguno de sus artículos facilitaría la ratificación por parte de los Estados, pues podrían excluir aquellos aspectos que fueran contra su normativa interna o contra sus intereses, por ejemplo, en cuanto a su capacidad e imperativos económicos y sociales⁴⁶⁶. No podemos estar en mayor desacuerdo con esta propuesta, pues si el texto final resulta poco ambicioso, la posibilidad de mutilarlo por medio de reservas lo convertiría definitivamente en ‘papel mojado’.

El mayor problema, a nuestro juicio, es la posibilidad existente de formular una reserva a un artículo específico que puede modular o mermar un precepto que afecte a un derecho humano de un migrante en situación irregular. Aunque no caben reservas sobre normas de derecho imperativo -Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados-, la razón de aquellas es la naturaleza multilateral propia de los tratados y en materia migratoria la diversidad de posturas es más que evidente según hemos apreciado en el estudio de los trabajos preparatorios de la Convención. La práctica lleva a que la noción de integridad de los tratados ceda ante el principio de eficacia de los mismos, esto es, ante la admisión de reservas para permitir la conclusión de los tratados⁴⁶⁷ y para que sean parte el mayor número de Estados⁴⁶⁸. Sin embargo, podemos concluir que si una reserva niega el espíritu central de un tratado, tal reserva no es válida, en línea con lo que interpretó la Corte Internacional de Justicia respecto a la *Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio*, estas reservas no pueden ser “destructoras de los fines que las partes contratantes se han asignado”⁴⁶⁹. Sin embargo, la Comisión de Derecho Internacional consideró que el criterio de compatibilidad de una reserva establecido por la Corte no se aplicaría a todos los tratados multilaterales de manera general y recomendó la

⁴⁶⁶ Véase, entre otros, KARIYAWASAM, Prasad, en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. (coord.), op. cit., pág. 24.

⁴⁶⁷ RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 2000, pág. 209 y ss.

⁴⁶⁸ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 110-113.

⁴⁶⁹ CIJ, Recueil, 1951, pp. 23-24. Opinión consultiva de la CIJ, de 28 de mayo de 1951, *Validez de ciertas reservas a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio*.

inclusión de un precepto relativo a las reservas en los tratados⁴⁷⁰. La CDI redactaría más adelante un extenso informe sobre la cuestión de las reservas que, junto a lo ya mencionado, nos lleva a concluir que no caben reservas contrarias al propio sentido de la Convención, que no puede alegarse la normativa interna como argumento para formular una reserva y que, definitivamente, no puede afectar al núcleo duro de los derechos humanos pues vaciaría de contenido el propio sentido del texto, para lo cual mejor sería abstenerse de ratificarlo tal y como hacen numerosos Estados bajo argumentos más torticeros⁴⁷¹.

Y, en segundo lugar, otro problema lo sería la posible reserva a un precepto en concreto basada en el principio de reciprocidad. Sabemos que este principio parte de la igualdad soberana entre los Estados que lleva a que tengan iguales derechos e iguales deberes, en este sentido cabría la posibilidad de no reconocer parte de la Convención a los nacionales de un Estado porque dicho Estado no reconoce dicha parte a su vez para los nacionales del Estado reservante. Esta posición, aunque legítima, es ridícula por cuanto en la cuestión que venimos estudiando hablamos de personas y sus derechos humanos que nada tienen que ver respecto a las decisiones que el Estado del que son nacionales toma y, por tanto, hacer sufrir a las personas por un criterio de reciprocidad cuando, por ejemplo, un derecho concreto sí es reconocido a nacionales de terceros países pero no quiere reconocerse a una nacionalidad concreta carece de fundamento jurídico en una comunidad internacional desarrollada. En este sentido, existe cierta relación de lo que proponemos con la cláusula de nación más favorecida, “en función de la cual el Estado que la otorga se obliga a extender al Estado beneficiario de la misma las ventajas que haya concedido o pueda conceder en el futuro a un tercer Estado, en los mismos términos que a este

⁴⁷⁰ *Reservations to Multilateral Conventions*, Report of the International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission*, 1951, vol. II.

Véase también BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, New York, Oxford University Press, 1990, pp. 608-611.

⁴⁷¹ “2. A State or an international organization may not invoke the fact that a reservation has been formulated in violation of a provision of the internal law of that State or the rules of that organization regarding competence and the procedure for formulating reservations for the purpose of invalidating the reservation”. Parágrafo 2.1.4 de *Guide to Practice on Reservations to Treaties*, Report of the International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission*, 2011, vol. II (Part Two). Resolución A/66/10 de la AG.

último y sin que sea preciso un nuevo acuerdo para ello⁴⁷²”. Además de lo ya defendido, la evolución del Derecho Internacional ha llevado a reconocer un estándar mínimo de derechos a toda persona y, por ende, no cabe objetar ningún criterio para no reconocer y proteger tales derechos humanos de todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado.

En ambos casos, el problema reside en vaciar de contenido un precepto de tal modo que sin tal contenido deja de existir, por lo que pudiera considerarse inaceptable la formulación de reservas respecto a determinados derechos humanos que son inderogables y que, aunque resulta ocioso reiterarlo, son precisamente todos aquellos derechos básicos reconocidos a los migrantes en situación irregular -toda la parte III de la Convención, entendemos-, no sólo por el acuerdo explícito de los Estados a reconocerlos para toda persona, con independencia de su situación administrativa, sino también, y sobre todo, porque forman parte del denominado estándar mínimo internacional, ya referido en el capítulo segundo de este trabajo⁴⁷³. Como establece el Comité de Derechos Humanos, “conviene en principio que los Estados acepten la plena gama de obligaciones, ya que las normas de derechos humanos son la expresión jurídica de los derechos básicos a que toda persona es acreedora en cuanto ser humano”⁴⁷⁴.

⁴⁷² CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, op. cit., pág. 268.

⁴⁷³ Salado ha indicado que este tipo de reservas a un artículo concreto, pueden ser útiles cuando de lo contrario se confrontan con el derecho interno, en este sentido son útiles si favorece la universalidad del tratado, pero distinto es “que se formulen reservas a los derechos reconocidos dejando a éstos vacíos de contenido”, SALADO OSUNA, Ana, *Las reservas a los tratados de derechos humanos*, Murcia, Laborum, 2003, pp. 67-68.

En términos similares, véase también CHUECA SANCHO, Ángel Gregorio, *Las reservas a los Tratados de Derechos Humanos*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, 1992, 169 p.

⁴⁷⁴ Observación General 24 del Comité de Derechos Humanos, 4 de noviembre de 1994, sobre las reservas al PIDCP.

IV. El estatuto jurídico internacional de migrante en situación irregular

Derechos de la persona migrante en situación irregular (art. de la CTM) Estatuto	Tratados de derechos humanos (art.)	Otros tratados internacionales (art.)	Tratados regionales (art.)
Definiciones (2) y exclusiones (3)		Más limitada que DDHNN, pues se aplica a toda persona no nacional del país en que se encuentre (1) C97 OIT (11) sólo trabajo por cuenta ajena y excluye sólo a fronterizos, profesiones liberales por corto tiempo y gente de mar C143 OIT (11) sólo trabajo por cuenta ajena y excluye además de los del C97 a estudiantes y a trabajos temporales	Más amplia que CETM, que limita a quien permanece en el territorio para trabajar. La CETM no se aplica tampoco a trabajadores fronterizos y de temporada, y no hace mención a aquellos enviados por organizaciones internacionales, a estudiantes, ni a refugiados y apátridas. Excluye, por tanto, a migrantes en situación irregular
Definición “familiar” (4)		Más limitada que DDHNN, pues se aplica a toda persona no nacional del país en que se encuentre (1), C143 OIT (13.2) cónyuge y descendientes y ascendientes a su cargo	Anexo a la CSE limita a “cónyuge del trabajador y a sus hijos solteros, mientras éstos sean considerados menores por la legislación aplicable del Estado receptor y estén a cargo del trabajador” CETM más restrictiva (sólo cónyuge e hijos menores de edad no casados y dependientes)
Definición “situación regular e irregular” (5)		DDHNN (2)	
Principio de no discriminación (7)	DUDH (2) PIDCP (2.1, 20, 24, 26), PIDESC (2), CEDR, CDN (2), CEDCM (1) (4) discriminación positiva, CDPD (3, 5)	C111 OIT en empleo y ocupación	CAfDH (2, 18.3, 28), CAmDH (1), CEDH (14), Prot.12 CEDH, CSE (V.E), CDF (21)
Libre circulación, derecho a salir y a regresar (8)	DUDH (13), PIDCP (12), CEDR (5), CDN (10), CEDCM (15) no discriminación por sexo, CDPD (18)	DDHNN (5)	CAfDH (12), CAmDH (22), Prot.4 CEDH (2, 3), CSE (II.18.4) derecho a salir
Derecho a la vida (9) integridad física y psíquica	DUDH (3) vida, libertad y seguridad, PIDCP (6), Prot.2 PIDCP abolición de pena de muerte, CEDR (5), CDN (6), CPDF, CDPD (10, 16, 17)	Prot.1 CDOT (6) integridad física, psicológica y social para víctimas, DDHNN (5)	CAfDH (4), CAmDH (4), CEDH (2), CDF (2, 3) prohibición de pena de muerte
Prohibición tortura (10)	DUDH (5), PIDCP (7) contra experimentos médicos y científicos, CCT, CEDR (5), CDN (19, 37), CPDF, CDPD (15)	Prot.1 CDOT, DDHNN (6) contra experimentos médicos o científicos	CAfDH (5), CAmDH (5), CEDH (3), CDF (4)

Prohibición esclavitud y trabajos forzados (11)	DUDH (4) trata, PIDCP (8) trata, PIDESC (6.1, 10.3), CDN (19) (34) explotación sexual (38) conflictos armados	Prot.1 CDOT, C29 OIT, C105 OIT	CAfDH (5), CAmDH (6), CEDH (4), CDF (5) trata
Libertad de pensamiento, conciencia y religión (12)	DUDH (18), PIDCP (18), CEDR (5), CDN (14)	DDHNN (5)	CAfDH (8), CAmDH (13), CEDH (9), CDF (10)
Libertad de opinión y expresión (13)	DUDH (19), PIDCP (19), CEDR (5), CDN (12, 13), CDPD (21)	DDHNN (5)	CAfDH (9), CAmDH (13), CEDH (10), CDF (11)
Derecho a la privacidad -no injerencias en la vida privada, comunicaciones- (14)	DUDH (12), PIDCP (17), CDN (8, 9, 16), CDPD (22)	Prot.1 CDOT (6) protección de víctimas, DDHNN (5)	CAmDH (11), CEDH (8), CDF (7)
No privación de propiedad (15)	DUDH (17), CEDR (5)	DDHNN (5 y 9)	CAfDH (13, 14), CAmDH (21), Prot.Adicional CEDH (1), CDF (17)
Libertad y seguridad de la persona, restricciones a detención -no arbitrariedad- (16)	DUDH (3, 9), PIDCP (9, 14), CEDR (5), CDN (34) explotación y abuso sexual (37) detención como último recurso, CPDF (17) prohibición de detención en secreto, CDPD (11, 13)	CV (36), Prot.1 CDOT, Prot.2 CDOT, DDHNN (5)	CAfDH (6), CAmDH (7), CEDH (5), CDF (6)
Derechos detenidos, trato humano y debido respeto (17)	DUDH (9), PIDCP (9, 10), CDN (37, 40), CPDF (17) garantías de la privación de libertad	CV (36), CDOT respecto a detenidos por delincuencia transnacional, DDHNN (5)	CAfDH (5), CAmDH (5, 7), CEDH (5) CDF (1, 3)
Igualdad de trato y ante la ley. Garantías procesales -recurso efectivo, indemnización, principio non bis in idem, asistencia legal- (18)	DUDH (7, 8, 10, 11.1), PIDCP (2.3, 14, 26) protección más amplia, CCT (15) no validez de prueba por tortura, CEDR (5, 6), CDN (12) derecho del menor a ser oído (37, 40) garantías, CEDCM (15) no discriminación por sexo, CPDF (20), CDPD (5, 12, 13)	CDOT respecto a detenidos por delincuencia transnacional, Prot.1 CDOT (6) a víctimas, DDHNN (5), C98 OIT	CAfDH (3, 7.1), CAmDH (8, 10, 24, 25), CEDH (6), Prot.7 CEDH, CTEM (26) para migrantes en situación regular, CDF (20, 47, 48, 50)
Principios de legalidad y de no retroactividad de ley penal (19)	DUDH (11.2), PIDCP (15), CDN (40)	CDOT respecto a detenidos por delincuencia transnacional	CAfDH (7.2), CAmDH (9), CEDH (7), CDF (49)
Limitación de las consecuencias de los contratos (20)	PIDCP (11), CEDCM (15.3) nulidad contrato que límite capacidad jurídica		CAmDH (7.7), Prot.4 CEDH (1)
Prohibición destrucción documentos (21)	CPDF (25.b) de menores sometidos a desaparición forzada		
Prohibición de expulsión colectiva (22)	PIDCP (13) garantías para migrante en situación regular, CCT (3) prohibición de expulsión si peligro de tortura (8) incluye tortura como delito que da lugar a extradición, CDN (9) protección menores de no ser separados de padres, CPDF (13) incluye como delito que da lugar a extradición (16) prohibición de expulsión si peligro de desaparición forzada	CDOT (16) regulación de la extradición, C143 OIT (9) no gastos de expulsión	CAfDH (12), CAmDH (22), Prot.4 CEDH (4), Prot.7 CEDH (1) garantías, CDF (19)
Derecho a protección consular o diplomática (23)		CV, CDOT (25) protección víctimas de delitos,	

		DDHNN (10) comunicación	
Reconocimiento personalidad jurídica (24)	DUDH (6), PIDCP (16), CDPD (12)		CAmDH (3)
Derecho al trabajo y condiciones laborales (25)	DUDH (23, 24) añade el derecho al trabajo, PIDESC (6, 7) añade el derecho al trabajo, CEDR (5), CDN (32, 33, 36) también sobre explotación y tráfico, CEDCM (11) no discriminación por sexo, CDPD (27)	Prot.1 CDOT (6) para víctimas, DDHNN (8) para migrantes en situación regular, C97 OIT (6, Anexo I, Anexo II) para migrantes en situación regular, C143 OIT, C189 OIT	CAfDH (15), CAmDH (26), CTEM (16, 20, 21, 23-25, 27, 29) para migrantes en situación regular, CSE (Parte II.19) limitado, CDF (15.1, 15.3, 27-32)
Derecho sindicación y asociación (26)	DUDH (20, 23.4), PIDCP (22), PIDESC (8) derecho de huelga, CEDR (5), CDN (15) asociación, CDPD (27) leve referencia a derechos sindicales	C87 OIT, C97 OIT (6) para migrantes en situación regular, C98 OIT	CAfDH (10), CAmDH (16), CEDH (11), CTEM (28) para migrantes en situación regular, CSE (II.5) limitado, CDF (12, 28)
Derecho a seguridad social (27)	DUDH (22), PIDESC (9), CEDR (5), CDN (26), CEDCM (11) no discriminación por sexo	C97 OIT (6) para migrantes en situación regular, C118 OIT, C143 OIT (9), C157 OIT	CAmDH (26), CTEM (18) para migrantes en situación regular, CSE (II.12) limitado, CDF (34)
Derecho a la salud - atención médica urgente- (28)	DUDH (25), PIDESC (12), CEDR (5), CDN (24, 25, 33, 39), CEDCM (11) en empleo no discriminación por sexo (12), CDPD (25)	Prot.1 CDOT (6) para víctimas, C97 OIT (5) limitado a momentos de salida, viaje y llegada	CAfDH (16), CTEM (19) para migrantes en situación regular, CSE (II.11, 13) limitado (II.19.2) añade buenas condiciones de higiene, CDF (35)
Derecho de los hijos a un nombre, registro y nacionalidad (29)	DUDH (15), PIDCP (24), CEDR (5), CDN (7, 8), CEDCM (9) no discriminación por sexo, CDPD (18)	Convención para reducir los casos de apatridia, 30 de agosto de 1961	CAmDH (18, 20)
Derecho a educación (30)	DUDH (26), PIDESC (13, 14), CEDR (5), CDN (28, 29), CEDCM (10) no discriminación por sexo, CDPD (24)	Prot.1 CDOT (6) para víctimas, C143 OIT (12.f) enseñanza lengua materna	CAfDH (17), CAmDH (26), Prot.Adicional CEDH (2), CTEM (14, 15) para migrantes en situación regular, CSE (II.19.12) enseñanza de lengua materna, CDF (14)
Respeto a la identidad cultural (31)	DUDH (27.1), PIDCP (27), PIDESC (15), CDN (30)	DDHNN (5), C143 OIT (12.f)	CAfDH (17, 22, 29) también como deber y como derecho colectivo, CAmDH (26), CDF (22)
Derecho a transferencia dinero y bienes (32)		DDHNN (5), C97 OIT (9)	CTEM (17) para migrantes en situación regular, CSE (II.19.9)
Derecho a información (33)	CEDR (7) sobre discriminación, CDN (17)	Prot.1 CDOT (6) derecho de las víctimas, C97 OIT (2, 3)	CAfDH (9), CTEM (6) para migrantes en situación regular, CSE (II.19.1)
Deber de respeto a leyes e identidad cultural de los Estados de tránsito y destino (34)	DUDH (29)	DDHNN (4)	CAfDH (27, 28), CSE (II.19.11) integración por medio enseñanza lengua nacional de acogida
No implicación de regularización (35)		Prot.1 CDOT (7) "regularización" de víctimas, DDHNN (2), C143 OIT (9.4) permite permanencia y empleo legales de migrantes en situación irregular Derecho consuetudinario protege derecho a regularización bajo algunas	

		circunstancias (Nafziger, IMR 771-799)	
Continuidad en situación regular por cuestiones familiares (50) o en caso de pérdida de empleo (51)		C143 OIT (8)	
Cooperación para condiciones dignas, en políticas migratorias y para facilitar el regreso (64, 65, 67)	CDN (10)	Prot.1 CDOT, Prot.2 CDOT, C97 OIT (4), C143 OIT	CTEM (30) para migrantes en situación regular
Colaboración para prevenir y eliminar migración y empleo clandestinos (68)	CDN (11, 35) tráfico y trata, CEDCM (6) trata	Prot.1 CDOT, Prot.2 CDOT, C143 OIT	CSE (19.3) colaboración servicios sociales
Medidas para terminar con situación irregular (69)		Prot.1 CDOT, Prot.2 CDOT, C143 OIT	
Repatriación e indemnización en caso de fallecimiento (71)	CCT (14) indemnización víctima tortura	Prot.1 CDOT (8) repatriación de víctimas, CV (37) comunicación en caso de fallecimiento	CTEM (22) para migrantes en situación regular
Soberanía del Estado (criterios de admisión) (79)	CEDR (1) no afectación normas internas sobre nacionalidad, ciudadanía o naturalización, CDN (10) solicitud atendida de manera positiva, humanitaria y expeditiva; restricciones por orden público, etc. sólo para salida	Prot.1 CDOT (11) control fronterizo con el fin de prevención y detección de trata, Prot.2 CDOT (11) control fronterizo con el fin de prevención y detección de tráfico	
Principio de norma más favorable (81)	PIDCP (5, 47), PIDESC (5), CCT (16), CDN (41)		CAMDH (29) no exclusión de otros derechos, Anexo CSE, CDF (52)
Prohibición de renuncia de derechos (82)	DUDH (30) prohibición de supresión de derechos	Prot.1 CDOT, C143 OIT (1) compromiso de Estados a respetar derechos humanos fundamentales	CDF (54) prohibición de abuso de derecho
Remedios efectivos (83)	PIDCP (2), CEDR (2), CDN (4), CEDCM (2), CPDF, CDPD (4, 8)	Prot.1 CDOT, Prot.2 CDOT	
Medidas legislativas (84)	PIDCP (2), PIDESC (2) cláusula países en desarrollo para no nacionales, CCT (2, 4), CEDR (2, 4), CDN (4), CEDCM (2, 3, 5, 6), CPDF, CDPD (4)	Prot.1 CDOT, Prot.2 CDOT, C143 OIT	
Derechos no reconocidos expresamente en la CTM a los/las migrantes en situación irregular			
Reagrupación familiar (44)		DDHNN (5)) para migrantes en situación regular, C143 OIT (13.1) para migrantes en situación regular	CEDH (8), CETM (12) para migrantes en situación regular, CSE (II.19.6)
Derecho a un nivel de vida adecuado (bienestar, servicios sociales, vivienda,	DUDH (25.1, 28), PIDESC (3, 11), CEDR (5), CDN (20, 24, 27, 31), CEDCM	Prot.1 CDOT (6) para víctimas, C97 OIT (6) vivienda para migrantes en	CAfDH (13), CAMDH (26) CTEM (13) para migrantes en situación regular, CSE

Capítulo quinto. Migrante en situación irregular bajo la Convención...

alimento)	(11) no discriminación por sexo (12, 13, 14), CDPD (9, 16, 19, 20, 26, 28, 30)	situación regular	(14, 30, 31) limitado, CDF (34.3)
Derecho de reunión (13, sólo para actividad sindical-laboral y en asociaciones)	DUDH (20), PIDCP (21), CEDR (5), CDN (15)	DDHNN (5)	CAfDH (11), CAmDH (15), CEDH (11), CDF (12)
Derecho a buscar asilo	DUDH (14), CDN (22)	CER	CAfDH (12), CAmDH (22.7), CDF (18)
Derecho a casarse y protección de la familia (44)	DUDH (16), PIDCP (23), PIDESC (10), CEDR (5), CDN (5, 9, 18), CEDCM (16) no discriminación por sexo, CDPD (23)		CAfDH (18.1, 18.2), CAmDH (17), CEDH (12), Prot.7 CEDH (5), CSE (II.16) limitado CDF (9)
Igualdad de género, protección de la maternidad y la infancia	DUDH (25.2), PIDCP (24), PIDESC (10, 12), CDN, CEDCM, CPDF (25), CDPD (6, 7, 23)	Prot.1 CDOT, C138 OIT, C156 OIT, C182 OIT, C183 OIT	CAfDH (18.3), CAmDH (19), CSE (II.8, 17) limitado, CDF (24, 33)
Dignidad humana	DUDH (1, 22) y todos tratados de derechos humanos	CDOT, Prot.1 CDOT, Prot.2 CDOT, C143 OIT	CAfDH (5), CAmDH (11), Prot.13 CEDH abolición de pena de muerte, CDF (1)
Derechos de las personas mayores			CAfDH (18.4), CSE (II.23) limitado, CDF (25)
Integración personas discapacitadas	CDN (23), CDPD		CAfDH (18.4), CSE (II.15) limitado, CDF (26)

Fuente: Normativa vigente. Elaboración propia.

Respecto al Derecho comunitario europeo recogemos exclusivamente la CDF, ignorando las numerosas Directivas al respecto, por la complejidad de su implementación dispar en los diferentes Estados miembros de la UE.

Derechos escritos en rojo son aquellos derechos que serían recogidos en el estatuto jurídico internacional de la persona migrante en situación irregular.

CAPÍTULO SEXTO.

EL ESTATUTO JURÍDICO INTERNACIONAL DE MIGRANTE EN SITUACIÓN IRREGULAR

Artículo 13

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

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Nuestro recorrido ha partido del marco general de la migración irregular abordando diversas disciplinas ajenas al Derecho, ha atravesado la evolución del marco jurídico internacional general y de aquel otro marco normativo internacional que ha venido a regular un estatuto de migrante en situación irregular (en los cuales hemos analizado la labor normativa y los instrumentos jurídicos que de ella se han derivado, más concretamente la Convención de Naciones Unidas de 1990), y así podemos plantearnos, en este último capítulo, la existencia de tal estatuto desde una perspectiva internacional -si es que puede considerarse como tal-, los elementos que lo conforman y la validez que tiene.

La conceptualización y positivación de la situación de irregularidad que en un largo recorrido histórico-jurídico culminó en la Convención de 1990 supone la constatación de que el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos queda restringido inevitablemente por el ejercicio de la soberanía de los Estados.

El necesario equilibrio entre ambos es lo que determina, en nuestra opinión, el reconocimiento de una discriminación¹ institucionalizada entre nacionales y extranjeros, por un lado, y entre todas las personas residentes de forma regular en un Estado -sean nacionales o migrantes en situación regular- y migrantes en situación irregular, por otro. Es decir, consideramos que se produce discriminación en cuanto al reconocimiento de derechos si bien la situación administrativa de las personas (sea

¹ Discriminación es la separación y/o trato distinto a una persona o un grupo de personas del resto por un motivo determinado.

entre migrantes en situación irregular y aquellos que se encuentran en situación regular, o bien sea entre migrantes y nacionales) sea diferente, puesto que su condición de ser humano no varía y por tanto existe un mínimo de derechos reconocible y respetable a toda persona, como hemos abordado ya en diversos apartados de nuestro trabajo.

La ausencia de Estados de destino entre los que han ratificado la Convención confirma el relativo fracaso de un texto que, realizando tales diferenciaciones, no ha llegado a convencer a los propios redactores -ocioso es repetir de nuevo la participación de numerosos delegados nacionales cuyos Estados todavía no se han vinculado a este tratado- de la conveniencia de reconocer tal estatuto.

La Convención supone el reconocimiento de un estatuto jurídico mínimo -que como hemos visto amplía el estándar mínimo internacional y detalla otros derechos, ampliando con el reconocimiento de algunos derechos de novedosa configuración- que los Estados delimitan por medio de una construcción legal, no obstante legítima, teniendo en cuenta la soberanía de los Estados y la limitación que ésta impone al artículo 13 de la DUDH al no verse reconocido el derecho de entrada de las personas libremente. La remisión a los ordenamientos internos, al no considerar un marco internacional válido universalmente, implica la existencia de una noción inestable, cuya modificación es frecuente y dependiente de intereses particulares temporales. Por último, tal definición del estatuto supone inevitablemente, y dada la falta de armonización normativa, un factor para el no disfrute de algunos derechos, pues el catálogo de derechos que establece la Convención se ve ignorado por aquellos Estados que se niegan a adherirse a la misma -prueba de ello son los argumentos dados para no hacerlo, como ya hemos referido-.

I. Elementos del estatuto jurídico de migrante en situación irregular

1. Una construcción legal

La Convención define qué es un migrante en situación irregular, trabajador o familiar, pero no especifica cómo puede llegar alguien a ser migrante en situación irregular o quién deja de serlo, la única referencia a la posible adquisición o pérdida de esta condición la encontramos en los artículos 50 y 51, que se refieren a los casos de fallecimiento o de fin de un empleo, que no deben conllevar automáticamente el paso a una situación de irregularidad. También podemos considerar la promoción de condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas en relación con la migración - Parte VI de la Convención-, donde se alienta a los Estados a que tomen medidas para que la situación irregular de las personas llegue a su fin, entre ellas la posibilidad de regularizar la situación de dichas personas. Por lo demás, no podemos conocer, al menos por este tratado, cómo una persona pasa de encontrarse en situación regular a irregular o viceversa, pues la volatilidad tanto de las normas de extranjería como de las condiciones que se establecen para la adquisición de una u otra situación lo dificultan.

Para ello, es inevitable la remisión al ordenamiento interno de los Estados. Ello supone, por tanto, la construcción por medio de las normas de extranjería que desarrollan y establecen las políticas migratorias de cada país de un estatuto que entiende la situación de irregularidad como aquella que no es regular. Ya hemos mencionado la heterogeneidad que estas remisiones generan. No obstante, retomemos la cuestión de quién es migrante en situación irregular.

En primer lugar, podemos hablar de la *irregularidad originaria*, definida como el ingreso, permanencia y ejercicio de una actividad remunerada por parte de una persona sin ser autorizada para la misma, tal y como se recoge en las normas internas de extranjería. Si bien, el caso de la legislación española, por ejemplo, considera infracción el empleo irregular, tanto de nacionales como de extranjeros, y la irregularidad originaria es descrita como la entrada o estancia en el territorio sin la

autorización pertinente. En tal situación podrían encontrarse también los potenciales solicitantes de asilo que, por desconocimiento, negligencia o falta de información por parte de las autoridades pertinentes, no solicitan refugio y no pueden regularizar su situación. Asimismo, los nacidos sin ser registrados o sin poder obtener una autorización de residencia al nacer se encontrarían en situación irregular.

En segundo lugar, hablaríamos de la *irregularidad sobrevenida*, ya referida ampliamente, y que supone el paso de alguien que se encontraba en situación regular a una situación administrativa irregular. Ello puede ser debido a una situación voluntaria o forzosa. En el primer caso, nos encontramos con personas cuya estancia se extiende más allá de su permiso de estancia, residencia o trabajo -incluyendo en este supuesto a aquellas que no solicitan la autorización en el plazo debido-, o quienes entran con un visado temporal, sea este de turismo o de otro tipo, y sobrepasan el período concedido por dicho visado. En el segundo caso, irregularidad sobrevenida forzosa, las personas llegan a las situaciones referidas aquí mismo, pero por motivos ajenos a su voluntad, mayormente porque la administración incumple sus plazos de resolución del expediente pertinente, pero también por negligencia de empleadores cuando del contrato que ellos ofrecen depende la renovación de las autorizaciones y, en ocasiones, el involuntario desconocimiento o falta de información relevante puede llevar a solicitudes fuera de plazo o incumplimiento de los requisitos necesarios para prolongar la autorización. En una situación similar se encontrarían aquellos solicitantes de asilo que no ven reconocido su derecho.

En tercer y último lugar, añadiríamos una categoría particular, que denominamos *regularidad irregular*, que consiste en aquellos casos en que se obtiene la regularidad pero con base en abuso de derecho y que, por tanto, su situación aparentemente regular puede ser revocada tras su conocimiento. Estos son los casos de matrimonios de conveniencia, las falsas adopciones -poco comunes-, el autoempleo fraudulento y el abuso de una autorización que pueda conllevar su revocación -como puede ser por parte de un estudiante, o un familiar, que no tenga permitido trabajar y así lo haga-.

Una *situación coincidente* con la de irregularidad, pero que presenta muchas más peculiaridades, es aquella en que la persona es víctima de un delito. Son los

casos de tráfico de personas y de trata. Las personas víctimas de tráfico son en algunas legislaciones culpabilizadas de su situación -y por tanto en esas ocasiones sancionadas-, sin tener en cuenta las irremediables circunstancias que les abocan a tal circunstancia dramática. En cuanto a las víctimas de trata, está mucho más clarificada su victimización y son protegidas, aunque también se dan casos en los que la circunstancia de víctima no es considerada -por desconocimiento o incluso por la propia clandestinidad del delito- y la persona es expulsada por una situación de irregularidad.

Los medios que permiten abandonar una situación de irregularidad son obvios: la muerte o desaparición de la persona -recordemos que el artículo 71 de la Convención remite a las normativas nacionales para resolver la situación de los familiares-, su regularización o nacionalización, y la salida del país en que se encuentre en situación irregular. La regularización puede ser individual -proceso de arraigo español, por ejemplo, o regularización por medio de un vínculo familiar-, o colectiva -denominadas en algunos ordenamientos amnistías, o procesos de regularización extraordinaria, y en España en el último proceso de este tipo, normalización-. La salida del territorio, evidentemente, puede ser voluntaria o forzosa -expulsión, devolución o rechazo-.

Este breve repaso a cómo las normas internas deciden qué persona, cómo y cuándo llega a estar o deja de encontrarse en situación irregular, es sólo el ejemplo de cómo el Estado en el ejercicio de su soberanía juega un papel primordial en la construcción del estatuto de este grupo de personas. La disyuntiva surge al comparar todo lo descrito en relación con las prerrogativas estatales con lo que la Convención establece, pues resulta evidente que la construcción legal por parte de los Estados de lo que pudiera ser un estatuto jurídico choca en no pocas ocasiones con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos, al negar derechos que, sea por medio de la ratificación de la Convención, o sea por medio de otros tratados de derechos humanos por los que se encuentran ya vinculados, han de ser respetados -como hemos visto al referirnos a algunos ejemplos respecto a los derechos humanos recogidos en la Convención-. En el caso de los ordenamientos internos, obviamente el estatuto será aplicable sólo al territorio del Estado en cuestión -teniendo presente además las obligaciones que derivan de

algunas normas, como por ejemplo el CEDH, que hacen responder y responsabilizarse al Estado fuera de sus fronteras-. En el caso de la Convención, su aspiración y el valor que de ella surge es su universalidad. Sin embargo, la posibilidad de reservas parciales, a artículos concretos, y la preponderancia de los argumentos estatales en determinados aspectos -como las remisiones que la propia Convención hace a las normas internas de los Estados- limitan considerablemente la aspiración de una construcción de un estatuto jurídico con validez internacional.

De tal modo, la indefinición desde el Derecho internacional de los criterios que un Estado puede interponer en defensa de su política y legislación migratorias de cara al rechazo del reconocimiento de situación de regularidad de una persona migrante, implica que lo que la Convención ha construido, por un lado, los Estados han limitado, por otro. Dicho de otro modo, la Convención ha venido a reconocer un estatuto jurídico del migrante en situación irregular -que ya podía observarse en diversas normas internacionales, por lo que sirve para reconocer su existencia de manera más clara-; estatuto que los Estados modulan en el ámbito interno, mediante la aprobación de normas y políticas cada vez más restrictivas, estableciendo quien accede a dicho estatuto al definir quien es migrante en situación irregular, siendo éstas incompatibles con las obligaciones internacionales de derechos humanos². Como ya hemos analizado en el capítulo quinto, tal definición se produce *a sensu contra* de la definición de migrante en situación regular, esto es, de quien está legitimado para entrar y permanecer regularmente en el territorio.

De tal modo, sirviéndose de la norma de extranjería para modificar quien accede al estatuto jurídico de migrante en situación irregular, lo que se hace en realidad es *institucionalizar la discriminación*. El legislador se sirve de la

² Resolución del Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/Res/20/3, de 16 de julio de 2012, *Derechos Humanos de los Migrantes*, parágrafo 7, pág. 3.

Resolución de la Asamblea General A/RES/63/184, sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/63/430/Add.2), 17 de marzo de 2009. Protección de los migrantes, parágrafo 7, pág. 4.

Como hemos abordado en el estudio de los derechos que conforman el estatuto de migrante en situación irregular, los ordenamientos internos no respetan en ocasiones las obligaciones internacionalmente contraídas al limitar el acceso por los migrantes en situación irregular a derechos reconocidos en aquel estatuto -los casos llevados ante el TEDH referidos dan cuenta de tal incompatibilidad, pero también nuestros tribunales han puesto de manifiesto la misma declarando inconstitucionales algunos de los preceptos de la LOEX o determinando la infracción no sólo de esta norma sino también de los compromisos internacionales en casos concretos-. Nos remitimos a toda la jurisprudencia citada en el capítulo quinto, para no resultar reiterativos.

construcción legal de un estatuto para discriminar en derechos a personas por el solo hecho de encontrarse en situación de irregularidad administrativa. Esto es, por medio de las normas de extranjería -cuyo mejor y más cercano ejemplo es la española- se institucionaliza un proceso de vaciamiento del marco protector de derechos humanos que, por un lado, la Convención -y únicamente para los Estados que la han ratificado-, y el Derecho internacional, por otro, han venido desarrollando, estableciendo y protegiendo principalmente durante el siglo XX.

Cuando el criterio *de rechazo*³ y de *institucionalización de la discriminación* se basa en motivos de seguridad nacional u orden público resulta difícil argumentar en contra del mismo -precisamente por la indeterminación jurídica de ambas expresiones-. En todo caso, tal criterio puede ser sustentado y rebatido jurídicamente con base en la ponderación de derechos, que en cualquier caso conllevará un riesgo al abandonar tal ponderación a un más que probable juicio de valores, pues finalmente quienes interpretamos las normas y su aplicación somos personas. Sin embargo, los principios de necesidad y de proporcionalidad han de regir la determinación de estos criterios, por lo que al menos jurídicamente podremos enfrentarnos a los mismos a pesar de su difícil definición.

Sin embargo, cuando los argumentos para determinar la existencia y permanencia de la situación de irregularidad son la situación nacional de empleo o la homogeneidad nacional su discusión resulta más sencilla. En el primer caso, las cuestiones laborales son meros criterios económicos que los propios mecanismos convencionales de Naciones Unidas han considerado poco justificables a la hora de no respetar derechos -ya hemos mencionado anteriormente la respuesta de la OIT a España, como ejemplo-; no obstante, ha de diferenciarse entre la falta de respeto -inadmisible y, por tanto, susceptible de ser reclamada judicialmente- y la determinación de criterios más restrictivos con el fin de garantizar los derechos a toda persona o, en sentido contrario, lo que el PIDESC permite: la adopción -menor o mayor- de medidas para hacer efectivos los derechos de acuerdo con los recursos

³ Hablamos de *criterios de rechazo* para referirnos a los motivos esgrimidos por los Estados para rechazar el reconocimiento de la situación de regularidad a ciertas personas, sea esta negativa producida en el rechazo en frontera -es decir, en el impedimento de la entrada de la persona en el territorio del Estado- o aquella que se da dentro de la jurisdicción del mismo al no reconocer una situación de regularidad a quien se encuentra en dicho territorio.

disponibles -incluyendo las medidas legislativas-. En cuanto a la homogeneidad nacional resulta hasta tal punto un argumento racista y xenófobo que basta para rebatirlo la remisión al texto de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial -y como ejemplo, los numerosos informes que su Comité ha aprobado-. En ambos casos la determinación será más sencilla y su confrontación también.

2. Una noción inestable

Partiendo de la premisa de que tratamos de una construcción legal, nuestro siguiente aspecto a considerar es que tal proceso de construcción se produce con base en una noción inestable que evidencia la falta de control absoluto por parte del Estado de dos elementos de la soberanía de éste: el territorio y la población.

Los Estados han participado en la elaboración y el desarrollo de un estatuto de migrante en situación irregular. Por un lado, lo han hecho en la arena internacional redactando y, en su caso, adhiriéndose a tratados relativos a la migración y a la propia Convención. Por otro lado, en el plano nacional, han basado su labor al respecto en los conceptos de nacionalidad y de frontera, ligados ambos a la concepción de soberanía.

Como hemos referido ya, las normas internas reguladoras del fenómeno migratorio cambian y lo han hecho con frecuencia en las últimas décadas -claro ejemplo de ello es el caso español⁴-. La *inestabilidad* de las normativas ofrece una inseguridad jurídica respecto a quién es considerado regular o irregular y, en consecuencia, qué derechos posee como titular. Son los Estados los que delimitan jurídicamente quién “disfruta” del estatuto de migrante en situación irregular y lo hacen, asimismo, mediante reformas, derogaciones o nuevas normas, sin tener en cuenta cuestiones personales que van más allá de la mera tenencia de “papeles” -esta

⁴ Basta ver el encabezado de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Esta ley ha sido modificada, como el título de su versión consolidada indica, por las Leyes Orgánicas 8/2000, 11/2003, 14/2003, 2/2009, 10/2011 y 4/2013, el Real Decreto-Ley 16/2012 y la sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de enero de 2013.

volubilidad ya la recogimos en el capítulo quinto al hablar del concepto de irregularidad-. Es, por tanto, la noción de irregularidad una noción inestable.

Por otra parte, no es menos cierto que estas normas internas a menudo contradicen mandatos anteriores. Ello es debido, por ejemplo, a cambios gubernamentales -en los que cambia el color del partido gobernante o su representación en las cámaras legislativas⁵ o se produce algún hecho de enorme relevancia⁶-, y en tal caso la inseguridad jurídica crece debido fundamentalmente a la falta de consenso. Las normas, de este modo, envían a la irregularidad a las personas por el insignificante, pero de gran calado, detalle de modificar algún aspecto de la norma. Queda patente con este hecho que es la ley la que -mediante nueva regulación, reforma o derogación- delimita un estatuto de migrante en situación irregular, aun cuando así contradiga lo dicho poco tiempo atrás, modificando los requisitos y/o condiciones que para aquel se precisan. Se evidencia igualmente, con más claridad en el derecho migratorio que en otras disciplinas, el divorcio del derecho frente al hecho, pues las circunstancias personales se ven alteradas por la mera modificación de una norma y ésta no tiene en consideración aquéllas a la hora de ofrecer un marco regulador apropiado y persistente.

Pero, retomando la cuestión de la soberanía como fundamento de la construcción legal, con base en una noción inestable, de migrante en situación irregular, hemos de fijar la atención en por qué los Estados no ratifican la Convención -u otros Convenios relevantes, como el número 143 de la OIT-. La primacía de la soberanía del Estado fue una cuestión polémica en el seno del Grupo de Trabajo desde un principio y, aunque clara y lógicamente los Estados debían defender la misma, unos países optaron por una posición más abierta y otros por una más restrictiva respecto a tal concepto. En el primer borrador, ya se recogía una cláusula definatoria de soberanía:

⁵ De nuevo el ejemplo español es adecuado para mostrar tal hecho: En enero del año 2000 se aprobó la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, bajo gobierno del Partido Popular, pero con el consenso de varios grupos parlamentarios, entre ellos el partido mayoritario de la oposición, el Partido Socialista Obrero Español. Ese mismo año hubo elecciones con el resultado de mayoría absoluta para el partido que gobernaba y en diciembre del año 2000, apenas superados los 11 meses de vigencia, el Partido Popular reformó la LO 4/2000.

⁶ Ya recogimos en el capítulo primero alguno de estos hechos, como fue el caso de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos de América.

“Sovereignty clause: right of each State to determine the criteria for the admission and residence of migrant workers and their families and their authorization to work (...) and, as a matter of consequence, rights to expel illegal/undocumented migrant workers and obligation of the country of origin to accept them back”.

La expulsión debería darse de acuerdo a los derechos laborales y garantías procesales y al compromiso de cooperación sugerido en este borrador⁷. Evidentemente, no tenía sentido recoger en una Convención específica una definición que corresponde, y ya aborda, el Derecho internacional. Por ello, el texto recoge una referencia más específica relacionada directamente con la materia objeto del mismo: el encuentro entre el Estado y la persona migrante, la admisión.

Al respecto, Estados Unidos de América declaró abiertamente al Grupo de Trabajo que deberían tenerse en cuenta, más allá del examen del Preámbulo, las siguientes consideraciones:

“(1) the obligation of migrant workers, however defined, to comply with the laws and regulations of both States of origin and receiving States; (2) the sovereign right of every State to determine and apply its own immigration laws and policies concerning admission to its territory; (3) the question of the obligations of States of origin to co-operate with the labour and immigration authorities of States of destination, to take measures to monitor and regulate the movement of migrant workers”⁸.

Esta “declaración” fue apoyada por Holanda y muestra, por una parte, cuestiones obvias en relación con la regulación migratoria como la obligación de respetar las normas del país de acogida o el derecho soberano de determinar las normas migratorias. Sin embargo, por otra parte, evidencia la falta de voluntad por parte de algunas de las delegaciones -y en concreto de estos países y los que apoyaron tesis próximas- de ofrecer una posibilidad al consenso respecto a un marco internacional que regulara una cuestión internacional como es la migración. El delegado estadounidense no perdería oportunidad de manifestarse en este sentido en toda ocasión que así tuviera, y, en 1988, en la discusión final del segundo borrador,

⁷ UN Doc A/36/378, anexo IX, pág. 6. Este recoge la propuesta de un primer marco de estructura para la Convención. La parte aquí transcrita fue recogida de las aportaciones de Argelia, México, Paquistán, Turquía y Yugoslavia, anexo 1 del mismo documento.

⁸ UN Doc A/C.3/36/10, pág. 8, parágrafo 29.

manifestó con absoluta claridad que su delegación entendía que el artículo adoptado - refiriéndose al artículo 79- reafirmaba: “the well recognised principle that all States have the sovereign right to adopt and enforce their own immigration policies”⁹. Entendía esta delegación que el concepto de “admisión” en el texto era amplio y englobaba tanto los términos y condiciones por los que los trabajadores migrantes y sus familiares podían entrar y permanecer en su país como aquellas condiciones que podían generar su expulsión.

Si, por un lado, se manifestaba esta posición centrada en la prerrogativa estatal por encima de cualquier otra disposición, había, por otro, una posición más abierta, en la que el concepto de soberanía era entendido con los límites del respeto a los derechos humanos de los migrantes con independencia de su situación administrativa. Así, la referencia a la “situación legal y el trato que se les dispense como trabajadores migratorios y familiares de éstos” debía entenderse que no privaba a los migrantes que se hallaran en situación irregular de la salvaguarda de sus derechos humanos¹⁰. En este sentido, cabía argumentar que no era necesario incluir una disposición como tal en el texto de la Convención, puesto que las cláusulas que afectaban a derechos humanos fundamentales no requerían de tal compromiso expreso, pues ya vinculaban a todos los Estados.

La cuestión que, a nuestro modo de ver, tal debate suscitaba era que mientras unos Estados defendían el concepto de soberanía en un sentido casi arcaico, otros consideraban el mismo en un sentido más limitado, y siempre condicionado al estándar mínimo internacional. Aquéllos ponían -y ponen, a tenor de los marcos normativos que podemos conocer- los derechos humanos bajo un prisma restrictivo, hasta tal punto que no se reconocen ni se respetan para aquellas personas que se

⁹ UN Doc A/C.3/43/1, pág. 5, párrafo 13. También apoyarían esta posición, Francia y Canadá. El delegado francés expresó que Francia entendía el concepto de manera amplia, de tal modo que todas las materias relacionadas con las situaciones legales y su tratamiento estuviera sujeto a lo dispuesto en la Convención sólo si así era establecido, ídem, párrafos 14-15.

En sentido contrario se manifestaría Suecia -apoyado por Cabo Verde y Argelia- entendiendo que la inclusión de tal provisión “could undermine the other provisions of the Convention and this gave particular concern as the Convention lays down fundamental human rights, which always have to be respected by all Status”, ídem, párrafos 11 y 20.

¹⁰ Así se manifestó Finlandia, UN Doc A/C.3/43/1, pág. 5, párrafo 16. Esta vía sería apoyada por otras delegaciones, como la sueca, ídem, pág. 6, párrafo 20.

encuentran en situación irregular¹¹. Ambas posiciones parecían irreconciliables y, de hecho, que las mostremos aquí en dos grupos claramente diferenciados se debe a que no existían zonas grises entre ambos, lugares comunes que algún otro Estado pudiera asumir como vía intermedia. De tal modo, la solución que en el Grupo de Trabajo se dio fue la de incluir el artículo 79 que evidenciaba la necesidad de matizar y modernizar la clásica acepción de soberanía del Estado y también de recoger esta referencia en la Convención, como muestra del recordatorio necesario que algunos Estados precisaban en aras de respetar y proteger los derechos humanos de los migrantes.

No obstante, la Convención reitera el compromiso que deben tener los Estados en terminar con la situación de irregularidad, tanto en el Preámbulo como en los artículos 68 y 69, sin embargo, ello parece contradecir lo declarado en el artículo 35, que nada de la Convención se interpretará en el sentido de implicar una regularización. Bien es cierto que en ese mismo artículo 35 se establece que nada menoscabará tampoco las medidas previstas en la Parte VI, que incluye aquellos artículos 68 y 69. Por lo tanto, la misma Convención es testigo de las incongruencias que el concepto de soberanía genera, sobre todo, si al concepto anticuado de la misma nos remitimos. La paradoja reside en que, por un lado, el Estado ve relativizada su soberanía por las obligaciones de derechos humanos que le ha generado el Derecho Internacional -en algunos casos, simplemente de no ingerencia- y, por otro lado, el Estado ha de intervenir para hacer efectiva la protección de los derechos humanos y su disfrute por todos. La Convención, como tratado de derechos humanos, es testigo de ese contrasentido. Las obligaciones que pueda generar el texto de cara a hacer efectivos algunos derechos pueden ser la razón de muchos Estados para evitar vincularse al mismo, sin embargo, el respeto y la protección de los derechos humanos son, ya no funciones, sino fines del propio Estado en una

¹¹ Hablamos de normativas tan restrictivas, sobre todo en el control de fronteras, que llevan a la muerte a muchas personas. Véase el Informe presentado por la Relatora Especial a la CDH, Misión a la frontera entre México y Estados Unidos en 2002, E/CN.4/2003/85/Add.3, 30 de octubre de 2002.

comunidad internacional en la que garantizar los derechos de las personas bajo su jurisdicción y el bienestar del Estado implica la esencia del mismo¹².

La existencia del Estado, manifiesta en el principio de soberanía, se escenifica en la defensa de su territorio y su población, es decir, definiendo quien traspasa sus fronteras y puede formar parte de aquel. Sin embargo, consideramos que el Derecho ha avanzado suficientemente en las últimas décadas evolucionando tal acepción en una noción moderna de soberanía donde las prerrogativas del Estado queden limitadas, pues ha de existir una extrema prudencia en valorar los intereses colectivos frente a los individuales¹³. En este sentido, el Estado no puede olvidar que una población y un territorio son sus elementos esenciales –junto al poder político–, y que ambos son modificables no necesariamente por ley, sino por el mero hecho de las circunstancias históricas y sociales, entre otras. Así, el territorio de los Estados ha seguido modificándose a lo largo de la Historia, fuera por conquistas, acuerdos o escisiones –tégase presente la disputa existente entre Reino Unido y Argentina por las Islas Malvinas, o la reciente independencia de Sudán del Sur–. Del mismo modo, la población es un elemento abstracto que se modifica día a día, por medio de nacimientos, defunciones, emparejamientos y, por qué no, del establecimiento de personas de otros lugares. En este sentido, no decimos que estén afectando al concepto de soberanía del Estado sino al Estado como tal; conforme éste varía y evoluciona, deben hacerlo asimismo las normas que lo rigen.

Nuestro recorrido histórico y normativo ha puesto en evidencia las políticas restrictivas migratorias y el reaccionario concepto de soberanía. Legitimados el control migratorio de entrada y el rechazo en frontera en condiciones extremadamente restrictivas, nos preguntamos hasta qué punto esa legitimación es justificable teniendo en cuenta que los criterios de rechazo no resultan de una fortaleza tal que

¹² Sobre los límites, las obligaciones y la innovación que los tratados de derechos humanos imponen a los Estados véase CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 2001, 186 p.

El profesor Carrillo nos recuerda que “[e]l principio del consentimiento de los Estados soberanos, como base de las obligaciones jurídicas que para los Estados partes derivan de los distintos tratados multilaterales, *no desaparece sin embargo, a pesar de que indudablemente resulte atenuado y corregido*. La soberanía de los Estados, en efecto, no queda desplazada por la existencia de esta amplia red de tratados multilaterales, universales y regionales”, op. cit., pág. 96.

¹³ Véase ALEXY, Robert (2001), *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 607 p.

ponderen los intereses estatales -no ya siquiera los colectivos- frente a los individuales. La duda es de ardua resolución y aspiraríamos demasiado si consiguiéramos resolverla, pero en nuestra opinión no es factible una política migratoria que puede condenar a situaciones aberrantes, cuando no cercanas a la esclavitud, por medio de normas continuamente cambiantes a personas bajo la única circunstancia de no poseer una autorización administrativa.

El control de la migración irregular se ejerce por los Estados en tres momentos temporales. A priori, los Estados tienen la prerrogativa de prohibir la entrada a aquellas personas que consideran no admisibles, ya hemos mencionado la volatilidad de los criterios que determinan esa prohibición. Los Estados también controlan la irregularidad mientras la persona se encuentra en su territorio, para ello la denegación de derechos es la manifestación de cómo puede dificultarse la estancia y de cómo se legitima una situación inhumana en muchas ocasiones, donde los derechos de los migrantes en situación irregular no son reconocidos tal y como un estatuto jurídico internacional -independiente de la Convención- les obliga. A posteriori, los países se han empeñado en considerar la expulsión o el retorno forzoso como la vía de solución más común, cuando la cuestión fronteriza va más allá de lo que un único Estado puede abarcar. Así, la externalización de fronteras en la Unión Europea ha dado lugar a limbos legales, en los que las personas son repatriadas a “terceros países seguros”.

Por último, el paradigma de esta noción inestable que aquí hemos considerado, es la irregularidad sobrevenida -que lejos de estar en las manos de los propios migrantes, en muchas ocasiones se debe a errores o negligencias de las administraciones o desconocimiento por ellos mismos, si bien en otras ocasiones se debe a la acción u omisión del propio migrante-, pues de repente una persona deja de tener reconocidos y, por tanto, de disfrutar derechos de los que previamente disponía. La inseguridad jurídica que ello genera resulta contradictoria con el objetivo final de las normas y ante ello la solución más viable y digna es la regularización inmediata que ponga fin a tal despropósito. Tal disparate nos lleva al último elemento de nuestra concepción de estatuto jurídico: el condicionamiento del disfrute de los derechos humanos por medio del mismo.

3. Una condición para no disfrutar de derechos

El hecho de que frecuentemente los ordenamientos nacionales establezcan criterios diferentes entre sí respecto a la irregularidad impide una aproximación a una noción válida universalmente. El resultado final de esta falta de acuerdo es que en los escasos ejemplos de acercamientos -caso de la Unión Europea¹⁴- el resultado es siempre de restricción de derechos y de creciente dificultad a la hora de reconocerlos. La heterogeneidad entre ordenamientos lleva inevitablemente pues a condicionar el disfrute de derechos humanos, bajo criterios nacionales en ocasiones contrarios al Derecho Internacional¹⁵. Éste es el punto en el que la Convención ha centrado sus esfuerzos, no obstante, su Preámbulo así lo declara:

“[C]onvencidos por tanto de 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,...

Considerando también que la práctica de emplear a trabajadores migratorios que se hallen en situación irregular será desalentada si se reconocen más ampliamente los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios...

Convencidos, por ello, de la necesidad de lograr la protección internacional de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, reafirmando y estableciendo normas fundamentales en una convención amplia que tenga aplicación universal”.

Tiene, por tanto, la Convención el firme propósito de reconocer a los migrantes en situación irregular un mínimo de derechos humanos que, aunque ya recogido en otros tratados y consuetudinariamente, se ven aquí más claramente definidos y agrupados. El hecho de que los Estados no quieran adherirse al texto

¹⁴ La progresiva armonización comunitaria respecto a cuestiones de Interior y Justicia ha llevado, a su vez, a la progresiva generación de un ordenamiento comunitario respecto a la inmigración y al asilo. Este creciente marco pretende, entre otros objetivos, armonizar los ordenamientos nacionales. Si bien ello se realiza generalmente mediante el mínimo común denominador.

¹⁵ Como ejemplo, la reforma introducida en España, por medio de un Real-Decreto, que afecta directamente al derecho a la salud. Véase el apartado 1.3.c de la parte II del capítulo quinto.

implica la confirmación de una falta de compromiso a vincularse a ese catálogo que, aunque mínimo, resulta claro.

De tal modo, se nos presenta la cuestión de cómo casar normas tan divergentes en los diferentes países y la Convención intenta ofrecerles una respuesta. Resulta evidente que la Convención no ha podido llegar tan lejos, pero que en cierto modo quería establecer las bases para ello, por medio de una codificación cristalizadora -aunque no existió en el Grupo de Trabajo un consenso al respecto-, con unos principios básicos y unos derechos humanos a respetar por todos los Estados. Por una parte, la Convención obliga únicamente a aquellos países que la han ratificado, pero, por otra, es indudable la intención y su definitiva pertenencia al conjunto de tratados de derechos humanos principal en el marco de las Naciones Unidas, por lo que se corrobora su valor codificador. En cuanto tales son tratados que pueden crear, consolidar o reconocer normas consuetudinarias.

Teniendo presentes los compromisos que los Estados toman en relación con otras cuestiones, tales como la libre circulación de capitales o de mercancías en el espacio europeo, por ejemplo, resulta de difícil comprensión que la libre circulación de trabajadores, de personas en general, no pueda ser asumida, más si cabe cuando así está declarada en algunos tratados¹⁶. Resultaría ocioso extendernos en explicar la globalización económica contemporánea, que ya hemos referido en diversos puntos de nuestro trabajo, pero valga hacer una mención a las consecuencias inmediatas de la misma. La desigualdad y la pobreza mundiales son causa directa de la explotación de recursos naturales y humanos de los países desarrollados a lo largo de la Historia, pero especialmente en la Edad Contemporánea. La expoliación de materias primas, la explotación de la naturaleza, las guerras inducidas para obtener ambos, son cuestiones que no pueden dejarse de lado al tratar la cuestión migratoria por dos motivos. El primer motivo es que en consecuencia se ha debilitado la economía nacional de los países no desarrollados, al menos de sus poblaciones, pues sabemos de las extremas desigualdades en aquellos países. Y ello aboca a gran parte de la población a buscar otros medios de subsistencia aunque ello suponga tener que abandonar el propio país, por tanto su decisión de migrar no es tan voluntaria como

¹⁶ Tratado de la Unión Europea, como ejemplo a nivel regional. PIDCP y DUDH, a nivel internacional.

algunos quisieran creer, sino que las circunstancias sociales, económicas y, finalmente, personales, no permiten otra alternativa. El segundo motivo es que resulta una completa irresponsabilidad por parte de los Estados que gracias a ello se han enriquecido abandonando a su suerte a las naciones explotadas. Sin ánimo de caer en un discurso fácil y/o populista, pero con la conciencia clara de que todo acto tiene una consecuencia, en un mundo pretendidamente globalizado las responsabilidades de los desastres económicos, sociales y ecológicos también han de ser compartidas -y en ello no se puede obviar las élites gubernamentales y/o económicas de los países de origen que también aprovechan las circunstancias para enriquecerse de modos poco transparentes, en muchos casos bajo corruptelas y tiranías; que si se hacen más evidentes que las de los países de destino es simplemente por la disparidad socioeconómica con sus conciudadanos, o más bien por el abandono completo de las necesidades básicas de éstos-.

Los Estados en la actualidad se han lavado las manos ante un panorama mundial generado por ellos mismos y ahora pretenden seguir centrados en sus problemas internos, como si los problemas globales no les correspondieran. En definitiva, la solución a los procesos migratorios en condiciones de irregularidad sólo puede conseguirse por medio de una conjunción de todos los Estados, de origen y de destino, cuyas intenciones y medios deben ir dirigidas a ofrecer la libertad, la justicia y la paz en el mundo que “tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” -Preámbulo de la DUDH-.

II. Valor del estatuto jurídico internacional

“(12) Having observed that the status and rights of aliens have not been established clearly everywhere and that, among those rights, the fundamental rights of migrant workers have not been duly protected.

(13) Considering, therefore, that the fundamental human rights and labour rights of all migrant workers and their families, including the rights of undocumented workers, who are even more

defenceless because of their irregular status, require appropriate protection at the international level”¹⁷.

Aunque estas son las palabras de punto de partida del Grupo de Trabajo en 1981 y, por tanto, quedaba mucho trabajo por delante para elaborar un texto con la forma y el contenido de tratado internacional de derechos humanos, sirvan de punto y aparte a lo que, claramente, tenía la intención de ser un estatuto jurídico, que viene seguido por los derechos que lo conforman:

“(14) Convinced, therefore, of the urgent need to establish a universally applicable juridical framework containing the basic standards that must be applied to preserve the integrity of the fundamental human rights and labour rights of migrant workers and the basic rights of their families,

Have agreed on the following articles:”¹⁸

El texto de la Convención, que de ahí parte, establece lo que consideramos un estatuto jurídico de migrante en situación irregular, puesto que establece un régimen jurídico determinado en consideración a la condición personal de irregularidad del migrante. La Convención hace una relación de un mínimo de derechos humanos que han de ser respetados y protegidos para toda persona. Y su valor jurídico reside en la definición de los mismos y de los principios que han de regir las políticas y normativas migratorias a nivel mundial.

Evidentemente, como hemos señalado, los problemas no son pocos y provienen mayormente de la reticencia de los Estados a reconocer un estatuto que, por otra parte, se encuentra disperso en los tratados internacionales de derechos humanos. En este sentido, entendemos que el valor jurídico del mencionado estatuto se reduce considerablemente al remitir la definición de quien se considera regular o irregular a los Estados por medio de sus normas. Estas normas cambiantes, contradictorias y divergentes albergan una construcción legal de un estatuto jurídico que supone una noción inestable que condiciona el no disfrute de los derechos humanos. Los Estados, de manera vacilante y eventual, delimitan la separación entre regularidad e irregularidad, lo que conlleva el reconocimiento o negación de

¹⁷ UN Doc A/36/378, *Measures to Improve the Situation and Ensure the Human Rights and Dignity of All Migrant Workers*, New York, 1981, anexo I, pág. 3.

¹⁸ UN Doc A/36/378, *Measures to Improve the Situation and Ensure the Human Rights and Dignity of All Migrant Workers*, New York, 1981, anexo I, pág. 3.

derechos conforme al estatuto referido con una inseguridad jurídica para la que el Derecho Internacional no parece tener respuesta. Definitivamente, la soberanía de los Estados en este punto supone la asunción de la delimitación de tal separación y la Convención únicamente puede, y es lo que hace, establecer qué derechos se reconocerán a quien se considere migrante en situación irregular conforme a la normativa nacional. Retomando la cuestión, el valor se reduce al constatar la negativa de los Estados a ratificar el texto a pesar de que permanece en sus manos la decisión más relevante -desde su perspectiva: quién será considerada persona en situación irregular.

En este sentido, no cabe más que reclamar un respeto absoluto de los derechos humanos de toda persona con independencia de su situación administrativa, a sabiendas de que lo que planteamos llevaría a derogar numerosas normativas nacionales de extranjería que precisamente discriminan a las personas migrantes bajo una perspectiva en muchas ocasiones xenófoba. Sin embargo, ello sería lo deseable, teniendo presente el estatuto jurídico internacional de migrante en situación irregular -como insistimos, reconocido por numerosas normas, no sólo por la Convención-.

Pero aquella pregunta sobre la validez del estatuto jurídico nos lleva más allá: si el objetivo de reconocer un estándar mínimo de derechos no se cumple, ¿qué sentido tiene reconocer un estatuto jurídico?; es más, con independencia del reconocimiento de derechos a las personas y de obligaciones a los Estados, ¿qué propósito logramos institucionalizando la discriminación? Pues, en definitiva debemos plantearnos si es justificable y razonable la regulación de un estatuto de migrante en situación irregular. Creemos que esta pregunta es la clave a nuestra hipótesis, ya que es necesario anteponer la dignidad humana de todas las personas a cualquier razonamiento interesado en defensa de una restricción de derechos. Resulta contradictorio en los términos hablar de derechos humanos que no corresponden a todos los seres humanos, y partimos de la DUDH y del Programa de Acción y de la Declaración de Viena de 1993, para reafirmar nuestra posición, en cuanto que la universalidad, indivisibilidad e interdependencias allí proclamadas no pueden verse ahora vapuleadas por meros intereses particulares.

Es más, como hemos venido mencionando, no es sólo una cuestión de restricción de derechos, sino también de una falta de criterios claros de rechazo a los migrantes en situación irregular, por lo que la lucha contra la migración irregular se convierte en una absurda ausencia de argumentos ponderables y una existencia de otros argumentos mucho más cuestionables. Éstos son el rechazo por criterios económicos -principalmente la situación nacional de empleo-, la seguridad nacional o el orden público -que pudiendo ser el único criterio con sustento jurídico no resulta razonable porque no se define en ningún momento qué aspecto de la seguridad nacional o del orden público podría poner en peligro una persona migrante en situación irregular-, o la homogeneidad étnica -que por su esencia claramente racista no es defendida de manera abierta más que por partidos xenófobos de corte fascista-. Consideramos, por ende, que la lucha contra la migración irregular no puede darse en el plano del rechazo y del no respeto a los derechos humanos, sino en la facilitación de la mejor y más amplia manera posible de la realización del proceso migratorio en condiciones de regularidad.

Partamos de tres ángulos para abordar esta cuestión: el valor del estatuto jurídico internacional frente al ser humano; el valor del mismo frente a la comunidad internacional; y su valor frente a los ordenamientos nacionales.

1. Valor del estatuto frente al ser humano

En relación con el valor del estatuto frente al ser humano, en general, y el migrante, en particular, la disyuntiva que se plantea es si el reconocimiento de un mínimo de derechos humanos compensa esa categorización de segunda, incluso de tercera, que se da a las personas que se encuentran en situación irregular. Es decir, nos preguntamos si beneficia en algo ese estatuto a los migrantes en situación irregular.

La posibilidad de ser migrante en situación irregular implica la constatación de un fracaso de las políticas migratorias -y con ello incluimos tanto a países de origen como de destino, pues todos ellos son responsables de un fenómeno de carácter global por sus causas y sus circunstancias-, que no son capaces de gestionar

los flujos migratorios de tal modo que cualquier persona que migre lo haga por verdadera voluntad y no por necesidad, por un lado, y que se ofrezcan mecanismos para que tal migración se realice de manera ordenada, con base en un procedimiento regulado que impida su abocamiento en una situación administrativa que en nada les favorece. Por tanto, es difícil defender que en algo beneficia a una persona permanecer en una situación de irregularidad y más difícil todavía poder imaginar que alguien desee permanecer en la misma.

En relación con este valor, hemos de reflexionar que la persona migrante en situación irregular puede ser infractor de una norma y, por tanto, ser sancionada en el ámbito administrativo o condenada en el ámbito penal como cualquier otro ciudadano de un Estado. Sin embargo, la mera situación administrativa de irregularidad no es un delito, aunque en algunos países así se haya venido a regular, dado que no hay un bien jurídico relevante que violen. La persona que migra por necesidad de un trabajo -u otros motivos- y los familiares que lo acompañan no son por definición delincuentes y, por ende, no han de ser tratado como tal por la norma¹⁹.

Por otra parte, en muchas ocasiones, la persona migrante en situación irregular es una víctima. Puede serlo de organizaciones criminales, siendo víctima de tráfico o de trata, pero también puede serlo de las condiciones indignas que se le ofrecen como solución de vida en su país de origen. En este sentido, no cabe discusión en que el migrante en situación irregular es un ser humano y tal condición es la que pretende hacer valer con el hecho de migrar, que lo haga en condiciones de irregularidad no es más que una consecuencia del perverso sistema circular que rodea todo el proceso migratorio, desde las pésimas condiciones de vida en su país de

¹⁹ Remitimos de nuevo a las palabras de Carrera y Merlino: “There has been an incremental transition towards the use of criminal/penal law sanctions for individuals directly or indirectly involved in the irregular immigration process, including ‘third parties’ engaged in solidarity assistance. The EU has played a significant part in that transition”, CARRERA, Sergio; and MERLINO, Máximo, *Undocumented Immigrants and Rights in the EU Addressing the Gap between Social Science Research and Policy-making in the Stockholm Programme?*, Centre for European Policy Studies, December 2009, pág. 19.

Véase Groupe d'information et de soutien des immigrés, *Immigration, un régime pénal d'exception*, París, Gisti, 2004, pág. 91 y ss. También CHOLEWINSKI, Ryszard, “The Criminalisation of Migration in EU Law and Policy”, in BALDACCINI, A.; GUILD, E.; and TONER, H. (eds), *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Oxford, Hart Publishing, 2007, pp. 301-336.

origen, hasta las políticas de control fronterizo y de exclusión que encuentra en países de tránsito o destino. No resulta baladí hacer esta mención, pues tanto la comunidad internacional como los Estados parecen olvidar que ellos mismos son los que dotaron de un marco protector de los derechos humanos a toda persona. Pretender borrar todo ese marco vía real-decreto o ley orgánica en los ordenamientos internos resulta cuando menos contrario a lo recogido en el artículo 13 de la DUDH, en nuestra opinión²⁰, ello cuando no se menoscaba el estándar mínimo internacional. Y pretender ignorar, por parte de la comunidad internacional, la necesidad de seguir proclamando ese marco protector constituye un error histórico.

Por último, y no menos importante, la Convención muestra una grave deficiencia al no proteger a las personas migrantes en situación irregular de no ser perseguidas, detenidas y/o expulsadas por ser descubierta su situación al ejercer alguno de los derechos recogidos en la Convención²¹. Ya nos hemos referido a los temores surgidos en España a raíz de la noticia del acceso por agentes estatales²² a los datos del padrón, lo mismo ha ocurrido -como hemos señalado también- con el uso de los servicios sanitarios. Con base en el artículo 79 de la Convención se permite una amplia acción por parte de los Estados que puede conllevar, sin duda, el ejercicio de su derecho de exclusión al conocer la irregularidad en la que se encuentra una persona, más si cabe en conjunción con el deber de respeto de las normas recogido en el artículo 34 del texto. En este sentido, es lamentable la omisión de alguna referencia explícita que prohibiera a los Estados utilizar el conocimiento -descubrimiento- de la situación de irregularidad de una persona por el ejercicio

²⁰ Remitimos al análisis realizado respecto a este precepto de la Declaración Universal en el capítulo segundo.

²¹ BOSNIAK, Linda S., «Human Rights, State Sovereignty, and the Protection of Undocumented Migrants under the International Migrant Workers Convention», *IMR*, Vol. 25 (4), Center for Migration Studies of New York, 1991, pág. 760.

²² Personal directamente relacionado con extranjería, pero también policía, profesorado, personal sanitario, trabajadores sociales, personal de la administración, entre otros. Son los denominados por Schuck “crucial decision makers”, pues en su labor quizá no asumen la importancia de sus decisiones, pero la tienen, y además en muchas ocasiones sin control jerárquico superior, SCHUCK, Peter H., «Law and the Study of Migration», en BRETTELL, Caroline B.; HOLLIFIELD, James F. (eds.), *Migration Theory. Talking across Disciplines*, New York, Routledge, 2000, pág. 192.

legítimo de alguno de los derechos recogidos y reconocidos para la persona migrante en situación irregular en la Convención para expulsarla o sancionarla²³.

No obstante, el valor que el estatuto tiene para el ser humano está íntimamente relacionado con el creciente protagonismo del individuo como sujeto de Derecho Internacional. En la práctica, tal subjetividad se manifiesta en determinadas obligaciones -que generan su responsabilidad activa frente al Estado- y también en el disfrute de ciertos derechos -según su situación administrativa, en lo que nos atañe-. La Convención, en este sentido, pone de relieve la importancia que la subjetividad de la persona migrante, aunque ésta se encuentre en situación irregular, tiene en la comunidad internacional y en los Estados bajo cuya jurisdicción se encuentre, pues el fenómeno migratorio en sí mismo tiene un carácter internacional y humano, en cuanto a las relaciones que lo generan y los sujetos que intervienen respectivamente.

2. Valor del estatuto frente a los ordenamientos nacionales

El planteamiento al que nos llevan todas estas reflexiones prosigue con el valor que tiene el estatuto jurídico internacional frente a los ordenamientos nacionales. Los Estados proclaman su soberanía como justificación de sus políticas migratorias, esta cuestión es indudable²⁴, pero tal prerrogativa no es en todo caso absoluta al amparo el Derecho Internacional y si los Estados discriminan y establecen un estatuto inferior de ‘categoría humana’ debieran al menos justificarlo. El mero llamamiento al concepto de soberanía queda ya desfasado en un mundo en el que los Estados mismos se comprometen con base en aquélla y por medio del Derecho Internacional a diferentes obligaciones, no sólo en el plano de los derechos humanos, también en otras cuestiones.

²³ Es hasta cierto punto sorprendente que, sin embargo, en algunos procesos de regularización sí se dé ese tipo de privacidad sobre la información de la irregularidad previa. BOSNIAK, L., op. cit., pág. 760.

²⁴ “[I]f a state is not free to decide who will enter its territory according to its own criteria and to regulate the conditions of such ingress, it is severely impeded in its function as the governing authority of the territory in question”, FOURLANOS, Gerassimos, *Sovereignty and the Ingress of Aliens*, Stockholm, Almquist & Wiksell International, 1986, pág. 50.

El ámbito regional europeo es un claro ejemplo de ello, los Estados miembros de la Unión Europea se han comprometido desde los inicios de la integración europea a una cesión cada vez mayor de su soberanía. En realidad, tal cesión supone una unión que en algunos puntos ha podido ser hasta positiva -la libre circulación de trabajadores en el territorio de la UE es una muestra de ello²⁵- y, por ello, no debe verse como un problema la internacionalización de las cuestiones que, de otro modo, los Estados difícilmente pueden abarcar. La cuestión migratoria es una de ellas, pues su carácter netamente internacional aboca a ello. En tal sentido, la reserva de poder por parte de los Estados es justificable siempre y cuando se respeten unos principios básicos del derecho, como son el de proporcionalidad y el de no discriminación, y, por otro lado, la dignidad humana²⁶.

La Convención al reconocer un mínimo de derechos humanos compele a los Estados a respetarlos y protegerlos, sin obligarles a llevar a cabo procesos de regularización, pero asumiendo la necesidad de poner fin a las migraciones en condiciones de irregularidad por la vulnerabilidad que suponen. Hoy día el Estado, como ente cuyo pilar ha de ser la promoción de condiciones dignas y equitativas de vida a todos sus ciudadanos, ha de verse guiado por ese objetivo y no por el de intereses económicos, más bien, macroeconómicos, que en nada favorecen a la nación como tal y mucho menos a la comunidad internacional. El problema, ya discutido, es la falta de ratificaciones del texto por parte de muchos países, sobre todo de destino, que supone una ausencia de compromiso al respecto, lo cual es ciertamente preocupante considerando que como ocurre con el resto de mecanismos convencionales su fortaleza no es precisamente la efectividad en la aplicación del tratado y, por lo tanto, eso no debiera suponer un obstáculo para su adhesión al mismo. Tales cuestiones llevan a plantearnos si la vinculación y el compromiso en el respeto y protección de los derechos humanos ha de verse exclusivamente

²⁵ Nos lleva a la paradoja repetida de que existe libertad de circulación de mercancías, de capitales -en el ámbito europeo también de nacionales de los Estados miembros parte del Tratado de Schengen-, pero no de personas; la globalización económica, no vaya acompañada de la libertad de movimiento de las personas, la “globalización plena en materia de movimientos migratorios”. Véase Círculo de Empresarios, op. cit., pág. 5.

²⁶ Así lo ha señalado Amnistía Internacional en su último informe, en el que señala que hay demasiados gobiernos que cometen abusos contra los derechos humanos en nombre de los controles migratorios, sobrepasando las medidas legítimas de control de fronteras. Véase Amnesty International, *Annual Report 2013. The State of the World's Human Rights*, AI, 2013, 328 p.

condicionados por la ratificación de este tratado y únicamente en relación con los países de destino.

Las limitaciones propias del Derecho Internacional y de estos mecanismos convencionales implican en sí mismas un argumento, como acabamos de comentar, que no debiera disuadir de la ratificación del texto; texto cuyo aporte al Derecho Internacional de los Derechos Humanos sería la obligación respecto a algunos derechos novedosos, siendo el resto ya protegidos y amparados por otras normas. En este sentido, la pregunta que surge ahora es si los Estados deben ratificar o no la Convención.

En nuestra opinión, a raíz de las discusiones del Grupo de Trabajo, la pregunta nos lleva a ahondar en las razones que los Estados esgrimen para no ratificar el texto²⁷, más aún cuando además de participar en el Grupo de Trabajo apoyaron la Resolución que lo aprueba en el seno de la Asamblea General en 1990. Los países, sobre todo los occidentales, han visto en el texto, por un lado, un tratado marginal en comparación con el núcleo de derechos humanos y, por otro, un tratado demasiado detallado y ambicioso²⁸. Todo ello ha conllevado sus reticencias a adherirse al mismo²⁹. En cualquier caso, tampoco sorprende mucho la falta de ratificaciones cuando de por sí la cuestión migratoria tiene una cierta impopularidad - y así lo manifiestan la ausencia de adhesiones a otros textos relativos a la migración como los Convenios de la OIT o el Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante-. Taran ha señalado que los principales obstáculos señalados por los Estados para no ratificar los Convenios de la OIT eran: el número de migrantes en su propio territorio; la inestabilidad económica y alto nivel de desempleo, dando preferencia a los trabajadores nacionales; la falta de una infraestructura necesaria para aplicar la Convención y los costes que conllevaría; la

²⁷ Remitimos de nuevo al informe realizado por December 18 sobre las posiciones de los gobiernos y sociedad civil en la Unión Europea, December 18, Ratification of the UN Migrant Workers Convention in the European Union. Survey on the Positions of Governments and Civil Society Actors, December 18, December 2010, 99 p., disponible en www.december18.net

²⁸ Así lo manifestó, por ejemplo, el delegado holandés en el Grupo de Trabajo al cual entrevisté durante una estancia de investigación en 2005 en el Centre for Migration Law de la Universidad de Nijmegen (Holanda).

²⁹ PÉCOUD, Antoine; GUCHTENEIRE, Paul de, *Migration, human rights and the United Nations: an investigation into the low ratification record of the UN Migrant Workers Convention*, Ginebra, GCIM, N. 3, Oct. 2004, pág. 7.

no de consideración de la intervención de los gobiernos como la mejor aproximación; el rechazo al compromiso multilateral en materia migratoria; la complejidad de la normativa y la práctica migratorias y su continua evolución; y que estos Convenios ya no eran apropiados para las características de la migración internacional contemporánea³⁰.

Desde que se aprobó la Convención en 1990 y desde que entró en vigor en el año 2003, las circunstancias han cambiado considerablemente y de necesitar una considerable mano de obra en muchos de los países hemos desembocado en una situación económica global en la que el desempleo es elevado. Bien es cierto que no en todos los países se ha producido con el mismo dramatismo que en España, pero en general se ha desarrollado un cierto sentimiento de xenofobia auspiciado por temores infundados de miedo al terrorismo o a la reducción de recursos para asuntos sociales ligados a la migración³¹. Investigadores de otras áreas -economistas, politólogos, sociólogos³²- se han encargado de demostrar la falsedad de tales argumentos, puesto que la presencia de población migrante, como ya vimos en el primer capítulo de este trabajo, conlleva por sí misma más desarrollo social -más necesidad de educación, sanidad y otros servicios y, por tanto, más empleo, y más ingresos por cuanto pagan sus impuestos como los nacionales-. Sin que nos parezca, no resulta ocioso recordarlo de nuevo, que no es el desarrollo económico-social lo que creemos relevante por cuanto resulta ser un criterio utilitarista que no apoyamos, sino más bien el criterio humano de reconocimiento de la movilidad de las personas lo que debiera estar en el centro de toda política y normativa migratorias.

³⁰ TARAN, Patrick A., «Status and Prospects for the UN Convention on Migrants' Rights», *EJML*, Vol. 2 (1), Netherlands, Martinus Nijhoff, 2000, pp. 85-100.

³¹ La Red Europea contra el Racismo señala la equivocada vinculación entre personas de origen extranjero y el desempleo y la delincuencia que está presente en el discurso en el ámbito europeo, véase ENAR, *Hidden Talents, Wasted Talents? The real cost of neglecting the positive contribution of migrants and ethnic minorities*, European Network Against Racism, 2013, 48 p.

Asimismo Amnistía Internacional también ha criticado y denunciado la retórica del populismo xenófobo y llamado la atención sobre la situación de personas migrantes y refugiadas en el mundo en su reciente informe anual, señalando específicamente las políticas cada vez más restrictivas de la Unión Europea. Véase Amnesty International, *op. cit.*.

³² Remitimos al primer capítulo de este trabajo donde recogemos referencias a algunos de estos estudiosos como CARDONA; MANCERA, MORENO TORRES, OYARZUN DE LA IGLESIA; MOLINA SÁNCHEZ, MALGESINI; GIMÉNEZ, OLIVERES, o SOROS, entre otros.

Además, en este sentido, ha habido una cierta ocultación de la Convención y del valor que tiene: la facilitación de un camino a estrategias comunes en políticas migratorias y a un buen gobierno de éstas, el establecimiento de un marco común de derechos, que, por otra parte, no será inconveniente para aquellos países que ya los han introducido en sus normas y servirá de motivación para aquellos que no lo han hecho, pues no es un catálogo de derechos generoso, sino más bien básico -y por ello debiera ser respetado y amparado para toda persona³³. Son valores que echan por tierra los obstáculos manifestados por los Estados, fueran éstos políticos -incluyendo reticencias al sistema de Naciones Unidas o al respeto a los derechos humanos en algunos países³⁴-, financieros, administrativos, culturales o de seguridad. Si los Estados no han querido ni quieren ratificar la Convención se debe exclusivamente a una falta de voluntad política para ello, pues, como vemos, estos obstáculos son superables.

Las cuestiones técnicas o económicas no son razones suficientes para no implementar la Convención, pues del mismo modo se han vinculado los Estados a otros tratados que también les imponen obligaciones en ocasiones difíciles de cumplir. Esto no debe ser un argumento para ratificar la Convención y luego olvidarse de cumplirla, sino para recordar a los Estados que sus obligaciones van más allá de preocuparse del origen de las personas, sus obligaciones han de llevarse a buen fin por el bien de su nación y, para ello, muchos de los países han de evolucionar hacia un respeto cada vez mayor hacia los derechos humanos y lo que representan, entendiendo su compromiso internacional. Para ello es imprescindible facilitar la oportunidad de analizar el impacto de la Convención y, por tanto, ofrecer a los países argumentos para la adhesión, en ese ‘empuje’ al cumplimiento del respeto y protección de los derechos humanos son los países de destino, generalmente con sistemas de protección de los derechos humanos más desarrollados, los que tienen en su poder esa posibilidad. Y para ello, nada más simple que vincular sus relaciones bilaterales o multilaterales al cumplimiento de

³³ Asimismo no es desdeñable el valor didáctico que la Convención tiene y que los Estados debieran extender en el marco de posibilidad de acción, reforzando la educación de la población respecto a las medidas que se toman en relación con la migración, y en especial con la migración irregular. CHOLEWINSKI, Ryszard, *Migrant irréguliers: l'accès aux droits sociaux minimaux*, Estrasburgo, Council of Europe Publishing, 2005, pág. 20.

³⁴ PÉCOUD, Antoine; GUCHTENEIRE, Paul de, op. cit., pp. 13-15.

determinados requisitos -como se hace en el seno de la Unión Europea para ser país candidato a ser miembro de la misma y posteriormente para pasar a serlo-.

Hasta cierto punto, sería clarificador respecto al estatuto jurídico internacional que los Estados ratificaran el texto, así como resultaría un avance en relación con el concepto de soberanía, adaptándolo a la contemporaneidad de un mundo globalizado y equilibrando los intereses colectivos con los intereses individuales, puesto que no queda claro cuál es el derecho fundamental o bien jurídico nacional que pone en peligro o infringe una persona que migra. Por otra parte, las limitaciones ya referidas del Derecho Internacional y de los mecanismos convencionales, propias de una noción clásica de jurisdicción, que obvia la aplicabilidad de los derechos humanos si no existe un órgano jurisdiccional que así lo garantiza, no debiera impedir a los Estados obligarse por la Convención. Y, en este sentido, resultaría positiva la adhesión de todos los Estados que todavía no lo han hecho.

No obstante, cabe destacar la labor de los Estados que ya han ratificado el texto. Algunos de ellos, como México y Marruecos, juegan un papel importante en las relaciones con países de destino más importantes, como son Estados Unidos de América y la Unión Europea respectivamente, y su protagonismo como países de tránsito -además de serlo de origen y destino- conlleva que deban hacer visible la aplicación de la Convención como Estados vinculados a la misma. Estos dos países o Filipinas tienen un rol relevante también como importantes países de origen, pues la preocupación por sus nacionales en el extranjero podría también hacer destacable el valor de la Convención. En relación con los países de origen, además, no podemos obviar el compromiso que adquieren más allá de lo aquí referido, es decir, se vinculan a la Convención teniendo en perspectiva su condición de país de salida de personas migrantes, sin embargo han de ser conscientes que además adquieren ciertas obligaciones en la comunidad internacional y respecto a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. Sería descompensado e injusto reclamar a los países de destino que ratifiquen la Convención -cuando además en muchas ocasiones garantizan de manera más clara y eficiente los derechos humanos de los migrantes en situación irregular, pues son conscientes de que el estatuto internacional no se fundamenta únicamente en esta Convención- y no reclamar a los países que ya se han

vinculado a la misma el cumplimiento de su contenido. El principio de reciprocidad exigible por parte de los países de destino a los países de origen sería un “arma” útil y efectiva de cara al cumplimiento del mínimo aquí reconocido por parte de todos los países.

Por otro lado, en nuestra opinión, si el Estado falla en el control de sus fronteras³⁵, no puede tolerar la permanencia en una situación administrativa que supone una mayor vulnerabilidad de ser humano por la única razón de no ofrecer alternativa³⁶, no obstante, la migración irregular pone de manifiesto la divergencia entre el plano teórico -el principio de soberanía- y el práctico en un contexto mundial cambiante e interdependiente. Consideramos que el Estado, si no es capaz de ese control y tampoco lo es de repatriar dignamente a cada persona que considera ‘no invitada ni bien recibida’ en su territorio, ha de solucionar tal situación y para ello la única vía posible es la facilitación de la regularización de toda persona con el fin de evitar las circunstancias de esclavitud moderna que los migrantes en situación irregular sufren en la actualidad. Ello no implica en sí mismo una política de “puertas abiertas”, sino una facilitación, *a priori*, de la migración en condiciones de regularidad y una solución digna -vía regularización o devolución-, durante y *a posteriori* del hecho migratorio irregular.

Evidentemente, que el contenido de la Convención en nada implique la regularización es compatible con que se permita la misma. El fin último del artículo 69 es sin duda permitir a los Estados que tomen esa medida, la regularización, no como obligatoria, pues sería interferir en la soberanía de cada Estado, pero sí como posible y, por tanto, pueda y deba alentarse.

En definitiva, el reconocimiento universal de los derechos humanos resulta tautológico, no es necesario reiterar la propia universalidad de los mismos, ya que si no, no hablaríamos de ‘derechos humanos’ sino de ‘derechos ciudadanos’ o ‘derechos nacionales’. Por tanto, es necesario el abandono de la hipocresía en esta

³⁵ “By definition, their designation as “irregular” migrants or immigrants presupposes either the breach or the failure of national territorial borders”, BOSNIAK, Linda S., «Human Rights, State Sovereignty, and the Protection of Undocumented Migrants under the International Convention for the Protection of Migrant Workers and Members of Their Families», *IMR*, Vol. 25 (4), Center for Migration Studies of New York, 1991, pág. 742.

³⁶ Véase Amnesty International, *op. cit.*

cuestión y acceder al reconocimiento de tales derechos a toda persona. Creer que se está cediendo parte de soberanía o abandonando responsabilidades al abordar el fenómeno migratorio de manera multilateral -no sólo respecto a la Convención, sino a todas las cuestiones internacionales relacionadas- es un error: en primer lugar, porque no se produce realmente una cesión de soberanía sino una unión de objetivos entre los Estados con el fin de ofrecer soluciones a problemas comunes³⁷; en segundo lugar, porque el Estado no puede dejar de ser responsable de todas aquellas personas que se encuentran bajo su jurisdicción. La complicación surge en este siglo XXI en el que la soberanía lejos de residir en el poder constituyente, en el pueblo, reside en intereses espurios y el Estado como ente ha viciado, incluso perdido, la esencia y el sentido que muchos deseáramos.

La fundamentación jurídica de conceptos como el hermetismo del Estado se basa en una imposición de los poderes que queda lejos del alcance de los ciudadanos y esta cuestión está directamente relacionada con la acepción de democracia, que no podemos tratar con la dedicación que nos gustaría.

3. Valor del estatuto frente a la comunidad internacional

Recapitulando, el sentido de lo expuesto nos lleva a analizar el valor de dicho estatuto jurídico de migrante en situación irregular frente a la comunidad internacional. Partimos de las premisas, en Derecho Internacional, de los principios de igualdad de trato, de trato mínimo internacional y de reciprocidad³⁸, teniendo

³⁷ Es lo que el profesor Carrillo ha venido a denominar erosión o delimitación de la soberanía, CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, op.cit., ídem.

El TIJ ha declarado que “los Estados contratantes no tienen intereses propios; solamente tienen, por encima de todo, un interés común: la consecución de los propósitos que constituyen la razón de ser de la Convención”, aunque el TIJ estaba opinando sobre la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, “exportaba” su argumento a este tipo de tratados de derechos humanos. Opinión consultiva de la CIJ, de 28 de mayo de 1951, *Validez de ciertas reservas a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio*, *Recueil*, 1951, pp. 23-24.

³⁸ Principios recogidos por el profesor Del Valle en VALLE GÁLVEZ, Alejandro del «El Frágil Estatuto Internacional y Europeo del Inmigrante Irregular», en VALLE GÁLVEZ, Alejandro del; ACOSTA SÁNCHEZ, Miguel Ángel (eds.), *Inmigración irregular y derecho. VIII Jornadas Autonómicas de Derecho Internacional Humanitario*, Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2005, pág. 139.

presentes las discrepancias respecto al estándar mínimo internacional que recoge los derechos humanos fundamentales reconocibles a toda persona, de ahí la relevancia de nuestra pretensión de establecer un estatuto jurídico internacional con base en la Convención y en otras normas vinculantes. Dicho esto, la cuestión fundamental es si la Convención resulta suficiente para proteger los derechos humanos de los migrantes en situación irregular y si cumple sus objetivos primarios en el texto final³⁹.

La respuesta a ambas cuestiones se nos muestra negativa considerando el bajo número de ratificaciones del texto, por un lado, y las mutilaciones sufridas por el mismo durante todo el proceso de redacción, por el otro. La Convención aspiraba a una protección más clara de los migrantes en situación irregular, para lo cual consideraron en el Grupo de Trabajo necesario el reconocimiento de unos derechos humanos a toda persona, convencidos así de que eso disuadiría de la contratación de trabajadores irregulares y por tanto reduciría la migración irregular⁴⁰. La idea, presente desde el Preámbulo de la Convención, de combatir la migración irregular obtenía su preeminencia con la parte III de la Convención y limitar dicha parte -y por tanto el reconocimiento de derechos- a la migración regular hubiera supuesto un fracaso en lo que debe ser un objetivo clave, al menos en Derecho, poner fin a las situaciones de irregularidad evitándolas antes de que ocurran o facilitando su fin una

³⁹ Sería la OIT la que propondría en 1981 la necesidad de considerar en el texto de la Convención la garantía de derechos a todos trabajadores migratorios. “La extensión precisa de la protección a dar a las personas en situación irregular tendrá que ser determinada por el Grupo de Trabajo”. La aproximación puede darse de dos maneras diferentes: primera, la discusión de qué derechos han de ser reconocidos a todos los migrantes; segunda, alternativamente, se puede examinar, en conexión con cada disposición sustantiva, hasta qué punto debe aplicarse a personas en situación irregular así como a personas admitidas legalmente, UN Doc A/36/378, *Measures to Improve the Situation and Ensure the Human Rights and Dignity of All Migrant Workers*, New York, 1981, anexo II, pág. 2.

⁴⁰ Algunos autores rechazan el reconocimiento de estos derechos, limitándolos al mínimo posible, porque los migrantes no son parte del contrato social que vincula a la nación. Véase HENKIN, L., *The Age of Rights*, New York, Columbia University Press, 1990, pág. 47 y ss.

No obstante, entendemos que precisamente ese contrato social debiera ampliarse más allá de los nacionales, pues la participación en la vida pública de una nación ha de producirse por todos aquellos que en ella conviven como mecanismo no sólo de integración sino de desarrollo de la propia sociedad. Así se han manifestado también, en defensa del reconocimiento de derechos políticos a los migrantes, autores como Eliseo Aja y Laura Díez. Aleinikoff ha criticado precisamente la utilización de esas teorías sobre pertenencia a la comunidad nacional por su defensa de una excepcionalidad del derecho migratorio, ALEINIKOFF, T. A., «Citizens, Aliens, Membership and the Constitution», *Constitutional Commentary*, Vol. 7 (1), 1990, pág. 27 y ss.

vez se produce tal irregularidad, es decir, proporcionando vías de regularización⁴¹. La no ratificación por parte de los países de destino más frecuentes -y con mayores números relativos y totales de inmigración- dificulta este objetivo de la Convención y pone en dificultades su fin último respecto a la migración irregular: tomar las medidas necesarias para terminar con los movimientos en condiciones de irregularidad, favoreciendo los procedimientos que permitan migrar de manera regular.

Dicho esto, es necesario añadir que además de tales fracasos, no debe obviarse que la aceptación de la existencia de la irregularidad, como estatuto jurídico, resulta en sí misma una paradoja. En nuestra opinión, reconocer legalmente las lagunas de la regularidad es un absurdo irracional que se opone al sentido común, pero también a la opinión medianamente formada de la sociedad contemporánea. No puede escapársenos que el establecimiento de un estatuto inferior en derechos humanos contradice en sí mismo el mandato del Derecho Internacional, mientras se permita a los Estados conformar quién es y deja de ser migrante en situación irregular y en qué consiste ser migrante en situación irregular con base en una restricción de derechos humanos no se podrá seguir hablando de universalidad de los mismos, ni de interdependencia, ni de inviolabilidad. Entendemos que los Estados establezcan ciertos requisitos para la entrada regular en su territorio, sin embargo, si no está claro el criterio que los justifica, de rechazo o de expulsión de los Estados a las personas que se acercan a sus fronteras o que ya se encuentran en su territorio, no se respetará el principio de legalidad ni el de proporcionalidad y será reconocible un derecho de entrada.

⁴¹ Sin embargo, algunos autores han apuntado en contra de esta teoría, declarando que el reconocimiento de más derechos alentaría más violaciones de las fronteras territoriales del Estado, BERTINETTO, G., «International Regulation of Illegal Migration», *IM*, Vol. 21 (2), Oxford, Blackwell Publishers, 1983, pág. 199.

Si bien podemos estar de acuerdo con el argumento de estos autores respecto a un mayor control de aquellos que contratan irregularmente -y, por supuesto, de sanciones que disuadan esta conducta-, no lo estamos con el mayor control de fronteras que, además de haberse demostrado ineficaz en su propósito, conlleva la búsqueda de recorridos más peligrosos con el objetivo de entrar en el territorio de un Estado -ya nos hemos referido a estas peligrosas fronteras-. Véase GRANT, Stefanie, «Irregular migration and frontier deaths: acknowledging a right to identity», en DEMBOUR, Marie-Bénédicte; KELLY, Tobias (eds.), *Are Human Rights for Migrants? Critical Reflections on the Status of Irregular Migrants in Europe and the United States*, New York, Routledge, 2011, pp. 48-70.

Sin embargo, sin perder el optimismo, puede añadirse que la Convención supone un mérito por su mera existencia⁴², representa un acuerdo global, aunque limitado, único en el que se establece un grado mínimo de protección a los migrantes en situación irregular, deseable y preferible al mínimo común denominador que hubiera podido acordarse. En este sentido, ha de defenderse su validez como instrumento clave y como punto de partida en un momento histórico nada fácil para las personas que migran.

4. ¿Un estatuto jurídico internacional de migrante en situación irregular?

Reconocer al migrante en situación irregular, su existencia, su catálogo restringido de derechos, supone reconocer el fracaso de los Estados en regular la migración y en proteger los derechos humanos de toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción. Aceptar todo ello, aceptar un estatuto jurídico de migrante en situación irregular, en nuestra opinión, significa constatar, permitir y alentar un estatuto inferior -la diferenciación entre estatutos de las personas, categorías humanas- y estaríamos facilitando y haciendo perdurar una situación de desprotección y vulnerabilidad -ello teniendo presente en todo momento que las conductas criminales quedan al margen de tal protección, pues obviamente infringen las normas penales que sancionan con mayor dureza comportamientos mucho más graves que la mera no tenencia de una autorización administrativa-. Lo cual consideramos intolerable en la comunidad internacional en la que vivimos.

La admisión de la situación de irregularidad pone de manifiesto el vaciamiento de lo acordado por los países en 1948, primero -DUDH, artículo 13-, y en 1966, después -artículo 12 del PIDCP-⁴³. La libertad de circulación queda vacía si

⁴² PÉCOUD, Antoine; GUCHTENEIRE, Paul de, op. cit., pág. 22.

⁴³ URIARTE TORREALDAY, Roberto, «Algunas reflexiones críticas a partir de la jurisprudencia sobre inmigración irregular», *Revista de Derecho Político*, UNED, N.74, enero-abril 2009, pág. 297. El autor recoge una declaración del TC por la que afirma que “la inexistencia de declaración constitucional que proclame directamente la libertad de circulación de las personas que no ostentan la nacionalidad española no es argumento bastante para considerar resuelto el problema” -FJ segundo de la STC 115/1987-.

el derecho de salida de cualquier país no implica el derecho de entrada en otro⁴⁴. La limitación a tal derecho de entrada -admitida por la mayoría de la doctrina- sólo puede ser determinada por criterios muy claros y necesarios, proporcionales y compatibles con los derechos humanos, que no supongan una discriminación basada en el origen económico de la migración y, como ya hemos estudiado, con dos límites irrefutables, el derecho a la vida privada -y a la familia- y el principio de *non refoulement*. En todo caso, es incontestable el derecho a salir del propio país que conlleva la libertad de movimiento ejercida fuera de las fronteras nacionales, poniendo en duda el carácter privativo del territorio como condición del principio de soberanía, no renunciamos en consecuencia a afirmar que éste no ha de derivar arbitraria e ineludiblemente en el rechazo a la entrada de personas extranjeras en su territorio⁴⁵.

Interesadamente se ha creado un estatuto jurídico que institucionaliza la discriminación con base en la nacionalidad, esta discriminación no respeta los derechos recogidos en la Carta de Derechos Humanos, pues no todos ellos son reconocidos a los migrantes en situación irregular. Al dejar la delimitación del contenido de tal estatuto en manos de los Estados se genera una noción inestable, ya que los Estados pueden modificar sus criterios conforme a intereses a veces no demasiado claro, que no corresponden con los de la comunidad internacional. Por tanto, este estatuto establecido supone una condición para no disfrutar de todos los derechos humanos, lo cual a su vez implica reconocer el fracaso de los Estados en regular la migración, dado que no tratan -salvo excepciones regionales- de acordar

Se puede entender así, *a sensu contra*, que el silencio del artículo 19 de la CE sobre los extranjeros no puede interpretarse como su negación. Uriarte entiende, como venimos defendiendo, que negar tal derecho conculcaría los derechos universalmente reconocidos gracias al mandato del artículo 10.2 de la propia CE, op. cit., pág. 299.

⁴⁴ La CE reconoce el derecho a abandonar y a entrar en el país únicamente a los españoles (artículo 19). Sin embargo, la Constitución española de 1931 sí reconocía el derecho a emigrar e inmigrar, así como ocurre en las Constituciones portuguesa (artículo 44) e italiana (artículo 35), por ejemplo, aunque evidentemente éstas se ven modificadas con la incorporación de ambos países a la Unión Europea y las restricciones que impone en libertad de circulación.

⁴⁵ Uriarte recoge la hipótesis contraria para confirmar lo que argumentamos, op.cit., pág. 306.

En el caso de que todos los países se negaran a admitir la entrada de personas en su territorio ello conllevaría la negación absoluta del derecho a emigrar, pues no podría inmigrar en ningún otro Estado, por lo que no existiría el derecho y demuestra el absurdo de negar el derecho de entrada como complementario del derecho de salida de un país. Evidentemente, ello nos lleva a lo ya referido: tal negación de entrada en el propio territorio puede existir, pero no puede ser discrecional.

puntos comunes en su tratamiento, y en proteger los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción.

Tal y como hemos defendido desde un principio, la solución posible pasa por el diálogo internacional que ofrezca respuestas globales. De tal modo aceptar una ciudadanía universal que se regule por estatutos de vecindad asimilables es la utopía de nuestra labor y nuestro trayecto. Las dificultades para ello son numerosas, pero son dificultades basadas en la voluntad, principalmente política, y por ello los pasos a dar han de fundamentarse en la conciencia de qué modelo de sociedad deseamos y qué estamos dispuestos a admitir para ello.

CONCLUYENDO

En la sociedad actual, que se vanagloria de la democracia y el respeto a los derechos humanos, nos encontramos con más y más guetos que hacen insostenible la convivencia humana con dignidad. Todos somos excluidos si no pertenecemos a la generalidad o somos desechados a los reductos de tolerancia entre los iguales, así las personas ancianas conviven en residencias de ancianos, las personas transexuales conviven en Chueca¹ y las personas inmigrantes en Lavapiés o en El Gancho². Sin embargo, lo aprueben o no los “excluidores”, el nexo entre todos es que somos seres humanos y tal es el punto de partida de nuestro viaje.

I.

La Historia del ser humano es la de la humanidad en movimiento. Por diferentes causas, con diversos objetivos, la migración internacional es una realidad que lejos de desaparecer se convierte en paradigma en pleno siglo XXI.

Desconociendo tal realidad no se podrán comprender las razones humanas y las causas que generan los flujos migratorios, quiénes son las personas que migran, qué dificultades y necesidades afrontan. Y sin ese conocimiento difícilmente podrá ofrecerse solución, si es que ello es lo que se proponen los Estados y la comunidad internacional.

Una nación de 214 millones de personas migrantes que se mueven por el mundo representa aproximadamente el 3 % de la población mundial. Teniendo en cuenta tanto el reducido porcentaje respecto de la población mundial como el reparto que se hace de aquellas entre los países que conforman nuestro planeta, cabe señalar que no es una cifra abrumadora ni preocupante y que, por tanto, hay que atender a otras cuestiones para analizar la exacerbada preocupación actual por el fenómeno migratorio.

¹ Barrio madrileño conocido por su amplia tolerancia respecto a la diversidad sexual.

² Barrios, madrileño y zaragozano respectivamente, tradicionalmente humildes y hoy día habitados en su mayor parte por población inmigrante.

Si nos situamos tras las huellas de trabajadores, refugiados, jóvenes estudiantes o experimentados investigadores, mujeres con aspiración de autonomía o menores no acompañados, todos ellos en busca de *El Dorado* contemporáneo, nos ubicamos en la necesidad de una transformación social mundial y unas nuevas relaciones de poder, manifiestas en una legalidad cosmopolita subalterna. Si bien, el *melting-pot* mundial permite “soñar con un futuro de convivencia y de mestizaje”, las circunstancias muestran un retroceso en los derechos y las libertades y un nada uniforme trato a las personas que aterrizan en los países de destino; si bien parece haber un acuerdo respecto a la expulsión de todas las personas que se encuentran en situación irregular, como si ésta fuera la única y digna solución.

El mañana es poco halagüeño si tenemos en cuenta las tendencias normativas y políticas predominantes y las circunstancias que están agravando la necesidad de migrar: sequías, inundaciones, desplazamientos de poblaciones, desastres ecológicos, conflictos, entre otras.

En la actualidad, la visibilidad de los migrantes es tan evidente como la del flujo de los capitales, bienes e informaciones -que circulan sin la mayor dificultad-. Al respecto, es relevante entender la decisión de migrar en el limbo de la irregularidad, sobre todo, porque en muchas ocasiones tal decisión es forzada por el contexto social o familiar o por otros factores de mayor urgencia. La paradoja reside en la alarma generada respecto a una posible, pero infundada, invasión de población foránea, mientras tal alarma se acalla en relación con la verdadera invasión financiera, disfrazada de inversión, que condiciona nuestro futuro a un sistema económico mundial fuera del alcance del nuestro control como ciudadanos, pues además el poder político ha asumido los dictados de la economía como principios propios, alejándose así de su sentido democrático de poder por y para el pueblo.

Ante este panorama, la necesidad de migrar confluye con el negocio de criminales a menor o mayor escala. Las consecuencias de no facilitar la migración regular son evidentes, pues ante la realidad migratoria, que, por mucho empeño, no va a desaparecer en un futuro próximo, las personas van a buscar sus vías de salida, sean éstas regulares o irregulares, incrementando su vulnerabilidad y desprotección e, incluso, desembocando en violación de sus derechos humanos, siendo víctimas del

tráfico o de la trata de personas, hallándose con frecuencia en situaciones de esclavitud.

Definitivamente, una propuesta clara, y evidente ante lo expuesto, sería la necesidad de una aproximación multidisciplinar, no sólo entre las distintas ramas del conocimiento que se relacionan de uno u otro modo con el fenómeno migratorio, sino también entre las diversas disciplinas del Derecho. En este sentido, la suma de áreas jurídicas aportaría una mejor regulación de una cuestión que no se reduce a un único ámbito normativo y conlleva otra cuestión indiscutible en el Derecho: la relevancia del uso apropiado del lenguaje. Si la realidad es difícil de explicar, analizar y resolver, la terminología ha de ser necesariamente adecuada para no complicar todavía más aquella.

II.

El Derecho Internacional ha avanzado en la protección del ser humano y en su reconocimiento como sujeto activo mucho más de lo que cabría esperarse, al menos por ciertos sectores. Ello ha culminado con la redacción de importantes textos normativos que reflejan dicha preocupación e interés por poner medios que hagan efectiva la protección de derechos, sobre todo en la primera mitad del siglo XX; aunque la preocupación y puesta en marcha para proteger al migrante en situación irregular, se ha producido en la segunda mitad del mismo. Como avanzábamos, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, culminación de parte de ese proceso al entrar en vigor el 1 de julio de 2003, pero no su punto y final, se ve inmersa en la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que supone una nueva posibilidad en este siglo XXI, con la certeza de que todas las personas merecen respeto a sus derechos humanos y su dignidad y de que ello no puede menoscabarse por medidas políticas o normativas condicionadas a los acontecimientos. Ambas convicciones se encuentran ante una prueba de fuego en este comienzo de siglo.

En este nuevo siglo, el *ius gentium* encuentra su equivalente en el contemporáneo Derecho Internacional y el *ius migrandi* se refleja a sí mismo en una libertad de

circulación cohibida por el esfuerzo de los Estados-nación en controlar sus fronteras y su población. Así es el poder soberano de los Estados, con base en el derecho de exclusión, el que determina por medio de normas de extranjería la irregularidad en que se encuentran las personas. Y, en las últimas décadas, se ha producido una tipificación de algunas de las conductas relativas a la migración irregular, llegando a considerarse delito el propio hecho de encontrarse en situación irregular en algunos países.

La migración irregular se enmarca así entre dos cuestiones clave: la libertad de circulación y el derecho de exclusión. La primera viene reconocida desde el derecho de indias que ya defendiera Francisco de Vitoria. Ésta ha sido defendida por numerosos autores, incluyéndonos, como una libertad que engloba cuatro derechos: derecho a emigrar, derecho a inmigrar, libertad de circulación -dentro del territorio de un Estado- y derecho a regresar. Sin la conjunción de estos cuatro componentes no puede hablarse con propiedad de un *ius migrandi*. El derecho de exclusión es consecuencia del reconocimiento de la soberanía de los Estados respecto a su territorio y población, aunque el Derecho Internacional lo ha limitado en determinadas condiciones como ocurre en el supuesto de las personas solicitantes de asilo al amparo de la Convención del Estatuto de Refugiado de 1951.

III.

Hemos de insistir en que los Estados se encuentran ya obligados por ciertos compromisos internacionales ineludibles -los Pactos de 1966, el resto de convenciones de derechos humanos, la Convención de Palermo y sus Protocolos, entre otras normas-, que dan contenido al mencionado estatuto del migrante en situación irregular, por tanto una supuesta ratificación de la Convención no añadiría sino claridad y seguridad jurídica además del compromiso respecto a ciertas cuestiones no reflejadas en ningún otro documento de semejante valor. Pero sobre todo, quisiéramos añadir que ello mostraría sinceridad por parte de todos los países desarrollados, principalmente los de la Unión Europea, que hacen alarde de defensores y promotores de los derechos humanos. La evolución de esta progresiva protección ha llevado a defender mayoritariamente un mínimo de derechos para todo

ser humano y ello no depende en absoluto de las disposiciones nacionales que rigen el régimen de entrada y estancia a su territorio.

No obstante, la evolución normativa que venimos mencionando ha ofrecido soluciones -incluyendo la vía judicial o cuasi-judicial, como son los mecanismos de la ONU- a la cada vez más mermada defensa de los derechos humanos de las personas migrantes, en general, y aquellas que se encuentran en situación irregular, en particular. Las organizaciones internacionales han recordado a los Estados sus obligaciones respecto a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, con independencia de su situación administrativa. En tal sentido hemos recogido decisiones de la OIT, informes de la OIM, la Opinión Consultiva 18 de la Corte Interamericana, numerosas sentencias del Tribunal de Estrasburgo o recomendaciones de los organismos en el marco de las Naciones Unidas - mecanismos convencionales y no convencionales-. Sin embargo, es también reseñable que las obligaciones de los Estados para con sus nacionales van más allá de sus fronteras y así lo ha recordado la Corte Internacional de Justicia, en el caso Avena, en el que a pesar de que la violación -y por ende la condena- recae en el Estado de acogida se reconoce el derecho individual a la asistencia consular por parte del Estado de origen y, por tanto, una obligación de dicho Estado de proteger a sus nacionales en el territorio de un tercer Estado. Han sido el reconocimiento y la protección de los derechos humanos de los migrantes en situación irregular efectivamente una labor de organizaciones internacionales.

IV.

La gestación de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, aprobada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, fue un proceso largo, culminación de muchos años de discrepancias acerca de la concepción de la migración y de los aspectos que, a colación de nuestra tesis, nos parecen más relevantes.

La dicotomía teórica partía del consenso en la protección internacional de los derechos humanos y del principio de no discriminación, sin embargo, la lucha contra

la inmigración irregular y la promoción de la migración regular descubrieron percepciones claramente distantes entre los numerosos Estados y organizaciones que participaron en la redacción del texto. Cabe recordar que respecto a la migración irregular hubo discrepancias considerables, y casi irreconciliables, entre algunos países de destino y los de origen. Sin que ningún país defendiera abiertamente la política de “puertas abiertas”, sí se defendió una mayor flexibilidad en el reconocimiento de los medios para poder migrar regularmente mientras se defendía asimismo la protección amplia de derechos humanos de toda persona, pues desalentaría la contratación laboral irregular según el propio Grupo de Trabajo acabó reconociendo. Al frente, unos pocos países, pero todos ellos de destino, restringían palabra por palabra cualquier cesión que pudiera alentar los procesos migratorios o promover la regularización de personas en situación irregular; el reconocimiento de derechos humanos a estas últimas debía ser lo más parco posible. El grupo de países mediterráneos y escandinavos -conocido como MESCA- se posicionó casi en el medio -más cercano a aquellos países de origen, al menos en su concepción de las migraciones y de la necesaria protección de derechos humanos con independencia de la situación administrativa de las personas-, aportando sensatez al debate del Grupo de Trabajo. Si tras el estudio exhaustivo de los trabajos preparatorios de la Convención podemos concluir algo, esto es que el segundo grupo de países únicamente entorpeció la labor del Grupo, pues coartó el debate y el contenido de un texto que podía haber aspirado a más amplitud y valentía, si de algún modo puede denominarse en el marco de tendencia claramente restrictiva de las normativas internas y regionales contemporáneas. Asimismo podemos concluir que, considerando la ávida intención de aquellos países de origen -los del primer grupo referido-, era y es más pragmático el enfoque sensato del MESCA que, sin ser innovador ni atrevido, permitió que se incluyeran numerosas disposiciones garantes de los derechos de las personas migrantes en situación irregular tanto en los países de origen como de tránsito y destino, pues la visión de algunos de aquellos otros países de origen partía del objetivo de defensa de sus nacionales en los países desarrollados -aquellos a los que veían como destino- obviando en ocasiones el debate sobre la desprotección que sus Estados ofrecían a sus propios nacionales y los migrantes que en su territorio se encontraban. Lamentablemente las posturas respecto a la cuestión

migratoria han cambiado, pero no hacia una visión más idealista -si podemos llamarla así- del Derecho Internacional como marco protector de los derechos humanos que podría influir en los ordenamientos internos, sino hacia una visión más utilitarista en la que el Derecho Internacional ha pasado a segundo plano -salvo cuando algún organismo o tribunal internacional recuerda las obligaciones que algún Estado ha incumplido-, en un retraimiento en la tendencia hacia su avance social y humanista, condicionado quizá por un temor, claramente infundado, a problemas de estabilidad interna o de carácter económico.

Bajo el prisma de esta concepción, la migración tiene sentido por cuanto ofrece una mano de obra -asequible y cualificada, en algunos casos- y se regula, en el plano interno, únicamente al amparo de la normativa laboral -tal y como ha ocurrido en el ordenamiento español-. Tal aproximación a los movimientos migratorios responde a una visión económica del fenómeno que tiene como consecuencia la “excedencia” de personas migrantes cuando el mercado laboral no resulta rentable. Nuestro desacuerdo con este utilitarismo respecto a las migraciones es firme, aunque -a sabiendas- minoritario, y no podemos más que criticarlo por cuanto olvida -como algunos delegados recordaron en el Grupo de Trabajo- que quienes migran son personas por encima de cualquier otra circunstancia coyuntural.

El punto de partida de la Convención fue esa definición del migrante como trabajador migratorio y de ahí, a nuestro entender, las dificultades posteriores no sólo en definir las categorías incluidas y/o excluidas de trabajadores, sino también en la imposibilidad de convertirlo en un verdadero marco protector de las personas migrantes. De tal modo, la Convención limita su ámbito de aplicación a los trabajadores migratorios y sus familiares, dejando la margen al resto de personas migrantes -criticadas han sido la visión androcéntrica del texto y la exclusión de los menores no acompañados, entre otras cuestiones-, y establece un estatuto de derechos, que resulta innovador en pocos aspectos y limitado en otros.

V.

Las circunstancias coyunturales y las dificultades técnicas hicieron el resto y el texto es, por tanto, lo suficientemente repetitivo de otros tratados internacionales como

para considerarlo poco innovador -argumento de algunos Estados para no ratificar el texto, a pesar de haber participado en la redacción del mismo- y escasamente atrevido en los aspectos novedosos que incluye -pero lo suficiente como para que también algunos Estados acudan a los mismos para motivar su escasa intención de vincularse a la Convención-. Se reconocen la no discriminación respecto a los derechos en ella recogidos y la norma de la disposición más favorable -en aquellos supuestos en que otro tratado o el ordenamiento interno conceda derechos o libertades más favorables-; no obstante, se reitera la no afección del derecho de exclusión de los Estados -esto es, el establecimiento de los criterios que rigen la admisión de trabajadores extranjeros en sus territorios-.

La Convención limita su aplicación únicamente a los trabajadores migrantes que ingresen, permanezcan y ejerzan una actividad remunerada, ello tiene en consecuencia una menor y menos clara protección de este grupo vulnerable de personas a las violaciones de derechos humanos. La actividad remunerada irregular no debiera condicionar la situación de irregularidad, por cuanto únicamente implica una relación privada -entre empleador/empresa y persona empleada- que infringe una norma, sea esta norma en relación a los permisos de trabajo -normas administrativas, en nuestro ordenamiento- o sea en relación a la cotización a la seguridad social u otras cuestiones laborales -normas laborales-.

La única circunstancia que condiciona definitivamente la irregularidad, del modo en que nos acercamos a ella, es la residencia. Dado que toda entrada irregular puede ser regularizada posteriormente, para entender que existe la irregularidad una persona debe haber entrado en el territorio y permanecer en situación irregular para considerarse en tal situación. Por el contrario, puede haber entrado en el país de manera regular, pero encontrarse de manera irregular, se trata de la irregularidad sobrevenida como hemos analizado. Por último, y como circunstancia muy especial, puede darse el caso en que no se produzca entrada de la persona, por nacer en el territorio del país en cuestión pero por las circunstancias personales de los progenitores no acceder al *status* regular inmediatamente con el nacimiento. El resto de combinaciones posibles que hemos referido en nuestro análisis o la mutabilidad e inconstancia de las normas internas dan lugar a otro tipo de situaciones irregulares o ilegales, pero no a la situación administrativa irregular de la persona migrante.

Después de un arduo estudio del contenido de la Convención, a través de los trabajos preparatorios y de la interpretación que de la misma ha hecho su órgano de control - el Comité-, aflora una sensación de *status quo* de la cuestión de escaso avance y menor compromiso. Sin embargo, la necesaria ratificación del texto por más Estados clarificaría un estatuto de derechos humanos reconocibles clara y universalmente a los migrantes en situación irregular y la paradoja que en sí mismo supone el reconocimiento de tal estatuto y de la aproximación a la migración irregular por parte de todos los agentes implicados en el ámbito de la comunidad internacional.

VI.

Por último, la concepción actual de soberanía ha cambiado y la remisión al ordenamiento nacional presenta ciertas cuestiones interesantes.

La Convención define qué es un trabajador migratorio o familiar en situación irregular, pero no determina cómo alguien adquiere o pierde esa situación, la única breve referencia a ello la encontramos en los artículos 50 y 51, que se refieren a los casos de fallecimiento o de fin de un empleo, que no deben conllevar automáticamente el paso a una situación de irregularidad. Por lo demás, la volatilidad tanto de las normas de extranjería como de las condiciones que se establecen para la adquisición de una u otra situación dificulta aquella determinación. Para ello, es inevitable la remisión al ordenamiento interno de los Estados. Ello supone, por tanto, la construcción por medio de las normas de extranjería que desarrollan y establecen las políticas migratorias de cada país de un estatuto que entiende la situación de irregularidad, generalmente, como aquella que no es regular. Y tal situación se define bajo los criterios de rechazo, que se basan principalmente en la seguridad nacional o el orden público por un lado -criterios que ofrecen cierta inseguridad jurídica, por su indefinición-, en la situación nacional de empleo -cuya naturaleza es meramente económica y, por tanto, utilitarista-, y la homogeneidad nacional -como criterio racista, el más criticado por su clara identificación, pero no más frecuente que los otros-. Si la Convención ha venido a construir -o al menos constatar- un estatuto jurídico del migrante en situación irregular, los Estados lo limitan en el ámbito interno mediante la aprobación de normas y políticas cada vez más restrictivas en

cuanto al acceso a la situación de regularidad -por tanto, decidiendo quien es o no migrante en situación irregular y en consecuencia los derechos que les son reconocidos-, siendo éstas incompatibles en ocasiones con las obligaciones internacionales de derechos humanos, lo que posibilita evidentemente su denuncia por medio de los diferentes órganos internacionales de implementación de los tratados. De tal modo, la normativa interna puede modificar quien se considera o no migrante en situación irregular. Son los Estados los que delimitan la construcción jurídica del estatuto de migrante en situación irregular y son ellos mismos los que lo reforman, eliminan o generan de nuevo sin tener en cuenta cuestiones personales que van más allá de la mera tenencia de “papeles”. Es, por tanto, el estatuto del migrante en situación irregular una construcción legal.

Por otra parte, percibimos, en primer lugar, que las normas internas reguladoras del fenómeno migratorio cambian, y lo han hecho con frecuencia en las últimas décadas -claro ejemplo de ello es el caso español, Ley Orgánica de enero de 2000 reformada por seis Leyes Orgánicas, un Real Decreto-Ley y más recientemente por la sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de enero de 2013-. La inestabilidad de las normativas ofrece una inseguridad jurídica respecto a quién es considerado regular o irregular y a qué derechos disfruta. Pero, en segundo lugar, no es menos cierto que estas normas a menudo contradicen mandatos anteriores. La mayoría de Estados participaron en los trabajos preparatorios de la Convención y, por ende, en el desarrollo de un estatuto de migrante en situación irregular; sin embargo, no sólo no han ratificado este tratado sino que además han restringido más por medio de sus ordenamientos los derechos de estas personas. Se evidencia así, con más claridad en el derecho migratorio que en otras disciplinas, el divorcio del derecho frente al hecho. Es, por tanto, la noción de irregularidad una noción inestable.

Por último, en tercer lugar, se nos presenta la cuestión de cómo respetar ese mínimo que supone el estatuto jurídico internacional por parte de todos los Estados. El hecho de que frecuentemente los ordenamientos nacionales establezcan criterios opuestos entre sí respecto a la irregularidad impide una aproximación a una noción válida universalmente y, cuando una aproximación común se pretende, ésta tiende a ser más restrictiva en cuanto a derechos reconocidos. De hecho, cabe que nos preguntemos si beneficia la creación de un estatuto, cuando el mismo supone el reconocimiento de

un “fallo” pero a la vez implica el reconocimiento de un catálogo de derechos que de otro modo serían quizá ignorados. Es, por tanto, la situación de irregularidad un condicionamiento del disfrute de derechos.

Si atendemos al derecho positivo, los Estados tienen normas más que suficientes para establecer “legítimamente” su rechazo a la inmigración irregular -si bien pudiera criticarse el respeto al principio de proporcionalidad y de justicia, como apuntábamos al señalar la construcción legal que supone tal estatuto-. Si atendemos al Derecho Internacional, el estatuto que se reconoce, ya no sólo por la Convención sino por otros tratados de derechos humanos, establece y reconoce un mínimo que conlleva un marco protector de los mismos, en ocasiones vulnerados para las personas que se encuentran en situación irregular.

Interesadamente se construye legalmente una noción inestable que desarrolla un estatuto de migrante en situación irregular condicionado. El reconocimiento de la existencia de tal estatuto implica la asunción de un “agujero”, sea legal o físico -en las fronteras-, respecto al cual no parece haber mucho interés en considerar y solucionar. Se repite incansablemente en los discursos, sobre todo de países de destino, la intención de poner fin a la migración irregular, pero a ello no se dedican más que medios de control: control de fronteras -SIVE, FRONTEX y tantos otros sistemas de vigilancia que se han demostrado insuficientes, pues la voluntad de migrar es mayor que la eficiencia tecnológica-; control administrativo y policial -que pretende más evidenciar la situación de irregularidad de las personas que ponerle fin-; y control legal y judicial -que condena al limbo jurídico a aquellas personas que son finalmente “reconocidas” como irregulares, pero a la vez como “inexpulsables”-.

Con este escenario, únicamente se limita la libertad de circulación y los derechos de los migrantes en situación irregular. Pero, en primer lugar, la libertad de circulación debiera restringirse sólo bajo criterios claros y proporcionales de rechazo y siempre compatibles con el respeto a los derechos humanos. En segundo lugar, si los derechos humanos de una persona se condicionan por y dependen de su situación administrativa es que la proclamación hecha por todos los Estados en 1948 es papel mojado en este siglo XXI y la manifiesta hipocresía se evidencia en el matiz económico que toda política, incluyendo la migratoria, adolece. En este sentido, la

lógica, creemos que también jurídica, lleva a cuestionar si no es posible, e incluso necesario, que aquellas personas que en su situación de irregularidad ven mermados sus derechos y condenadas a ese limbo jurídico, pero que a su vez no son expulsadas -sea por el motivo que fuere- han de ver solucionada tal situación, pues el Derecho existe con tal función “reparadora”. En tal caso, la regularización parece ser la única salida humana y legalmente viable.

Entendemos, pues, que la adaptación del Derecho a la realidad es una necesidad -aunque el derecho de exclusión de los Estados es admisible, por cuanto legítimo, no significa un derecho absoluto- y que ello debe motivarnos a cuestionarlo continuamente -esa es nuestra labor-. En tal concepción enmarcamos nuestra renuncia a la derrota, no renunciamos a una verdadera libertad de circulación ni a creer que los postulados de aquel derecho de exclusión son inamovibles. En tal concepción enmarcamos también nuestra defensa del concepto de ciudadanía universal, el reconocimiento claro de la libertad de circulación y la negación de un estatuto jurídico que condicione restringiendo derechos, si aquel no se fundamenta en los derechos humanos que toda persona debe disfrutar y ver respetados y protegidos. El mundo está en movimiento. Y las normas de las que nos dotamos para convivir -supuestamente como “seres humanos libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”- también han de hacerlo. En ello se fundamenta nuestra labor como investigadores.

CONCLUDING

In today's society, which prides itself on democracy and respect for human rights, we have more and more guettos making unsustainable the human coexistence with dignity. We are all excluded if we do not belong to the most people or we are thrown away to the last tolerance's strongholds amongst equals, in that sense, elder people live together in retirement homes, transgender people coexist in Chueca¹ and migrant people in Lavapies or El Gancho². Nevertheless, approved or not by those who exclude, we are all human beings and that is our starting point.

I.

The History of human being is the History of humanity in movement. With different reasons, diverse objectives, international migration is a reality becoming a paradigm in this new century instead of disappearing.

Whether we ignore such reality, we will not be able to understand the human reasons and the causes of migratory flows, who are those migrating, and which difficulties and needs they face. We need that knowledge in order to find out a solution, if that is the real purpose of States and international community.

A nation of 214 million migrants who move around the world represents approximately 3 % of the world's population. Bearing in mind both the reduced percentage with respect to the world population and its distribution in different countries, we must underline it's not a huge number neither a cause of concern and, therefore, we should attend to other issues to analyze current exacerbated concern about immigration.

After the traces of workers, refugees, young students or senior researchers, women or unaccompanied minors, all of them looking for the contemporary *El Dorado*, we face the need of a world social transformation and new power relationships, to be stated by a cosmopolitan and alternative legality. Although the world *melting-pot* allows to

¹ Madrid's neighbourhood well known by its broad tolerance on sexual diversity.

² Madrid's and Zaragoza's neighbourhoods, respectively, traditionally humbled and mainly inhabited by migrant population.

dream with a coexistence and crossbreeding future, the circumstances show a backward movement in rights and liberties and a not uniform treatment to those people arriving in destination countries. Even though there seems to be an agreement regarding the expulsion of all persons who are in an irregular situation, as if it was the only and decent solution.

Considering the legal and political trends the future looks not promising and the circumstances are exacerbating the need to migrate: droughts, floods, people's displacement, ecological disasters, conflicts, amongst others.

At present, migrants' visibility is so obvious as the flow of capital, goods and information -with no difficulties in their circulation-. In relation to this, it is relevant to consider why people migrate in limbo of irregularity, above all, taking into account such decision is compelled by the social or family context or by other relevant factors. The paradox lies in the alarm generated regarding a possible, though unfounded, invasion by foreign population, while such alarm is silenced in relation to the true financial invasion, disguised as investment, that determines our future to a world economic system far away from our control as citizens.

Before this outlook, the need to migrate converges with the business of criminals -on a small or a broad scale-. The consequences of not providing regular migration are obvious. The reality of migration will not disappear in the near future and people are going to find their way out, whether regular or irregular, increasing their vulnerability and the lack of protection and, even, leading to the violation of their human rights, being victims of smuggling or trafficking in persons and frequently in situations of slavery.

Definitely, a clear and evident proposal would be the need for a multidisciplinary approach, not only between the different branches of science related with the phenomenon of migration, but also between the various disciplines of law. In this sense, the addition of the different areas of the law would provide a better rule of a matter which is not ruled by an only legal area. It also entails another undeniable issue in law: the importance of the proper use of language. If the reality is hard to explain, discuss, and solve, the terminology has to be necessarily suitable in order to not complicating still further that reality.

II.

International law has made progress in the protection of the human being and its recognition as an active subject much more than would be expected -at least by certain sectors-. The drafting of relevant norms reflects the concern and interest to take steps in order to the effective protection of rights, especially in the first half of the 20th century; even though the concern and implementation of such protection of migrants in an irregular situation have occurred in the second half of that century. The International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, entering into force on 1 July 2003, is immersed in the evolution of the international law of human rights, which implies a new possibility in the 21st century, with the certainty that all people deserve respect to their human rights and dignity and that it can not be undermined by political or legal measures conditioned by the temporary events. Both convictions face an acid test at the beginning of this century.

In this new century, the *ius gentium* meets its equivalent in the contemporary international law and the *ius migrandi* reflects itself in the freedom of movement, a freedom inhibited by the effort of nation-States in controlling its borders and its population. It is the sovereign power of States, based on the right of exclusion, which determines by the immigration rules the irregularity in which people find themselves. And, in the latest decades, there has been a criminalization of some of the behaviors relating to irregular migration, considering a crime the very fact of being in an irregular situation in some countries.

Irregular migration is thus framed between two key issues: the freedom of movement and the right of exclusion. The first one is recognized from the law of indias, hold by Francisco de Vitoria. This issue has been defended by many authors, including us, as a freedom that encompasses four rights: right to emigrate, right to immigrate, freedom of movement - within the territory of a State - and right to return. Without these four components together one cannot talk properly of an *ius migrandi*. The right of exclusion is consequence of the recognition of the sovereignty of States regarding their territory and population, although international law has limited it

under certain conditions such as the case of the asylum seekers under the protection of the Refugees Convention of 1951.

III.

We must insist that the States are already bound by certain international commitments - the 1966 Covenants, the rest of human rights conventions, the Palermo Convention and its protocols, amongst other rules-. Those norms give content to the mentioned status of migrant in an irregular situation, therefore the ratification of the Convention would add clarity and certainty of law as well as the commitment with respect to certain issues not included in other conventions. But above all, we would like to add that this would show sincerity by all developed countries, mainly those members of the European Union, which boast defenders and promoters of human rights. The evolution of this progressive protection has brought to defend a minimum standard of rights for all human beings and it does not depend at all on the national provisions governing the regime of entry and stay in its territory.

However, the normative evolution that we have been mentioning has offered solutions - including judicial or quasi-judicial, such as the mechanisms of the UN- to the increasingly reduced defense of human rights of migrants, in general, and those who are in an irregular situation, in particular. The international organizations have reminded States of their obligations with respect to people who are under their jurisdiction, regardless of their administrative status. We have collected in this regard decisions of the ILO, reports of the IOM, the 18 Advisory Opinion of the Inter-American Court, numerous judgments of the Strasbourg Court or recommendations of the bodies in the framework of the United Nations -conventional and non-conventional mechanisms-. But it is also noteworthy that the States obligations with their nationals go far beyond its borders. In that sense, the International Court of Justice, in the Avena case, pointed out that in spite of the violation -and therefore the sentence- lies with the host State, there is a recognition of the individual right to consular assistance by the State of origin and, therefore, an obligation of the State to protect its own nationals on the territory of a third country. The recognition and

protection of the human rights of migrants in an irregular situation have actually been a task of international organizations.

IV.

The gestation of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families -adopted by the General Assembly Resolution 45/158 of 18 December 1990-, was a lengthy process, the culmination of many years of disagreements about the conception of migration and those issues more relevant for our thesis.

The theoretical dichotomy departed from a consensus on the international protection of human rights and the principle of non discrimination, however, the fight against irregular immigration and the promotion of regular migration uncovered clearly distant perceptions among many States and organizations that participated in the Convention's drafting. It should be recalled that regarding irregular migration there were considerable -and almost irreconcilable- discrepancies between some countries of destination and the countries of origin. While no country manifestly defended the "open door" policy, it was defended a greater flexibility in the recognition of the means to could migrate regularly while also a wide protection of everyone's human rights, because it would discourage the irregular labour recruitment according to the own working group. In front of these countries, there were few, but all of them destination countries, restricting word by word any possible encouragement of migratory processes or promotion of the regularization of people in an irregular situation; the recognition of human rights to the latter should be the scarcest as possible. The Group of Mediterranean and Scandinavian countries -known as MESCA- was in a mid-way position -closer to those countries of origin, at least in its conception of migrations and the necessary protection of human rights regardless of the administrative situation of people-, bringing common sense to the debate of the working group. After the exhaustive study of the travaux préparatoires of the Convention we can conclude that the second group of countries only hampered the work of the group, because it restricted the debate and the content of a text which could have aspired to be wider and more courageous -considering the context of

clearly restrictive tendency of contemporary regional and national regulations-. We can also conclude that, taking into account the avid intention of those countries of origin -the first referral group-, the MESCA reasonable approach was and is more pragmatic. This approach, not being innovative neither daring, allowed the inclusion of numerous provisions guaranteeing the rights of migrants in an irregular situation both in countries of origin and destination. The objective of some countries of origin was the defense of their nationals in the developed countries -those seen as destination- avoiding sometimes the debate about lack of protection offered by their States to its own nationals and to migrants in their territory. Unfortunately the positions on the migration issue have changed, but not to a more idealistic view - if we may call it like that- of the International Law as a framework of protection of human rights that could influence internal framework, but to a more utilitarian view in which International Law has passed into the background -except when some international body or tribunal recalls the obligations that a State has failed to fulfil-. This happens in a retreat in the trend towards social and humanist progress, influenced perhaps by a clearly unfounded fear on the internal stability or economic problems.

Under this conception, the migration offers a workforce -affordable and qualified, in some cases- and it is regulated, internally, only under the labour law -as it occurs in the Spanish legislation-. Such an approach to the migratory movements responds to an economic vision of the phenomenon resulting in the "excess" of migrants when the labour market is not profitable. We firmly show disagreement with this utilitarianism regarding migrations, and we must criticize it because it forgets -as some delegates recalled in the work group- that those who migrate are human beings above any other current and timely circumstances.

The starting point of the Convention was the definition of the migrant as a migrant worker and therefore there are, in our view, the subsequent difficulties not only in defining the categories included and/or excluded from workers but also the impossibility of turning it into a real protective framework of all migrants. Thereby, the Convention limits its scope to migrant workers and members of their families, leaving on the periphery the rest of migrants -it has been criticized the male-centred view of the text and the exclusion of unaccompanied minors, among other issues-,

and establishing an statute of rights, which is innovative in few aspects and limited in other ones.

V.

Short-term circumstances and technical difficulties did the rest and the text is, therefore, repetitive enough to consider it less innovative comparing it with other international treaties -argument of some States for not ratifying the text, despite having participated in its drafting- and scarcely daring in the original aspects that it includes -but enough to motivate also some States for their little intention of upholding the Convention-. The Convention recognizes non-discrimination with regard to the rights collected in it and the most favourable provision -in those cases where other treaty or national law grants rights or freedoms in a most favourable way-; However, it reiterates the no condition clause of the right of exclusion of the States -that is, the establishment of the criteria governing the admission of foreign workers in their territories-.

The Convention limits its application only to migrant workers who enter, stay and engage in a remunerated activity. The result is a smaller and less clear protection of this vulnerable group of people to the violations of human rights. The irregular employment should not condition the situation of irregularity, because it only involves a private relationship -between employer/company-employed person- that breaks a rule, being this rule regarding work permissions -administrative rules, in our legal system- either in relation to the social security contributions or other labour issues -labour rules-.

The unique circumstance that definitely conditions the irregularity, in the way we approach to it, it is the residence. Given that all irregular entry can be regularised afterwards, to be understood that there is irregularity a person must have entered the territory and remain in an irregular situation to be considered in such a situation. On the contrary, a person may have entered the country on a regular basis, but staying irregularly, it acquired irregularity as we have analyzed. Finally, and as a very special circumstance, it can happen that there is no entrance of the person, because he/she is given birth in the territory of the country but by the personal circumstances

of the parents do not access the regular status immediately after birth. The rest of combinations that we have referred to or the mutability and inconstancy of internal rules give rise to another types of irregular or illegal situations, but not to the irregular administrative situation of the migrant.

After an arduous study of the content of the Convention, through the travaux préparatoires and the interpretation of it made by its monitoring body -the Committee-, it emerges a sense of *status quo* of the issue of insufficient progress and less commitment. However, the necessary ratification of the text by more States would clarify the recognition of a human rights statute clearly and universally to migrants in irregular situation, the paradox that in itself implies the recognition of such status and the approach to irregular migration by all the agents involved in the international community.

VI.

Finally, the current conception of sovereignty has changed and referral to the national legislation presents some interesting issues.

The Convention defines what is a migrant worker or a family member in an irregular situation, but does not determine how someone acquires or loses that status. The only brief reference to this can be found in articles 50 and 51, related to cases of death or end of employment, which should not automatically lead to the passage to an irregularity situation. Moreover, the volatility both of the immigration rules and conditions that are established for the acquisition of one or another situation makes that determination more difficult. Therefore we can not avoid to refer to the national legislation of States.

Therefore this means the construction of a statute by the foreigners' rules developing and establishing migration policies in each country, a statute of irregularity which understands this situation usually as that one which is not regular. Such situation is defined under the criteria of rejection, which are mainly based on: national security or public order -criteria that provides some legal uncertainty, for its lack of definition-; national employment situation -whose nature is purely economic and, therefore, utilitarian-; and national homogeneity -as a racist criteria, the most

criticized because of its clear definition, but not more frequent than the other criterias-. While the Convention is building -or at least verifying- a legal status of migrant in an irregular situation, the States limit it through the adoption of internal increasingly restrictive standards with regard to the access to the regular status - therefore deciding who is or not migrant in an irregular situation and consequently which rights are recognized to them-. This limitation -or condition- breaks sometimes the international human rights obligations, which obviously enables a complaint before the different international bodies that enforce the human rights treaties. Thereby, the internal rules may modify who is considered or not migrant in an irregular situation.

They are the States which define the legal construction of the status of migrant in an irregular situation and they are also themselves the ones amending, revoking or adopting it again without taking into account the personal circumstances which go beyond the mere possession of 'papers'.

On the other hand, the internal migration regulations may change, and they have done so very often in recent decades -an example of this is the Spanish case, the organic act of January 2000 was reformed six organic acts, a Royal Decree-Law and more recently by the judgment of the Constitutional Court of 31 January of 2013-. The instability of the migration rules provides a legal uncertainty concerning who is considered regular or irregular. But added to this, these rules are often contravening previous mandates.

Most of the States participated in the Working Group and, consequently, in the development of the status of migrant in an irregular situation; nevertheless, they have not ratified this treaty but they have also restrained migrants' rights by their national laws. It is demonstrated, clearer in the migration law than in other disciplines, the divergence between the law and the fact.

Finally, in third place, we have to answer the question of respecting the minimum standard -which means this international legal status- by all States. The national legal systems often establish different criteria on the irregularity; this prevents an international notion and, when a common approach is intended, this tends to be more restrictive in terms of rights. In fact, it is relevant to ask ourselves if a status benefits,

when it implies the recognition of a "failure" but at the same time involves the recognition of a catalogue of rights -which otherwise would be perhaps ignored-.

Looking after the positive law, the States are legitimated to establish their rejection to irregular migration -even though the respect to the principle of proportionality and justice-. Looking after the international law, the status recognised -not only by the Convention but also by other human rights treaties- establishes and recognizes a minimum protection framework.

Deliberately it is built a legal and unstable notion which conditions the irregular migrant status. The recognition of the existence of such status implies the assumption of a "hole", legal or physical - in the borders-, which does not seem to be considered and solved. The debate is focussed on putting an end to irregular migration, above all in the destination countries. But they mainly use means of control: the border control -SIVE, FRONTEX and so many other surveillance systems that have proved insufficient, because the desire to migrate is greater than the technological efficiency-; the administrative and police control -seeking more the evidence of the situation of irregularity of the people than put an end to it-; and the legal and judicial control - condemning those who are finally "recognized" as irregular, but at the same time as "non-refusables", to the limbo-.

Facing this scenario, the freedom of movement and the rights of migrants in an irregular situation are limited. But first of all, the freedom of movement should be restricted only under clear and proportional rejection criteria and always compatible with the respect for human rights. Secondly, whether the human rights are conditioned by and dependent on the person's administrative situation this makes evident hypocrisy -manifested in the economic nuance that policy, including the migration one, suffers-. In this sense, the logic brings us to question if it is not possible, and even necessary, to solve the situation of those people in irregular situation who see their rights undermined and themselves sentenced to the legal limbo, and at the same time may not be expelled. The law has that "repair" function and, in this case, regularization seems to be the only human and legally viable solution.

We understand so that the adaptation of the law to reality is a need -although the right of exclusion of the States is admissible, as legitimate, it does not mean an absolute right- and this should motivate us to challenge it constantly -as that is our task-. In such a conception we frame our resignation to defeat, we do not renounce a true freedom of movement neither to believe those rejection prerogatives as fixed. In such a conception we also frame our defense of the concept of universal citizenship, the clear recognition of the freedom of movement and denial of legal status that restricts rights, unless this is not based on human rights that everyone should enjoy. The world is in motion. And the rules that we provide ourselves for our coexistence must be in motion too -as human beings "free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood"-. This is the main reason of our work as researchers.

ANEXO

Convención Internacional 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

Preambulo

Los Estados Partes en la presente Convención,

Teniendo en cuenta los principios consagrados en los instrumentos fundamentales de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos, en particular la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño,

Teniendo en cuenta también los principios y normas establecidos en los instrumentos pertinentes elaborados en el marco de la Organización Internacional del Trabajo, en especial el Convenio relativo a los trabajadores migrantes (No. 97), el Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes (No. 143), la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (No. 86), la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (No.151), el Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio (No. 29) y el Convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso (No. 105),

Reafirmando la importancia de los principios consagrados en la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Recordando la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Declaración del Cuarto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y las Convenciones sobre la esclavitud,

Recordando que uno de los objetivos de la Organización internacional del Trabajo, como se establece en su Constitución, es la protección de los intereses de los trabajadores empleados en países distintos del propio, y teniendo en cuenta los conocimientos y experiencia de dicha organización en las cuestiones relacionadas con los trabajadores migratorios y sus familiares,

Reconociendo la importancia del trabajo realizado en relación con los trabajadores migratorios y sus familiares en distintos órganos de las Naciones Unidas, particularmente en la Comisión de Derechos Humanos y la Comisión de Desarrollo Social, así como en la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y la Organización Mundial de la Salud y en otras organizaciones internacionales,

Reconociendo también los progresos realizados por algunos Estados mediante acuerdos regionales o bilaterales para la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y

de sus familiares, así como la importancia y la utilidad de los acuerdos bilaterales y multilaterales en esta esfera,

Comprendiendo la importancia y la magnitud del fenómeno de las migraciones, que abarca a millones de personas y afecta a un gran número de Estados de la comunidad internacional,

Conscientes de la repercusión que las corrientes de trabajadores migratorios tienen sobre los Estados y los pueblos interesados, y deseosos de establecer normas que puedan contribuir a armonizar las actitudes de los Estados mediante la aceptación de los principios fundamentales relativos al tratamiento de los trabajadores migratorios y de sus familiares,

Considerando la situación de vulnerabilidad en que con frecuencia se encuentran los trabajadores migratorios y sus familiares debido, entre otras cosas, a su ausencia del Estado de origen y a las dificultades con las que tropiezan en razón de su presencia en el Estado de empleo,

Convencidos de 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 apropiada,

Teniendo en cuenta el hecho de que a menudo la migración es causa de graves problemas para los familiares de los trabajadores migratorios, así como para los propios trabajadores, particularmente debido a la dispersión de la familia,

Teniendo presente que los problemas humanos que plantea la migración son aún más graves en el caso de la migración irregular, y convencidos por tanto de 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,

Considerando que 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,

Considerando también que la práctica de emplear a trabajadores migratorios que se hallen en situación irregular será desalentada si se reconocen más ampliamente los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios y, además, que la concesión de determinados derechos adicionales a los trabajadores migratorios y a sus familiares que se hallen en situación regular alentarán a todos los trabajadores migratorios a respetar y cumplir las leyes y procedimientos establecidos por los Estados interesados,

Convencidos, por ello, de la necesidad de lograr la protección internacional de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, reafirmando y estableciendo normas fundamentales en una convención amplia que tenga aplicación universal,

Han convenido en lo siguiente:

PARTE I: Alcance y definiciones

Artículo 1

1. La presente Convención será aplicable, salvo cuando en ella se disponga otra cosa, a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.

2. La presente Convención será aplicable durante todo el proceso de migración de los trabajadores migratorios y sus familiares, que comprende la preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el período de estancia y de ejercicio de una actividad remunerada

en el Estado de empleo, así como el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual.

Artículo 2

A los efectos de la presente Convención:

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.

2. a) Se entenderá por "trabajador fronterizo" todo trabajador migratorio que conserve su residencia habitual en un Estado vecino, al que normalmente regrese cada día o al menos una vez por semana;

b) Se entenderá por "trabajador de temporada" todo trabajador migratorio cuyo trabajo, por su propia naturaleza, dependa de condiciones estacionales y sólo se realice durante parte del año;

c) Se entenderá por "marino", término que incluye a los pescadores, todo trabajador migratorio empleado a bordo de una embarcación registrada en un Estado del que no sea nacional;

d) Se entenderá por "trabajador en una estructura marina" todo trabajador migratorio empleado en una estructura marina que se encuentre bajo la jurisdicción de un Estado del que no sea nacional;

e) Se entenderá por "trabajador itinerante" todo trabajador migratorio que, aun teniendo su residencia habitual en un Estado, tenga que viajar a otro Estado u otros Estados por períodos breves, debido a su ocupación;

f) Se entenderá por "trabajador vinculado a un proyecto" todo trabajador migratorio admitido a un Estado de empleo por un plazo definido para trabajar solamente en un proyecto concreto que realice en ese Estado su empleador;

g) Se entenderá por "trabajador con empleo concreto" todo trabajador migratorio:

i) Que haya sido enviado por su empleador por un plazo limitado y definido a un Estado de empleo para realizar una tarea o función concreta;

ii) Que realice, por un plazo limitado y definido, un trabajo que requiera conocimientos profesionales, comerciales, técnicos o altamente especializados de otra índole; o

iii) Que, a solicitud de su empleador en el Estado de empleo, realice por un plazo limitado y definido un trabajo de carácter transitorio o breve;

y que deba salir del Estado de empleo al expirar el plazo autorizado de su estancia, o antes, si deja de realizar la tarea o función concreta o el trabajo a que se ha hecho referencia;

h) Se entenderá por "trabajador por cuenta propia" todo trabajador migratorio que realice una actividad remunerada sin tener un contrato de trabajo y obtenga su subsistencia mediante esta actividad, trabajando normalmente solo o junto con sus familiares, así como todo otro trabajador migratorio reconocido como trabajador por cuenta propia por la legislación aplicable del Estado de empleo o por acuerdos bilaterales o multilaterales.

Artículo 3

La presente Convención no se aplicará a:

a) 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;

- b) 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;
- c) Las personas que se instalen en un país distinto de su Estado de origen en calidad de inversionistas;
- d) 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;
- e) Los estudiantes y las personas que reciben capacitación;
- f) 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.

Artículo 4

A los efectos de la presente Convención, el término "familiares" se refiere 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 entre los Estados de que se trate.

Artículo 5

A los efectos de la presente Convención, los trabajadores migratorios y sus familiares:

- a) 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;
- b) Serán considerados no documentados o en situación irregular si no cumplen las condiciones establecidas en el inciso a) de este artículo.

Artículo 6

A los efectos de la presente Convención:

- a) Por "Estado de origen" se entenderá el Estado del que sea nacional la persona de que se trate;
- b) Por "Estado de empleo" se entenderá el Estado donde el trabajador migratorio vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, según el caso;
- c) Por "Estado de tránsito" se entenderá cualquier Estado por el que pase el interesado en un viaje al Estado de empleo o del Estado de empleo al Estado de origen o al Estado de residencia habitual.

PARTE II: No discriminación en el reconocimiento de derechos

Artículo 7

Los Estados Partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o

social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.

PARTE III: Derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

Artículo 8

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares podrán salir libremente de cualquier Estado, incluido su Estado de origen. Ese derecho no estará sometido a restricción alguna, salvo las que sean establecidas por ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades ajenos y sean compatibles con otros derechos reconocidos en la presente parte de la Convención.

2. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a regresar en cualquier momento a su Estado de origen y permanecer en él.

Artículo 9

El derecho a la vida de los trabajadores migratorios y sus familiares estará protegido por ley.

Artículo 10

Ningún trabajador migratorio o familiar suyo será sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 11

1. Ningún trabajador migratorio o familiar suyo será sometido a esclavitud ni servidumbre.

2. No se exigirá a los trabajadores migratorios ni a sus familiares que realicen trabajos forzosos u obligatorios.

3. El párrafo 2 del presente artículo no obstará para que los Estados cuya legislación admita para ciertos delitos penas de prisión con trabajos forzosos puedan imponer éstos en cumplimiento de sentencia dictada por un tribunal competente.

4. A los efectos de este artículo, la expresión "trabajos forzosos u obligatorios" no incluirá:

a) Ningún trabajo o servicio, no previsto en el párrafo 3 de este artículo, que normalmente deba realizar una persona que, en virtud de una decisión de la justicia ordinaria, se halle detenida o haya sido puesta anteriormente en situación de libertad condicional;

b) Ningún servicio exigido en casos de emergencia o de desastre que amenacen la vida o el bienestar de la comunidad;

c) Ningún trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones civiles normales, en la medida en que se imponga también a los ciudadanos del Estado de que se trate.

Artículo 12

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Ese derecho incluirá la libertad de profesar o de adoptar la religión o creencia de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de ritos, las prácticas y la enseñanza.

2. Los trabajadores migratorios y sus familiares no serán sometidos a coacción alguna que limite su libertad de profesar y adoptar una religión o creencia de su elección.

3. La libertad de expresar la propia religión o creencia sólo podrá quedar sometida a las limitaciones que se establezcan por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud y la moral públicas o los derechos y las libertades fundamentales de los demás.

4. Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen a respetar la libertad de los padres, cuando por lo menos uno de ellos sea trabajador migratorio, y, en su caso, de los tutores legales para hacer que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Artículo 13

1. El derecho de opinión de los trabajadores migratorios y sus familiares no será objeto de injerencia alguna.

2. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de recabar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin limitaciones de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro medio de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 del presente artículo entraña obligaciones y responsabilidades especiales. Por lo tanto, podrá ser sometido a ciertas restricciones, a condición de que éstas hayan sido establecidas por ley y sean necesarias para:

a) Respetar los derechos o el buen nombre ajenos;

b) Proteger la seguridad nacional de los Estados de que se trate, el orden público o la salud o la moral públicas;

c) Prevenir toda la propaganda en favor de la guerra;

d) Prevenir toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.

Artículo 14

Ningún trabajador migratorio o familiar suyo será sometido a injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia u otras comunicaciones ni a ataques ilegales contra su honor y buen nombre. Todos los trabajadores migratorios tendrán derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Artículo 15

Ningún trabajador migratorio o familiar suyo será privado arbitrariamente de sus bienes, ya sean de propiedad personal exclusiva o en asociación con otras personas. Cuando, en virtud de la legislación vigente en el Estado de empleo, los bienes de un trabajador migratorio o de un familiar suyo sean expropiados total o parcialmente, la persona interesada tendrá derecho a una indemnización justa y apropiada.

Artículo 16

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la libertad y la seguridad personales.

2. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la protección efectiva del Estado contra toda violencia, daño corporal, amenaza o intimidación por parte de funcionarios públicos o de particulares, grupos o instituciones.

3. La verificación por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de la identidad de los trabajadores migratorios o de sus familiares se realizará con arreglo a los procedimientos establecidos por ley.

4. Los trabajadores migratorios y sus familiares no serán sometidos, individual ni colectivamente, a detención o prisión arbitrarias; no serán privados de su libertad, salvo por los motivos y de conformidad con los procedimientos que la ley establezca.

5. Los trabajadores migratorios y sus familiares que sean detenidos serán informados en el momento de la detención, de ser posible en un idioma que comprendan, de los motivos de

esta detención, y se les notificarán prontamente, en un idioma que comprendan, las acusaciones que se les haya formulado.

6. 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. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

7. Cuando un trabajador migratorio o un familiar suyo sea arrestado, recluido en prisión o detenido en espera de juicio o sometido a cualquier otra forma de detención:

a) Las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen, o de un Estado que represente los intereses del Estado de origen, serán informadas sin demora, si lo solicita el detenido, de la detención o prisión y de los motivos de esa medida;

b) La persona interesada tendrá derecho a comunicarse con esas autoridades. Toda comunicación dirigida por el interesado a esas autoridades será remitida sin demora, y el interesado tendrá también derecho a recibir sin demora las comunicaciones de dichas autoridades;

c) Se informará sin demora al interesado de este derecho y de los derechos derivados de los tratados pertinentes, si son aplicables entre los Estados de que se trate, a intercambiar correspondencia y reunirse con representantes de esas autoridades y a hacer gestiones con ellos para su representación legal.

8. Los trabajadores migratorios y sus familiares que sean privados de su libertad por detención o prisión tendrán derecho a incoar 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. En el ejercicio de este recurso, recibirán la asistencia, gratuita si fuese necesario, de un intérprete cuando no pudieren entender o hablar el idioma utilizado.

9. Los trabajadores migratorios y sus familiares que hayan sido víctimas de detención o prisión ilegal tendrán derecho a exigir una indemnización.

Artículo 17

1. Todo trabajador migratorio o familiar suyo privado de libertad será tratado humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano y a su identidad cultural.

2. Los trabajadores migratorios y sus familiares acusados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y sometidos a un régimen distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas. Si fueren menores de edad, estarán separados de los adultos y la vista de su causa tendrá lugar con la mayor celeridad.

3. Todo trabajador migratorio o familiar suyo que se encuentre detenido en un Estado de tránsito o en el Estado de empleo por violación de las disposiciones sobre migración será alojado, en la medida de lo posible, en locales distintos de los destinados a las personas condenadas o a las personas detenidas que esperen ser juzgadas.

4. Durante todo período de prisión en cumplimiento de una sentencia impuesta por un tribunal, el tratamiento del trabajador migratorio o familiar suyo tendrá por finalidad esencial su reforma y readaptación social. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

5. Durante la detención o prisión, los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán el mismo derecho que los nacionales a recibir visitas de miembros de su familia.

6. Cuando un trabajador migratorio sea privado de su libertad, las autoridades competentes del Estado de que se trate prestarán atención a los problemas que se planteen a sus familiares, en particular al cónyuge y los hijos menores.

7. Los trabajadores migratorios y sus familiares sometidos a cualquier forma de detención o prisión prevista por las leyes vigentes del Estado de empleo o el Estado de tránsito gozarán de los mismos derechos que los nacionales de dichos Estados que se encuentren en igual situación.

8. Si un trabajador migratorio o un familiar suyo es detenido con objeto de verificar una infracción de las disposiciones sobre migración, no correrán por su cuenta los gastos que ocasione ese procedimiento.

Artículo 18

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán iguales derechos que los nacionales del Estado de que se trate ante los tribunales y las cortes de justicia. Tendrán derecho a ser oídos públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ellos o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

2. Todo trabajador migratorio o familiar suyo acusado de un delito tendrá derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, todo trabajador migratorio o familiar suyo acusado de un delito tendrá derecho a las siguientes garantías mínimas:

a) 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;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente si careciera de medios suficientes para pagar;

e) 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;

f) A ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores, se tendrá en cuenta su edad y la importancia de promover su readaptación social.

5. Todo trabajador migratorio o familiar suyo declarado culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se la haya impuesto sean examinados por un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme contra un trabajador migratorio o un familiar suyo haya sido ulteriormente revocada o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, quien haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizado

conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Ningún trabajador migratorio o familiar suyo podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto mediante sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal del Estado interesado.

Artículo 19

1. Ningún trabajador migratorio o familiar suyo será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional; tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el interesado se beneficiará de esa disposición.

2. Al dictar una sentencia condenatoria por un delito cometido por un trabajador migratorio o un familiar suyo, se deberán considerar los aspectos humanitarios relacionados con su condición, en particular con respeto a su derecho de residencia o de trabajo.

Artículo 20

1. Ningún trabajador migratorio o familiar suyo será encarcelado por el solo hecho de no cumplir una obligación contractual.

2. Ningún trabajador migratorio o familiar suyo será privado de su autorización de residencia o permiso de trabajo ni expulsado por el solo hecho de no cumplir una obligación emanada de un contrato de trabajo, a menos que el cumplimiento de esa obligación constituya condición necesaria para dicha autorización o permiso.

Artículo 21

Ninguna persona que no sea un funcionario público debidamente autorizado por la ley podrá confiscar, destruir o intentar destruir documentos de identidad, autorizaciones de entrada, estancia, residencia o permanencia en el territorio de un país ni permisos de trabajo. En los casos en que la confiscación de esos documentos esté autorizada, no podrá efectuarse sin la previa entrega de un recibo detallado. En ningún caso estará permitido destruir el pasaporte o documento equivalente de un trabajador migratorio o de un familiar suyo.

Artículo 22

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente.

2. Los trabajadores migratorios y sus familiares sólo podrán ser expulsados del territorio de un Estado Parte en cumplimiento de una decisión adoptada por la autoridad competente conforme a la ley.

3. La decisión les será comunicada en un idioma que puedan entender. Les será comunicada por escrito si lo solicitasen y ello no fuese obligatorio por otro concepto y, salvo en circunstancias excepcionales justificadas por razones de seguridad nacional, se indicarán también los motivos de la decisión. Se informará a los interesados de estos derechos antes de que se pronuncie la decisión o, a más tardar, en ese momento.

4. 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 opongan a ello. Hasta tanto se haga dicha revisión, tendrán derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión.

5. Cuando una decisión de expulsión ya ejecutada sea ulteriormente revocada, la persona interesada tendrá derecho a reclamar indemnización conforme a la ley, y no se hará valer la

decisión anterior para impedir a esa persona que vuelva a ingresar en el Estado de que se trate.

6. En caso de expulsión, el interesado tendrá oportunidad razonable, antes o después de la partida, para arreglar lo concerniente al pago de los salarios y otras prestaciones que se le adeuden y al cumplimiento de sus obligaciones pendientes.

7. Sin perjuicio de la ejecución de una decisión de expulsión, el trabajador migratorio o familiar suyo que sea objeto de ella podrá solicitar autorización de ingreso en un Estado que no sea su Estado de origen.

8. Los gastos a que dé lugar el procedimiento de expulsión de un trabajador migratorio o un familiar suyo no correrán por su cuenta. Podrá exigírsele que pague sus propios gastos de viaje.

9. La expulsión del Estado de empleo no menoscabará por sí sola ninguno de los derechos que haya adquirido de conformidad con la legislación de ese Estado un trabajador migratorio o un familiar suyo, incluido el derecho a recibir los salarios y otras prestaciones que se le adeuden.

Artículo 23

Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recurrir a la protección y la asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen, o del Estado que represente los intereses de ese Estado, en todos los casos en que queden menoscabados los derechos reconocidos en la presente Convención. En particular, en caso de expulsión, se informará sin demora de ese derecho a la persona interesada, y las autoridades del Estado que haya dispuesto la expulsión facilitarán el ejercicio de ese derecho.

Artículo 24

Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 25

1. Los trabajadores migratorios gozarán de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo en lo tocante a remuneración y de:

a) Otras condiciones de trabajo, es decir, horas extraordinarias, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, fin de la relación de empleo y cualesquiera otras condiciones de trabajo que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, estén comprendidas en este término;

b) Otras condiciones de empleo, es decir, edad mínima de empleo, restricción del trabajo a domicilio y cualesquiera otros asuntos que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, se consideren condiciones de empleo.

2. No será legal menoscabar en los contratos privados de empleo el principio de igualdad de trato que se menciona en el párrafo 1 del presente artículo.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para asegurar que los trabajadores migratorios no sean privados de ninguno de los derechos derivados de este principio a causa de irregularidades en su permanencia o empleo. En particular, los empleadores no quedarán exentos de ninguna obligación jurídica ni contractual, ni sus obligaciones se verán limitadas en forma alguna a causa de cualquiera de esas irregularidades.

Artículo 26

1. Los Estados Partes reconocerán el derecho de los trabajadores migratorios y sus familiares a:

- a) Participar en las reuniones y actividades de los sindicatos o de cualesquiera otras asociaciones establecidas conforme a la ley, con miras a proteger sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente;
- b) Afiliarse libremente a cualquier sindicato o a cualquiera de las asociaciones citadas, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente;
- c) Solicitar ayuda y asistencia de cualquier sindicato o de cualquiera de las asociaciones citadas.

2. El ejercicio de tales derechos sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean 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.

Artículo 27

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares gozarán en el Estado de empleo, con respecto a la seguridad social, del mismo trato que los nacionales en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables. Las autoridades competentes del Estado de origen y del Estado de empleo podrán tomar en cualquier momento las disposiciones necesarias para determinar las modalidades de aplicación de esta norma.

2. Cuando la legislación aplicable no permita que los trabajadores migratorios o sus familiares gocen de alguna prestación, el Estado de que se trate, sobre la base del trato otorgado a los nacionales que estuvieren en situación similar, considerará la posibilidad de reembolsarles el monto de las contribuciones que hubieren aportado en relación con esas prestaciones.

Artículo 28

Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo.

Artículo 29

Todos los hijos de los trabajadores migratorios tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad.

Artículo 30

Todos los hijos de los trabajadores migratorios gozarán del derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. El acceso de los hijos de trabajadores migratorios a las instituciones de enseñanza preescolar o las escuelas públicas no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular en lo que respecta a la permanencia o al empleo de cualquiera de los padres, ni del carácter irregular de la permanencia del hijo en el Estado de empleo.

Artículo 31

1. Los Estados Partes velarán porque se respete la identidad cultural de los trabajadores migratorios y de sus familiares y no impedirán que éstos mantengan vínculos culturales con sus Estados de origen.
2. Los Estados Partes podrán tomar las medidas apropiadas para ayudar y alentar los esfuerzos a este respecto.

Artículo 32

Los trabajadores migratorios y sus familiares, al terminar su permanencia en el Estado de empleo, tendrán derecho a transferir sus ingresos y ahorros y, de conformidad con la legislación aplicable de los Estados de que se trate, sus efectos personales y otras pertenencias.

Artículo 33

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a que el Estado de origen, el Estado de empleo o el Estado de tránsito, según corresponda, les proporcione información acerca de:

- a) Sus derechos con arreglo a la presente Convención;
- b) Los requisitos establecidos para su admisión, sus derechos y obligaciones con arreglo a la ley y la práctica del Estado interesado y cualesquiera otras cuestiones que les permitan cumplir formalidades administrativas o de otra índole en dicho Estado.

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas que consideren apropiadas para difundir la información mencionada o velar por que sea suministrada por empleadores, sindicatos u otros órganos o instituciones apropiados. Según corresponda, cooperarán con los demás Estados interesados.

3. La información adecuada será suministrada a los trabajadores migratorios y sus familiares que la soliciten gratuitamente y, en la medida de lo posible, en un idioma que puedan entender.

Artículo 34

Ninguna de las disposiciones de la presente Parte de la Convención tendrá por efecto eximir a los trabajadores migratorios y a sus familiares de la obligación de cumplir las leyes y reglamentaciones de todos los Estados de tránsito y del Estado de empleo ni de la obligación de respetar la identidad cultural de los habitantes de esos Estados.

Artículo 35

Ninguna de las disposiciones de la presente Parte de la Convención se interpretará en el sentido de que implica la regularización de la situación de trabajadores migratorios o de familiares suyos no documentados o en situación irregular o el derecho a que su situación sea así regularizada, ni menoscabará las medidas encaminadas a asegurar las condiciones satisfactorias y equitativas para la migración internacional previstas en la parte VI de la presente Convención.

PARTE IV: Otros derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares que estén documentados o se encuentren en situación regular

Artículo 36

Los trabajadores migratorios y sus familiares que estén documentados o se encuentren en situación regular en el Estado de empleo gozarán de los derechos enunciados en la presente Parte de la Convención, además de los enunciados en la parte III.

Artículo 37

Antes de su partida, o a más tardar en el momento de su admisión en el Estado de empleo, los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a ser plenamente informados por el Estado de origen o por el Estado de empleo, según corresponda, de todas las condiciones aplicables a su admisión y, particularmente, de las relativas a su estancia y a las actividades remuneradas que podrán realizar, así como de los requisitos que deberán cumplir en el Estado de empleo y las autoridades a que deberán dirigirse para que se modifiquen esas condiciones.

Artículo 38

1. Los Estados de empleo harán todo lo posible por autorizar a los trabajadores migratorios y sus familiares a ausentarse temporalmente sin que ello afecte a la autorización que tengan de permanecer o trabajar, según sea el caso. Al hacerlo, los Estados de empleo deberán tener presentes las necesidades y obligaciones especiales de los trabajadores migratorios y sus familiares, particularmente en sus Estados de origen.

2. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a ser informados plenamente de las condiciones en que estén autorizadas esas ausencias temporales.

Artículo 39

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la libertad de movimiento en el territorio del Estado de empleo y a escoger libremente en él su residencia.

2. Los derechos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo no estarán sujetos a ninguna restricción, salvo las que estén establecidas por ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y las libertades de los demás y sean congruentes con los demás derechos reconocidos en la presente Convención.

Artículo 40

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán el derecho a establecer asociaciones y sindicatos en el Estado de empleo para el fomento y la protección de sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole.

2. No podrán imponerse restricciones al ejercicio de ese derecho, salvo las que prescriba la ley y 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.

Artículo 41

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán 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.

2. Los Estados de que se trate facilitarán, según corresponda y de conformidad con su legislación, el ejercicio de esos derechos.

Artículo 42

1. Los Estados Partes considerarán la posibilidad de establecer procedimientos o instituciones que permitan tener en cuenta, tanto en los Estados de origen como en los Estados de empleo, las necesidades, aspiraciones u obligaciones especiales de los trabajadores migratorios y sus familiares y considerarán también, según proceda, la posibilidad de que los trabajadores migratorios y sus familiares tengan en esas instituciones sus propios representantes libremente elegidos.

2. Los Estados de empleo facilitarán, de conformidad con su legislación nacional, la consulta o la participación de los trabajadores migratorios y sus familiares en las decisiones relativas a la vida y la administración de las comunidades locales.

3. Los trabajadores migratorios podrán disfrutar de derechos políticos en el Estado de empleo si ese Estado, en el ejercicio de su soberanía, les concede tales derechos.

Artículo 43

1. Los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con:

a) El acceso a instituciones y servicios de enseñanza, con sujeción a los requisitos de admisión y otras reglamentaciones de las instituciones y servicios de que se trate;

- b) El acceso a servicios de orientación profesional y colocación;
- c) El acceso a servicios e instituciones de formación profesional y readiestramiento;
- d) El acceso a la vivienda, con inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres;
- e) El acceso a los servicios sociales y de salud, siempre que se hayan satisfecho los requisitos establecidos para la participación en los planes correspondientes;
- f) El acceso a las cooperativas y empresas en régimen de autogestión, sin que ello implique un cambio de su condición de trabajadores migratorios y con sujeción a las normas y los reglamentos por que se rijan los órganos interesados;
- g) El acceso a la vida cultural y la participación en ella.

2. Los Estados Partes promoverán condiciones que garanticen una efectiva igualdad de trato, a fin de que los trabajadores migratorios puedan gozar de los derechos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo, siempre que las condiciones establecidas para su estancia, con arreglo a la autorización del Estado de empleo, satisfagan los requisitos correspondientes.

3. Los Estados de empleo no impedirán que un empleador de trabajadores migratorios instale viviendas o servicios sociales o culturales para ellos. Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 70 de la presente Convención, el Estado de empleo podrá subordinar la instalación de esos servicios a los requisitos generalmente exigidos en ese Estado en relación con su instalación.

Artículo 44

1. Los Estados Partes, reconociendo que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección por parte de la sociedad y del Estado, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio.

2. Los Estados Partes tomarán las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo.

3. Los Estados de empleo, por razones humanitarias, considerarán favorablemente conceder un trato igual al previsto en el párrafo 2 del presente artículo a otros familiares de los trabajadores migratorios.

Artículo 45

1. Los familiares de los trabajadores migratorios gozarán, en el Estado de empleo, de igualdad de trato respecto de los nacionales de ese Estado en relación con:

- a) El acceso a instituciones y servicios de enseñanza, con sujeción a los requisitos de ingreso y a otras normas de las instituciones y los servicios de que se trate;
- b) El acceso a instituciones y servicios de orientación y capacitación vocacional, a condición de que se cumplan los requisitos para la participación en ellos;
- c) El acceso a servicios sociales y de salud, a condición de que se cumplan los requisitos para la participación en los planes correspondientes;
- d) El acceso a la vida cultural y la participación en ella.

2. Los Estados de empleo, en colaboración con los Estados de origen cuando proceda, aplicarán una política encaminada a facilitar la integración de los hijos de los trabajadores

migratorios en el sistema escolar local, particularmente en lo tocante a la enseñanza del idioma local.

3. Los Estados de empleo procurarán facilitar a los hijos de los trabajadores migratorios la enseñanza de su lengua y cultura maternas y, cuando proceda, los Estados de origen colaborarán a esos efectos.

4. Los Estados de empleo podrán establecer planes especiales de enseñanza en la lengua materna de los hijos de los trabajadores migratorios, en colaboración con los Estados de origen si ello fuese necesario.

Artículo 46

Los trabajadores migratorios y sus familiares estarán exentos, con sujeción a la legislación aplicable de los Estados de que se trate y a los acuerdos internacionales pertinentes y las obligaciones de dichos Estados dimanantes de su participación en uniones aduaneras, del pago de derechos e impuestos en concepto de importación y exportación por sus efectos personales y enseres domésticos, así como por el equipo necesario para el desempeño de la actividad remunerada para la que hubieran sido admitidos en el Estado de empleo:

- a) En el momento de salir del Estado de origen o del Estado de residencia habitual;
- b) En el momento de su admisión inicial en el Estado de empleo;
- c) En el momento de su salida definitiva del Estado de empleo;
- d) En el momento de su regreso definitivo al Estado de origen o al Estado de residencia habitual.

Artículo 47

1. Los trabajadores migratorios tendrán derecho a transferir sus ingresos y ahorros, en particular los fondos necesarios para el sustento de sus familiares, del Estado de empleo a su Estado de origen o a cualquier otro Estado. Esas transferencias se harán con arreglo a los procedimientos establecidos en la legislación aplicable del Estado interesado y de conformidad con los acuerdos internacionales aplicables.

2. Los Estados interesados adoptarán las medidas apropiadas para facilitar dichas transferencias.

Artículo 48

1. Sin perjuicio de los acuerdos aplicables sobre doble tributación, los trabajadores migratorios y sus familiares, en lo que respecta a los ingresos en el Estado de empleo:

- a) No deberán pagar impuestos, derechos ni gravámenes de ningún tipo que sean más elevados o gravosos que los que deban pagar los nacionales en circunstancias análogas;
- b) Tendrán derecho a deducciones o exenciones de impuestos de todo tipo y a las desgravaciones tributarias aplicables a los nacionales en circunstancias análogas, incluidas las desgravaciones tributarias por familiares a su cargo.

2. Los Estados Partes procurarán adoptar las medidas apropiadas para evitar que los ingresos y ahorros de los trabajadores migratorios y sus familiares sean objeto de doble tributación.

Artículo 49

1. En los casos en que la legislación nacional exija autorizaciones separadas de residencia y de empleo, los Estados de empleo otorgarán a los trabajadores migratorios una autorización de residencia por lo menos por el mismo período de duración de su permiso para desempeñar una actividad remunerada.

2. En los Estados de empleo en que los trabajadores migratorios tengan la libertad de elegir una actividad remunerada, no se considerará que los trabajadores migratorios se encuentran

en situación irregular, ni se les retirará su autorización de residencia, por el solo hecho del cese de su actividad remunerada con anterioridad al vencimiento de su permiso de trabajo o autorización análoga.

3. A fin de permitir que los trabajadores migratorios mencionados en el párrafo 2 del presente artículo tengan tiempo suficiente para encontrar otra actividad remunerada, no se les retirará su autorización de residencia, por lo menos por un período correspondiente a aquel en que tuvieran derecho a prestaciones de desempleo.

Artículo 50

1. En caso de fallecimiento de un trabajador migratorio o de disolución del matrimonio, el Estado de empleo considerará favorablemente conceder autorización para permanecer en él a los familiares de ese trabajador migratorio que residan en ese Estado en consideración de la unidad de la familia; el Estado de empleo tendrá en cuenta el período de tiempo que esos familiares hayan residido en él.

2. Se dará a los familiares a quienes no se conceda esa autorización tiempo razonable para arreglar sus asuntos en el Estado de empleo antes de salir de él.

3. No podrá interpretarse que las disposiciones de los párrafos 1 y 2 de este artículo afectan adversamente al derecho a permanecer y trabajar concedido a esos familiares por la legislación del Estado de empleo o por tratados bilaterales y multilaterales aplicables a ese Estado.

Artículo 51

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. Dichos trabajadores migratorios tendrán derecho a buscar otros empleos, participar en programas de obras públicas y readiestrarse durante el período restante de su permiso de trabajo, con sujeción a las condiciones y limitaciones que se establezcan en dicho permiso.

Artículo 52

1. Los trabajadores migratorios tendrán en el Estado de empleo libertad de elegir su actividad remunerada, con sujeción a las restricciones o condiciones siguientes.

2. Respecto de cualquier trabajador migratorio, el Estado de empleo podrá:

a) Restringir el acceso a categorías limitadas de empleo, funciones, servicios o actividades, cuando ello sea necesario en beneficio del Estado y esté previsto por la legislación nacional;

b) Restringir la libre elección de una actividad remunerada de conformidad con su legislación relativa a las condiciones de reconocimiento de calificaciones profesionales adquiridas fuera del territorio del Estado de empleo. Sin embargo, los Estados Partes interesados tratarán de reconocer esas calificaciones.

3. En el caso de los trabajadores migratorios cuyo permiso de trabajo sea de tiempo limitado, el Estado de empleo también podrá:

a) Subordinar el derecho de libre elección de una actividad remunerada a la condición de que el trabajador migratorio haya residido legalmente en el territorio del Estado de empleo para los fines de ejercer una actividad remunerada por un período de tiempo determinado en la legislación nacional de dicho Estado que no sea superior a dos años;

b) Limitar el acceso del trabajador migratorio a una actividad remunerada en aplicación de una política de otorgar prioridad a sus nacionales o a las personas que estén asimiladas a sus

nacionales para esos fines en virtud de la legislación vigente o de acuerdos bilaterales o multilaterales. Las limitaciones de este tipo no se aplicarán a un trabajador migratorio que haya residido legalmente en el territorio del Estado de empleo para los fines de ejercer una actividad remunerada por un período determinado en la legislación nacional de dicho Estado que no sea superior a cinco años.

4. El Estado de empleo fijará las condiciones en virtud de las cuales un trabajador migratorio que haya sido admitido para ejercer un empleo podrá ser autorizado a realizar trabajos por cuenta propia. Se tendrá en cuenta el período durante el cual el trabajador haya residido legalmente en el Estado de empleo.

Artículo 53

1. Los familiares de un trabajador migratorio cuya autorización de residencia o admisión no tenga límite de tiempo o se renueve automáticamente podrán elegir libremente una actividad remunerada en las mismas condiciones aplicables a dicho trabajador migratorio de conformidad con el artículo 52 de la presente Convención.

2. En cuanto a los familiares de un trabajador migratorio a quienes no se les permita elegir libremente su actividad remunerada, los Estados Partes considerarán favorablemente darles prioridad, a efectos de obtener permiso para ejercer una actividad remunerada, respecto de otros trabajadores que traten de lograr admisión en el Estado de empleo, con sujeción a los acuerdos bilaterales y multilaterales aplicables.

Artículo 54

1. 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:

- a) La protección contra los despidos;
- b) Las prestaciones de desempleo;
- c) El acceso a los programas de obras públicas destinados a combatir el desempleo;
- d) 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.

2. Si un trabajador migratorio alega que su empleador ha violado las condiciones de su contrato de trabajo, tendrá derecho a recurrir ante las autoridades competentes del Estado de empleo, según lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 18 de la presente Convención.

Artículo 55

Los trabajadores migratorios que hayan obtenido permiso para ejercer una actividad remunerada, con sujeción a las condiciones adscritas a dicho permiso, tendrán derecho a igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en el ejercicio de esa actividad remunerada.

Artículo 56

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares a los que se refiere la presente parte de la Convención no podrán ser expulsados de un Estado de empleo salvo por razones definidas en la legislación nacional de ese Estado y con sujeción a las salvaguardias establecidas en la parte III.

2. No se podrá recurrir a la expulsión como medio de privar a un trabajador migratorio o a un familiar suyo de los derechos emanados de la autorización de residencia y el permiso de trabajo.

3. Al considerar si se va a expulsar a un trabajador migratorio o a un familiar suyo, deben tenerse en cuenta consideraciones de carácter humanitario y también el tiempo que la persona de que se trate lleve residiendo en el Estado de empleo.

PARTE V: Disposiciones aplicables a categorías particulares de trabajadores migratorios y sus familiares

Artículo 57

Los trabajadores migratorios y sus familiares incluidos en las categorías particulares enumeradas en la presente Parte de la Convención que estén documentados o en situación regular gozarán de los derechos establecidos en la parte III, y, con sujeción a las modificaciones que se especifican a continuación, de los derechos establecidos en la parte IV.

Artículo 58

1. Los trabajadores fronterizos, definidos en el inciso a) del párrafo 2 del artículo 2 de la presente Convención, gozarán de los derechos reconocidos en la parte IV que puedan corresponderles en virtud de su presencia y su trabajo en el territorio del Estado de empleo, teniendo en cuenta que no han establecido su residencia habitual en dicho Estado.

2. Los Estados de empleo considerarán favorablemente la posibilidad de otorgar a los trabajadores fronterizos el derecho a elegir libremente una actividad remunerada luego de un período determinado. El otorgamiento de ese derecho no afectará a su condición de trabajadores fronterizos.

Artículo 59

1. Los trabajadores de temporada, definidos en el inciso b) del párrafo 2 del artículo 2 de la presente Convención, gozarán de los derechos reconocidos en la parte IV que puedan corresponderles en virtud de su presencia y su trabajo en el territorio del Estado de empleo y que sean compatibles con su condición de trabajadores de temporada en ese Estado, teniendo en cuenta el hecho de que se encuentran en ese Estado sólo una parte del año.

2. El Estado de empleo, con sujeción al párrafo 1 de este artículo, examinará la conveniencia de conceder a los trabajadores de temporada que hayan estado empleados en su territorio durante un período de tiempo considerable la posibilidad de realizar otras actividades remuneradas, otorgándoles prioridad respecto de otros trabajadores que traten de lograr admisión en ese Estado, con sujeción a los acuerdos bilaterales y multilaterales aplicables.

Artículo 60

Los trabajadores itinerantes, definidos en el inciso e) del párrafo 2 del artículo 2 de la presente Convención, gozarán de todos los derechos reconocidos en la parte IV que puedan corresponderles en virtud de su presencia y su trabajo en el territorio del Estado de empleo y que sean compatibles con su condición de trabajadores itinerantes en ese Estado.

Artículo 61

1. Los trabajadores vinculados a un proyecto, definidos en el inciso f) del párrafo 2 del artículo 2 de la presente Convención, y sus familiares gozarán de los derechos reconocidos en la parte IV, salvo los establecidos en los incisos b) y c) del párrafo 1 del artículo 43, en el inciso d) del párrafo 1 del artículo 43 en lo referente a los planes sociales de vivienda, en el inciso b) del párrafo 1 del artículo 45 y en los artículos 52 a 55.

2. Si un trabajador vinculado a un proyecto alega que su empleador ha violado las condiciones de su contrato de trabajo, tendrá derecho a recurrir ante las autoridades competentes del Estado que tenga jurisdicción sobre el empleador, según lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 18 de la presente Convención.

3. Con sujeción a los acuerdos bilaterales o multilaterales que se les apliquen, los Estados Partes procurarán conseguir que los trabajadores vinculados a un proyecto estén debidamente protegidos por los sistemas de seguridad social de sus Estados de origen o de residencia habitual durante el tiempo que estén vinculados al proyecto. Los Estados Partes interesados tomarán medidas apropiadas a fin de evitar toda denegación de derechos o duplicación de pagos a este respecto.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 47 de la presente Convención y en los acuerdos bilaterales o multilaterales pertinentes, los Estados Partes interesados permitirán que los ingresos de los trabajadores vinculados a un proyecto se abonen en su Estado de origen o de residencia habitual.

Artículo 62

1. Los trabajadores con empleo concreto, definidos en el inciso g) del párrafo 2 del artículo 2 de la presente Convención, gozarán de los derechos reconocidos en la parte IV, con excepción de lo dispuesto en los incisos b) y c) del párrafo 1 del artículo 43, en el inciso d) del párrafo 1 del artículo 43 en lo referente a los planes sociales de vivienda, en el artículo 52 y en el inciso d) del párrafo 1 del artículo 54.

2. Los familiares de los trabajadores con empleo concreto gozarán de los derechos que se les reconocen a los familiares de los trabajadores migratorios en la parte IV de la presente Convención, con excepción de lo dispuesto en el artículo 53.

Artículo 63

1. Los trabajadores por cuenta propia, definidos en el inciso h) del párrafo 2 del artículo 2 de la presente Convención, gozarán de los derechos reconocidos en la parte IV, salvo los que sean aplicables exclusivamente a los trabajadores que tienen contrato de trabajo.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 52 y 79 de la presente Convención, la terminación de la actividad económica de los trabajadores por cuenta propia no acarreará de suyo el retiro de la autorización para que ellos o sus familiares permanezcan en el Estado de empleo o se dediquen en él a una actividad remunerada, salvo cuando la autorización de residencia dependa expresamente de la actividad remunerada concreta para la cual fueron admitidos.

PARTE VI: Promoción de condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas en relación con la migración internacional de los trabajadores y sus familiares

Artículo 64

1. Sin perjuicio de las disposiciones del artículo 79 de la presente Convención, los Estados Partes interesados se consultarán y colaborarán entre sí, según sea apropiado, con miras a promover condiciones satisfactorias, equitativas y dignas en relación con la migración internacional de trabajadores y sus familiares.

2. A ese respecto, se tendrán debidamente en cuenta no sólo las necesidades y recursos de mano de obra, sino también las necesidades sociales, económicas, culturales y de otro tipo de los trabajadores migratorios y sus familiares, así como las consecuencias de tal migración para las comunidades de que se trate.

Artículo 65

1. Los Estados Partes mantendrán servicios apropiados para atender las cuestiones relacionadas con la migración internacional de trabajadores y sus familiares. Sus funciones serán, entre otras:

- a) La formulación y la ejecución de políticas relativas a esa clase de migración;
- b) El intercambio de información, las consultas y la cooperación con las autoridades competentes de otros Estados Partes interesados en esa clase de migración;

c) El suministro de información apropiada, en particular a empleadores, trabajadores y sus organizaciones, acerca de las políticas, leyes y reglamentos relativos a la migración y el empleo, los acuerdos sobre migración concertados con otros Estados y otros temas pertinentes;

d) El suministro de información y asistencia apropiada a los trabajadores migratorios y sus familiares en lo relativo a las autorizaciones y formalidades y arreglos requeridos para la partida, el viaje, la llegada, la estancia, las actividades remuneradas, la salida y el regreso, así como en lo relativo a las condiciones de trabajo y de vida en el Estado de empleo, las normas aduaneras, monetarias y tributarias y otras leyes y reglamentos pertinentes.

2. Los Estados Partes facilitarán, según corresponda, la provisión de servicios consulares adecuados y otros servicios que sean necesarios para atender a las necesidades sociales, culturales y de otra índole de los trabajadores migratorios y sus familiares.

Artículo 66

1. Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 2 de este artículo, el derecho a realizar operaciones para la contratación de trabajadores en otro Estado sólo corresponderá a:

a) Los servicios u organismos públicos del Estado en el que tengan lugar esas operaciones;

b) Los servicios u organismos públicos del Estado de empleo sobre la base de un acuerdo entre los Estados interesados;

c) Un organismo establecido en virtud de un acuerdo bilateral o multilateral.

2. Con sujeción a la autorización, la aprobación y la supervisión de las autoridades públicas de los Estados Partes interesados que se establezcan con arreglo a las legislaciones y prácticas de esos Estados, podrá permitirse también que organismos, futuros empleadores o personas que actúen en su nombre realicen las operaciones mencionadas.

Artículo 67

1. Los Estados Partes interesados cooperarán de la manera que resulte apropiada en la adopción de medidas relativas al regreso ordenado de los trabajadores migratorios y sus familiares al Estado de origen cuando decidan regresar, cuando expire su permiso de residencia o empleo, o cuando se encuentren en situación irregular en el Estado de empleo.

2. Por lo que respecta a los trabajadores migratorios y sus familiares que se encuentren en situación regular, los Estados Partes interesados cooperarán de la manera que resulte apropiada, en las condiciones convenidas por esos Estados, con miras a fomentar condiciones económicas adecuadas para su reasentamiento y para facilitar su reintegración social y cultural duradera en el Estado de origen.

Artículo 68

1. Los Estados Partes, incluidos los Estados de tránsito, colaborarán con miras a impedir y eliminar los movimientos y el empleo ilegales o clandestinos de los trabajadores migratorios en situación irregular. Entre las medidas que se adopten con ese objeto dentro de la jurisdicción de cada Estado interesado, se contarán:

a) Medidas adecuadas contra la difusión de información engañosa en lo concerniente a la emigración y la inmigración;

b) Medidas para detectar y eliminar los movimientos ilegales o clandestinos de trabajadores migratorios y sus familiares y para imponer sanciones efectivas a las personas, grupos o entidades que organicen o dirijan esos movimientos o presten asistencia a tal efecto;

c) Medidas para imponer sanciones efectivas a las personas, grupos o entidades que hagan uso de la violencia o de amenazas o intimidación contra los trabajadores migratorios o sus familiares en situación irregular.

2. Los Estados de empleo adoptarán todas las medidas necesarias y efectivas para eliminar la contratación en su territorio de trabajadores migratorios en situación irregular, incluso, si procede, mediante la imposición de sanciones a los empleadores de esos trabajadores. Esas medidas no menoscabarán los derechos de los trabajadores migratorios frente a sus empleadores en relación con su empleo.

Artículo 69

1. Los Estados Partes en cuyo territorio haya trabajadores migratorios y familiares suyos en situación irregular tomarán medidas apropiadas para asegurar que esa situación no persista.

2. Cuando los Estados Partes interesados consideren la posibilidad de regularizar la situación de dichas personas de conformidad con la legislación nacional y los acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables, se tendrán debidamente en cuenta las circunstancias de su entrada, la duración de su estancia en los Estados de empleo y otras consideraciones pertinentes, en particular las relacionadas con su situación familiar.

Artículo 70

Los Estados Partes deberán tomar medidas no menos favorables que las aplicadas a sus nacionales para garantizar que las condiciones de trabajo y 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.

Artículo 71

1. Los Estados Partes facilitarán, siempre que sea necesario, la repatriación al Estado de origen de los restos mortales de los trabajadores migratorios o de sus familiares.

2. En lo tocante a las cuestiones relativas a la indemnización por causa de fallecimiento de un trabajador migratorio o de uno de sus familiares, los Estados Partes, según proceda, prestarán asistencia a las personas interesadas con miras a lograr el pronto arreglo de dichas cuestiones. El arreglo de dichas cuestiones se realizará sobre la base del derecho nacional aplicable de conformidad con las disposiciones de la presente Convención y de los acuerdos bilaterales o multilaterales pertinentes.

PARTE VII: Aplicación de la Convención

Artículo 72

1. a) Con el fin de observar la aplicación de la presente Convención se establecerá un Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (denominado en adelante "el Comité");

b) El Comité estará compuesto, en el momento en que entre en vigor la presente Convención, de diez expertos y después de la entrada en vigor de la Convención para el cuadragésimo primer Estado Parte, de catorce expertos de gran integridad moral, imparciales y de reconocida competencia en el sector abarcado por la Convención.

2. a) Los miembros del Comité serán elegidos en votación secreta por los Estados Partes de una lista de personas designadas por los Estados Partes. Se prestará la debida consideración a la distribución geográfica equitativa, incluyendo tanto Estados de origen como Estados de empleo, y a la representación de los principales sistemas jurídicos. Cada Estado Parte podrá proponer la candidatura de una persona elegida entre sus propios nacionales;

b) Los miembros serán elegidos y ejercerán sus funciones a título personal.

3. La elección inicial se celebrará a más tardar seis meses después de la fecha de entrada en vigor de la presente Convención, y las elecciones subsiguientes se celebrarán cada dos años. Al menos cuatro meses antes de la fecha de cada elección, el Secretario General de las Naciones Unidas dirigirá una carta a todos los Estados Partes para invitarlos a que presenten sus candidaturas en un plazo de dos meses. El Secretario General preparará una lista por

orden alfabético de todos los candidatos, en la que indicará los Estados Partes que los han designado, y la transmitirá a los Estados Partes a más tardar un mes antes de la fecha de la correspondiente elección, junto con las notas biográficas de los candidatos.

4. Los miembros del Comité serán elegidos en una reunión de los Estados Partes que será convocada por el Secretario General y se celebrará en la Sede de las Naciones Unidas. En la reunión, para la cual constituirán quórum dos tercios de los Estados Partes, se considerarán elegidos para el Comité los candidatos que obtengan el mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los Estados Partes presentes y votantes.

5. a) Los miembros del Comité serán elegidos por cuatro años. No obstante, el mandato de cinco de los miembros elegidos en la primera elección expirará al cabo de dos años; inmediatamente después de la primera elección, el Presidente de la reunión de los Estados Partes designará por sorteo los nombres de esos cinco miembros;

b) La elección de los cuatro miembros adicionales del Comité se realizará, de conformidad con las disposiciones de los párrafos 2, 3 y 4 del presente artículo, inmediatamente después de la entrada en vigor de la Convención para el cuadragésimo primer Estado Parte. El mandato de dos de los miembros adicionales elegidos en esa ocasión expirará al cabo de dos años; el Presidente de la reunión de los Estados Partes designará por sorteo el nombre de esos miembros;

c) Los miembros del Comité podrán ser reelegidos si su candidatura vuelve a presentarse.

6. Si un miembro del Comité fallece o renuncia o declara que por algún otro motivo no puede continuar desempeñando sus funciones en el Comité, el Estado Parte que presentó la candidatura de ese experto nombrará a otro experto de entre sus propios nacionales para que cumpla la parte restante del mandato. El nuevo nombramiento quedará sujeto a la aprobación del Comité.

7. El Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité.

8. Los miembros del Comité percibirán emolumentos con cargo a los recursos de las Naciones Unidas en los términos y condiciones que decida la Asamblea General.

9. Los miembros del Comité tendrán derecho a las facilidades, prerrogativas e inmunidades de los expertos en misión de las Naciones Unidas que se estipulan en las secciones pertinentes de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas.

Artículo 73

1. Los Estados Partes presentarán al Secretario General de las Naciones Unidas, para su examen por el Comité, un informe sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otra índole que hayan adoptado para dar efecto a las disposiciones de la presente Convención:

a) En el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Convención para el Estado Parte de que se trate;

b) En lo sucesivo, cada cinco años y cada vez que el Comité lo solicite.

2. En los informes presentados con arreglo al presente artículo se indicarán también los factores y las dificultades, según el caso, que afecten a la aplicación de la Convención y se proporcionará información acerca de las características de las corrientes de migración que se produzcan en el Estado Parte de que se trate.

3. El Comité establecerá las demás directrices que corresponda aplicar respecto del contenido de los informes.

4. Los Estados Partes darán una amplia difusión pública a sus informes en sus propios países.

Artículo 74

1. El Comité examinará los informes que presente cada Estado Parte y transmitirá las observaciones que considere apropiadas al Estado Parte interesado. Ese Estado Parte podrá presentar al Comité sus comentarios sobre cualquier observación hecha por el Comité con arreglo al presente artículo. Al examinar esos informes, el Comité podrá solicitar a los Estados Partes que presenten información complementaria.
2. El Secretario General de las Naciones Unidas, con la debida antelación a la apertura de cada período ordinario de sesiones del Comité, transmitirá al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo copias de los informes presentados por los Estados Partes interesados y la información pertinente para el examen de esos informes, a fin de que la Oficina pueda proporcionar al Comité los conocimientos especializados de que disponga respecto de las cuestiones tratadas en la presente Convención que caigan dentro del ámbito de competencia de la Organización Internacional del Trabajo. El Comité examinará en sus deliberaciones los comentarios y materiales que la Oficina pueda proporcionarle.
3. El Secretario General de las Naciones Unidas podrá también, tras celebrar consultas con el Comité, transmitir a otros organismos especializados, así como a las organizaciones intergubernamentales, copias de las partes de esos informes que sean de su competencia.
4. El Comité podrá invitar a los organismos especializados y órganos de las Naciones Unidas, así como a las organizaciones intergubernamentales y demás órganos interesados, a que presenten, para su examen por el Comité, información escrita respecto de las cuestiones tratadas en la presente Convención que caigan dentro del ámbito de sus actividades.
5. El Comité invitará a la Oficina Internacional del Trabajo a nombrar representantes para que participen, con carácter consultivo, en sus sesiones.
6. El Comité podrá invitar a representantes de otros organismos especializados y órganos de las Naciones Unidas, así como de organizaciones intergubernamentales, a estar presentes y ser escuchados en las sesiones cuando se examinen cuestiones que caigan dentro del ámbito de su competencia.
7. El Comité presentará un informe anual a la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la aplicación de la presente Convención, en el que expondrá sus propias opiniones y recomendaciones, basadas, en particular, en el examen de los informes de los Estados Partes y en las observaciones que éstos presenten.
8. El Secretario General de las Naciones Unidas transmitirá los informes anuales del Comité a los Estados Partes en la presente Convención, al Consejo Económico y Social, a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo y a otras organizaciones pertinentes.

Artículo 75

1. El Comité aprobará su propio reglamento.
2. El Comité elegirá su Mesa por un período de dos años.
3. El Comité se reunirá ordinariamente todos los años.
4. Las reuniones del Comité se celebrarán ordinariamente en la Sede de las Naciones Unidas.

Artículo 76

1. Todo Estado Parte en la presente Convención podrá declarar en cualquier momento, con arreglo a este artículo, que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en las que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple sus obligaciones dimanadas de la presente Convención. Las comunicaciones presentadas conforme a este artículo sólo se podrán recibir y examinar si las presenta un Estado Parte que haya hecho una declaración por la cual reconoce con respecto a sí mismo la competencia del

Comité. El Comité no recibirá ninguna comunicación que se refiera a un Estado Parte que no haya hecho esa declaración. Las comunicaciones que se reciban conforme a este artículo quedarán sujetas al siguiente procedimiento:

a) Si un Estado Parte en la presente Convención considera que otro Estado Parte no está cumpliendo sus obligaciones dimanadas de la presente Convención, podrá, mediante comunicación por escrito, señalar el asunto a la atención de ese Estado Parte. El Estado Parte podrá también informar al Comité del asunto. En un plazo de tres meses contado desde la recepción de la comunicación, el Estado receptor ofrecerá al Estado que envió la comunicación una explicación u otra exposición por escrito en la que aclare el asunto y que, en la medida de lo posible y pertinente, haga referencia a los procedimientos y recursos internos hechos valer, pendientes o existentes sobre la materia;

b) Si el asunto no se resuelve a satisfacción de ambos Estados Partes interesados dentro de seis meses de recibida la comunicación inicial por el Estado receptor, cualquiera de ellos podrá referir el asunto al Comité, mediante notificación cursada al Comité y al otro Estado;

c) El Comité examinará el asunto que se le haya referido sólo después de haberse cerciorado de que se han hecho valer y se han agotado todos los recursos internos sobre la materia, de conformidad con los principios de derecho internacional generalmente reconocidos. No se aplicará esta norma cuando, a juicio del Comité, la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente;

d) Con sujeción a lo dispuesto en el inciso c) del presente párrafo, el Comité pondrá sus buenos oficios a disposición de los Estados Partes interesados con miras a llegar a una solución amigable de la cuestión sobre la base del respeto a las obligaciones establecidas en la presente Convención;

e) El Comité celebrará sesiones privadas cuando examine comunicaciones con arreglo al presente artículo;

f) En todo asunto que se le refiera de conformidad con el inciso b) del presente párrafo, el Comité podrá pedir a los Estados Partes interesados, que se mencionan en el inciso b), que faciliten cualquier otra información pertinente;

g) Ambos Estados Partes interesados, conforme a lo mencionado en el inciso b) del presente párrafo, tendrán derecho a estar representados cuando el asunto sea examinado por el Comité y a hacer declaraciones oralmente o por escrito;

h) El Comité, en un plazo de doce meses a partir de la fecha de recepción de la notificación con arreglo al inciso b) del presente párrafo, presentará un informe, como se indica a continuación:

i) Si se llega a una solución con arreglo a lo dispuesto en el inciso d) del presente párrafo, el Comité limitará su informe a una breve exposición de los hechos y de la solución a la que se haya llegado;

ii) Si no se llega a una solución con arreglo a lo dispuesto en el inciso d), el Comité indicará en su informe los hechos pertinentes relativos al asunto entre los Estados Partes interesados. Se anexarán al informe las declaraciones por escrito y una relación de las declaraciones orales hechas por los Estados Partes interesados. El Comité podrá también transmitir únicamente a los Estados Partes interesados cualesquiera observaciones que considere pertinentes al asunto entre ambos.

En todos los casos el informe se transmitirá a los Estados Partes interesados.

2. Las disposiciones del presente artículo entrarán en vigor cuando diez Estados Partes en la presente Convención hayan hecho una declaración con arreglo al párrafo 1 del presente artículo. Los Estados Partes depositarán dichas declaraciones en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, quien remitirá copia de ellas a los demás Estados Partes.

Toda declaración podrá retirarse en cualquier momento mediante notificación dirigida al Secretario General. Dicho retiro no será obstáculo para que se examine cualquier asunto que sea objeto de una comunicación ya transmitida en virtud del presente artículo; después de que el Secretario General haya recibido la notificación de retiro de la declaración, no se recibirán nuevas comunicaciones de ningún Estado Parte con arreglo al presente artículo, a menos que el Estado Parte interesado haya hecho una nueva declaración.

Artículo 77

1. Todo Estado Parte en la presente Convención podrá declarar en cualquier momento, con arreglo al presente artículo, que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones enviadas por personas sometidas a su jurisdicción, o en su nombre, que aleguen que ese Estado Parte ha violado los derechos individuales que les reconoce la presente Convención. El Comité no admitirá comunicación alguna relativa a un Estado Parte que no haya hecho esa declaración.
2. El Comité considerará inadmisibles toda comunicación recibida de conformidad con el presente artículo que sea anónima o que, a su juicio, constituya un abuso del derecho a presentar dichas comunicaciones o sea incompatible con las disposiciones de la presente Convención.
3. El Comité no examinará comunicación alguna presentada por una persona de conformidad con el presente artículo a menos que se haya cerciorado de que:
 - a) La misma cuestión no ha sido, ni está siendo, examinada en otro procedimiento de investigación o solución internacional;
 - b) La persona ha agotado todos los recursos que existan en la jurisdicción interna; no se aplicará esta norma cuando, a juicio del Comité, la tramitación de los recursos se prolongue injustificadamente o no ofrezca posibilidades de dar un amparo eficaz a esa persona.
4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2 del presente artículo, el Comité señalará las comunicaciones que se le presenten de conformidad con el presente artículo a la atención del Estado Parte en la presente Convención que haya hecho una declaración conforme al párrafo 1 y respecto del cual se alegue que ha violado una disposición de la Convención. En un plazo de seis meses, el Estado receptor proporcionará al Comité una explicación u otra exposición por escrito en la aclare el asunto y exponga, en su caso, la medida correctiva que haya adoptado.
5. El Comité examinará las comunicaciones recibidas de conformidad con el presente artículo a la luz de toda la información presentada por la persona o en su nombre y por el Estado Parte de que se trate.
6. El Comité celebrará sesiones privadas cuando examine las comunicaciones presentadas conforme al presente artículo.
7. El Comité comunicará sus opiniones al Estado Parte de que se trate y a la persona que haya presentado la comunicación.
8. Las disposiciones del presente artículo entrarán en vigor cuando diez Estados Partes en la presente Convención hayan hecho las declaraciones a que se hace referencia en el párrafo 1 del presente artículo. Los Estados Partes depositarán dichas declaraciones en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, quien remitirá copia de ellas a los demás Estados Partes. Toda declaración podrá retirarse en cualquier momento mediante notificación dirigida al Secretario General. Dicho retiro no será obstáculo para que se examine cualquier asunto que sea objeto de una comunicación ya transmitida en virtud del presente artículo; después de que el Secretario General haya recibido la notificación de retiro de la declaración no se recibirán nuevas comunicaciones presentadas por una persona, o en su nombre, con

arreglo al presente artículo, a menos que el Estado Parte de que se trate haya hecho una nueva declaración.

Artículo 78

Las disposiciones del artículo 76 de la presente Convención se aplicarán sin perjuicio de cualquier procedimiento para solucionar las controversias o denuncias relativas a la esfera de la presente Convención establecido en los instrumentos constitucionales de las Naciones Unidas y los organismos especializados o en convenciones aprobadas por ellos, y no privarán a los Estados Partes de recurrir a otros procedimientos para resolver una controversia de conformidad con convenios internacionales vigentes entre ellos.

PARTE VIII

Disposiciones generales

Artículo 79

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al derecho de cada Estado Parte a establecer los criterios que rijan la admisión de los trabajadores migratorios y de sus familiares. En cuanto a otras cuestiones relacionadas con su situación legal y el trato que se les dispense como trabajadores migratorios y familiares de éstos, los Estados Partes estarán sujetos a las limitaciones establecidas en la presente Convención.

Artículo 80

Nada de lo dispuesto en la presente Convención deberá interpretarse de manera que menoscabe las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas o de las constituciones de los organismos especializados en que se definen las responsabilidades respectivas de los diversos órganos de las Naciones Unidas y de los organismos especializados en relación con los asuntos de que se ocupa la presente Convención.

Artículo 81

1. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a ningún derecho o libertad más favorable que se conceda a los trabajadores migratorios y a sus familiares en virtud de:

- a) El derecho o la práctica de un Estado Parte; o
- b) Todo tratado bilateral o multilateral vigente para el Estado Parte interesado.

2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá interpretarse en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos que puedan menoscabar cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en la presente Convención.

Artículo 82

Los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares previstos en la presente Convención no podrán ser objeto de renuncia. No se permitirá ejercer ninguna forma de presión sobre los trabajadores migratorios ni sobre sus familiares para hacerlos renunciar a cualquiera de los derechos mencionados o privarse de alguno de ellos. No se podrán revocar mediante contrato los derechos reconocidos en la presente Convención. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar que se respeten esos principios.

Artículo 83

Cada uno de los Estados Partes en la presente Convención se compromete a garantizar que:

- a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en la presente Convención hayan sido violados pueda obtener una reparación efectiva, aun cuando tal violación haya sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad judicial, administrativa o legislativa competente, o cualquier otra autoridad competente prevista en el sistema jurídico del Estado, decida sobre la procedencia de la demanda de toda persona que interponga tal recurso, y que se amplíen las posibilidades de obtener reparación por la vía judicial;

c) Las autoridades competentes cumplan toda decisión en que el recurso se haya estimado procedente.

Artículo 84

Cada uno de los Estados Partes se compromete a adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para aplicar las disposiciones de la presente Convención.

PARTE IX

Disposiciones finales

Artículo 85

El Secretario General de las Naciones Unidas será depositario de la presente Convención.

Artículo 86

1. La presente Convención quedará abierta a la firma de todos los Estados. Estará sujeta a ratificación.

2. La presente Convención quedará abierta a la adhesión de todos los Estados.

3. Los instrumentos de ratificación o de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 87

1. La presente Convención entrará en vigor el primer día del mes siguiente a un plazo de tres meses contado a partir de la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión.

2. Respecto de todo Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de su entrada en vigor, la Convención entrará en vigor el primer día del mes siguiente a un plazo de tres meses contado a partir de la fecha en que ese Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 88

Los Estados que ratifiquen la presente Convención o se adhieran a ella no podrán excluir la aplicación de ninguna parte de ella ni tampoco, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3, podrán excluir de su aplicación a ninguna categoría determinada de trabajadores migratorios.

Artículo 89

1. Todo Estado Parte podrá denunciar la presente Convención, una vez transcurridos cinco años desde la fecha en que la Convención haya entrado en vigor para ese Estado, mediante comunicación por escrito dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas.

2. La denuncia se hará efectiva el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses contado a partir de la fecha en que el Secretario General de las Naciones Unidas haya recibido la comunicación.

3. La denuncia no tendrá el efecto de liberar al Estado Parte de las obligaciones contraídas en virtud de la presente Convención respecto de ningún acto u omisión que haya ocurrido antes de la fecha en que se hizo efectiva la denuncia, ni impedirá en modo alguno que continúe el examen de cualquier asunto que se hubiere sometido a la consideración del Comité antes de la fecha en que se hizo efectiva la denuncia.

4. A partir de la fecha en que se haga efectiva la denuncia de un Estado Parte, el Comité no podrá iniciar el examen de ningún nuevo asunto relacionado con ese Estado.

Artículo 90

1. Pasados cinco años de la fecha en que la presente Convención haya entrado en vigor, cualquiera de los Estados Partes en la misma podrá formular una solicitud de enmienda de la Convención mediante comunicación escrita dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará acto seguido las enmiendas propuestas a los Estados Partes y les solicitará que le notifiquen si se pronuncian a favor de la celebración de una conferencia de Estados Partes para examinar y someter a votación las propuestas. En el caso de que, dentro de un plazo de cuatro meses a partir de la fecha de dicha comunicación, por lo menos un tercio de los Estados Partes se pronuncie a favor de la celebración de la conferencia, el Secretario General convocará la conferencia bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Toda enmienda aprobada por la mayoría de los Estados Partes presentes y votantes en la conferencia se presentará a la Asamblea General de las Naciones Unidas para su aprobación.

2. Tales enmiendas entrarán en vigor cuando hayan sido aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptadas por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes en la presente Convención, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales.

3. Cuando tales enmiendas entren en vigor, serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones de la presente Convención y por toda enmienda anterior que hayan aceptado.

Artículo 91

1. El Secretario General de las Naciones Unidas recibirá y comunicará a todos los Estados Partes el texto de las reservas formuladas por los Estados en el momento de la firma, la ratificación o la adhesión.

2. No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención.

3. Toda reserva podrá ser retirada en cualquier momento por medio de una notificación a tal fin dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, quien informará de ello a todos los Estados. Esta notificación surtirá efecto en la fecha de su recepción.

Artículo 92

1. Toda controversia que surja entre dos o más Estados Partes con respecto a la interpretación o la aplicación de la presente Convención y no se solucione mediante negociaciones se someterá a arbitraje a petición de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje las Partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la organización del arbitraje, cualquiera de las Partes podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia mediante una solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte.

2. Todo Estado Parte, en el momento de la firma o la ratificación de la Convención o de su adhesión a ella, podrá declarar que no se considera obligado por el párrafo 1 del presente artículo. Los demás Estados Partes no estarán obligados por ese párrafo ante ningún Estado Parte que haya formulado esa declaración.

3. Todo Estado Parte que haya formulado la declaración prevista en el párrafo 2 del presente artículo podrá retirarla en cualquier momento mediante notificación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 93

1. La presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas enviará copias certificadas de la presente Convención a todos los Estados.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL, los infrascritos plenipotenciarios, debidamente autorizados para ello por sus respectivos gobiernos, han firmado la presente Convención.

Ratificaciones de la Convención - Reservas y declaraciones

Entrada en vigor el 1 de julio de 2003.

Estado	Firma	Ratificación, Adhesión (a),
Albania		5 Jun 2007 a
Argelia		21 Abr 2005 a
Argentina	10 Ago 2004	23 Feb 2007
Azerbaiyán		11 Ene 1999 a
Bangladesh	7 Oct 1998	24 Ago 2011
Belice		14 Nov 2001 a
Benin	15 Sep 2005	
Bolivia		16 Oct 2000 a
Bosnia y Herzegovina		13 Dic 1996 a
Burkina Faso	16 Nov 2001	26 Nov 2003
Camboya	27 Sep 2004	
Camerún	15 Dic 2009	
Cabo Verde		16 Sep 1997 a
Chad	26 Sep 2012	
Chile	24 Sep 1993	21 Mar 2005
Colombia		24 May 1995 a
Comoras	22 Sep 2000	
Congo	29 Sep 2008	
Ecuador		5 Feb 2002 a
Egipto		19 Feb 1993 a
El Salvador	13 Sep 2002	14 Mar 2003
Gabón	15 Dic 2004	
Ghana	7 Sep 2000	7 Sep 2000
Guatemala	7 Sep 2000	14 Mar 2003
Guinea		7 Sep 2000 a
Guinea-Bissau	12 Sep 2000	
Guayana	15 Sep 2005	7 Jul 2010
Honduras		9 Ago 2005 a

Indonesia	22 Sep 2004	31 May 2012
Jamaica	25 Sep 2008	25 Sep 2008
Kirguistán		29 Sep 2003 a
Lesotho	24 Sep 2004	16 Sep 2005
Liberia	22 Sep 2004	
Libia		18 Jun 2004 a
Mali		5 Jun 2003 a
Mauritania		22 Ene 2007 a
México	22 May 1991	8 Mar 1999
Montenegro	23 Oct 2006 d	
Marruecos	15 Ago 1991	21 Jun 1993
Mozambique	15 Mar 2012	
Nicaragua		26 Oct 2005 a
Níger		18 Mar 2009 a
Nigeria		27 Jul 2009 a
Palaos	20 Sep 2011	
Paraguay	13 Sep 2000	23 Sep 2008
Perú	22 Sep 2004	14 Sep 2005
Filipinas	15 Nov 1993	5 Jul 1995
Ruanda		15 Dic 2008 a
Santo Tomé y Príncipe	6 Sep 2000	
Senegal		9 Jun 1999 a
Serbia	11 Nov 2004	
Seychelles		15 Dic 1994 a
Sierra Leona	15 Sep 2000	
Sri Lanka		11 Mar 1996 a
San Vicente y las Granadinas		29 Oct 2010 a
Siria		2 Jun 2005 a
Tayikistán	7 Sep 2000	8 Ene 2002
Timor Oriental		30 Ene 2004 a
Togo	15 Nov 2001	
Turquía	13 Ene 1999	27 Sep 2004
Uganda		14 Nov 1995 a
Uruguay		15 Feb 2001 a
Venezuela	4 Oct 2011	

Fuente: UNTS. Elaboración propia

Las reservas y declaraciones sólo se recogen en inglés (también pueden consultarse en francés en la web de la UNTC:

http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en

Declarations and Reservations

(Unless otherwise indicated, the declarations and reservations were made upon ratification, accession or succession.)

Algeria

Reservation:

The Government of the People's Algerian Democratic Republic does not consider itself bound by article 92, paragraph 1 of this Convention which provides that any dispute between two or more States Parties concerning the interpretation or application of the present Convention, that is not settled by negotiation shall, at the request of one of them, be submitted to arbitration or to the International Court of Justice.

The Government of the People's Algerian Democratic Republic considers that any such dispute may be submitted to arbitration only with the agreement of all the parties to the conflict.

Argentina

Declaration:

As provided for in article 92 (2), the Republic of Argentina does not consider itself bound by the provisions of article 92 (1) of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families.

Chile

Reservations:

The Republic of Chile makes a reservation with respect to the provisions of article 22, paragraph 5, of this Convention which it considers to be inapplicable to Chile.

The Republic of Chile will consider the provisions of article 48, paragraph 2, to be fulfilled under the terms of international conventions for the avoidance of double taxation that either have been entered into or will be entered into in the future.

Colombia

Reservation:

Articles 15, 46 and 47 of the [said Convention], which was adopted by means of Act No. 146 of 1994, shall be executed with the understanding that the State of Colombia retains the right to promulgate taxation, exchange and monetary regulations establishing equality of treatment of migrant workers and their families with that of nationals in respect of the import and export of personal and household effects and the transfer of earnings and savings abroad, and in respect of expropriation for reasons of equity and the nullification of ownership of property in the cases envisaged in article 34 of the Political Constitution.

Egypt

Reservation concerning article 4:

For the purposes of the present Convention the term 'members of the family' refers to persons married to migrant workers or having with them a relationship that, according to applicable law, produces effects equivalent to marriage, as well as their dependent children and other dependent persons who are recognized as members of the family by applicable legislation or applicable bilateral or multilateral agreements between the States concerned.

Reservation concerning article 18, paragraph 6:

When a migrant worker or a member of his or her family has, by a final decision, been convicted of a criminal offence and when subsequently his or her conviction has been reversed or he or she has been pardoned on the ground that a new or newly discovered fact shows conclusively that there has been a miscarriage of justice, the person who has suffered punishment as a result of such conviction shall be compensated according to law, unless it is proved that the non-disclosure of the unknown fact in time is wholly or partially attributable to that person.

El Salvador

Declarations:

The Government of the Republic of El Salvador does not consider itself bound by article 92, paragraph 1, of the Convention. With respect to articles 46, 47, 48 and 61, paragraph 4, governing exemption from import and export duties and taxes in respect of personal and household effects and the right to transfer earnings and savings, the Government of El Salvador wishes to make it clear that the exemption shall apply only after any taxes that the articles in question might incur have been paid. Moreover, the right of workers to transfer their earnings to their State of origin or State of habitual residence may be exercised without restriction, provided that the tax obligations arising in each particular case have been fulfilled. With regard to article 32, transfer of earnings and savings shall include amounts accumulated under retirement social security schemes, whether public or private. The Government of the Republic of El Salvador wishes to reiterate its respect for all universal and regional human rights principles and norms enshrined in international human rights instruments.

Guatemala

11 September 2007

Declarations:

[Agrees to] recognize the competence of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families to receive and examine communications in which one State Party to the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families alleges non-compliance by another State Party with obligations arising under the Convention, as well as to receive and examine communications sent by persons subject to the jurisdiction of a State Party, alleging the violation by that State Party of their individual rights as recognized under the Convention.

Mexico

Interpretative declaration:

Upon ratifying the [Convention], the Government of the United Mexican States reaffirms its political will to ensure international protection of the rights of all migrant workers, in accordance with this international instrument. All the provisions of this Convention will be applied in conformity with its national legislation.

Reservation:

The Government of the United Mexican States makes an express reservation with regard to article 22, paragraph 4, of this Convention, insofar as it refers to the application of article 33 of the Political Constitution of the United Mexican States and article 125 of the General Population Act.

15 September 2008

Declaration under article 77:

The United Mexican States recognizes as fully binding the competence of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, established by the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families adopted in New York on 18 December 1990.

In accordance with article 77 of the Convention, the United Mexican States declares that it recognizes the competence of the Committee to receive and consider communications from or on behalf of individuals subject to its jurisdiction who claim that the United Mexican States has violated their individual rights as established by the Convention.

Morocco

Reservation:

The Government of the Kingdom of Morocco does not consider itself bound by article 92, paragraph 1 of this Convention which provides that any dispute between two or more States Parties concerning the interpretation or application of the present Convention shall, at the request of one of them, be submitted to arbitration.

The Government of the Kingdom of Morocco considers that any such dispute may be submitted to arbitration only with the agreement of all the parties to the conflict.

Nicaragua

Declaration and reservation:

Declaration

The Republic of Nicaragua, on acceding to this Convention, agrees to apply it in accordance with its domestic laws.

Reservations:

The Republic of Nicaragua, in the exercise of its sovereignty, does not allow foreigners to enjoy political rights; this is embodied in articles 27 and 182 of the Constitution.

Article 91 of the Convention establishes the possibility of formulating reservations at the time of signature, ratification or accession. Consequently, by virtue of the provisions of

article 42, paragraph 3, of this Convention, the Republic of Nicaragua will not grant political rights to migratory workers owing to the express prohibition contained in article 27, paragraph 2, of its Constitution, which states:

"Foreigners have the same rights and obligations as Nicaraguans, with the exception of political rights and others established by law; they may not intervene in the political affairs of the country."

The Republic of Nicaragua considers that this reservation is not incompatible with the object and purpose of the Convention.

Sri Lanka

Declarations:

Article 8 (2):

"The right of non-Sri Lankans to enter and remain in Sri Lanka shall be subject to existing visa regulations.

Article 29:

According to the citizenship Act No. 18 of 1948, citizenship rights flow from the father and in the event a child is born out of wedlock, from the mother. A child will be deemed to be a citizen of Sri Lanka if he and his father were born in Sri Lanka before 1.11.49 or if at the time of his birth the father was a Sri Lankan.

Article 49:

Resident visas to expatriate workers are allowed in respect of identified professions where there is a dearth of qualified personnel. Existing visa regulations do not permit migrant workers either to change their professions or the institutions in which they have been authorised to work, which is the basis on which the visa is issued.

Article 54:

Protection against dismissal, quantum of remuneration, period of employment, etc., are governed by the terms of individual contracts entered into between the worker and the organisation which employs him. A visa issued to an expatriate worker under the visa regulations is limited to a pre-identified job assignment."

Syrian Arab Republic

Declaration:

.....accession of the Syrian Arab Republic to the said Convention thereof by its Government does not, in any way, imply recognition of Israel, nor shall it lead to any such dealing with the latter as are governed by the provisions of the Convention.

Turkey

Declarations:

"A) The declaration regarding Article 15:

The restrictions by the related Turkish laws regarding acquisition of immovable property by the foreigners are preserved....

B) The reservation regarding Article 40:

The Turkish Law on Trade Unions allows only the Turkish citizens to form trade unions in Turkey."

C) The declaration regarding Article 45:

The stipulations of the paragraphs 2, 3 and 4 of the Article 45 will be implemented in accordance with the provisions of the Turkish Constitution and the related Laws.

D) The declaration regarding Article 46:

The implementation of the Article 46 will be made in accordance with the national laws.

E) The declaration regarding Articles 76 and 77:

Turkey will recognize the competence of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families at a later time."

Uganda

Reservation:

Article 18:

"The Republic of Uganda cannot guarantee at all times to provide free legal assistance in accordance with the provisions of article 18 paragraph 3(d)."

Uruguay

13 April 2012

Declaration under article 77

On behalf of the Eastern Republic of Uruguay, I have the honour to inform you that the Government of Uruguay has decided to recognize, pursuant to article 77 of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, the competence of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families to receive and consider communications from or on behalf of individuals subject to its jurisdiction who claim that their individual rights as established by the above-mentioned international instrument have been violated by the Uruguayan State.

FUENTES

Fuentes normativas

Tratados y Declaraciones internacionales

- Declaración de Derechos de Virginia, 12 de junio de 1776.
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Asamblea Nacional francesa, 26 de agosto de 1789.
- Tratado de Versalles, firmado el 28 de junio de 1919.
- Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (incluido en el Tratado de Versalles), 28 de junio de 1919. Enmendado en varias ocasiones, la última en 1972.
- Convenio de 30 de septiembre de 1921, relativo a la represión de la trata de mujeres y niños.
- Convención sobre la Esclavitud, 25 de septiembre de 1926.
- Convenio de la OIT número 21 relativo a la simplificación de la inspección de los emigrantes a bordo de los buques. Adopción: Ginebra, 8ª reunión CIT (05 junio 1926). (Entrada en vigor: 29 diciembre 1927).
- Convenio de la OIT número 23 relativo a la repatriación de la gente de mar (revisado). Adopción: Ginebra, 9ª reunión CIT (23 junio 1926). (Entrada en vigor: 16 abril 1928).
- Convenio de la OIT número 29 relativo al trabajo forzoso u obligatorio, 28 de junio de 1930. Adopción: Ginebra, 14ª reunión CIT (28 junio 1930). (Entrada en vigor: 01 mayo 1932).
- Convenio de 11 de octubre de 1933, relativo a la represión de la trata de mujeres y niños.
- Convenio de la OIT número 48 relativo a la organización de un régimen internacional para la conservación de los derechos del seguro de invalidez, vejez y muerte. Adopción: Ginebra, 19ª reunión CIT (22 junio 1935). (Entrada en vigor: 10 agosto 1938).
- Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Filadelfia, 10 de mayo de 1944. Incorporada a la Constitución de la OIT.
- Carta de las Naciones Unidas, firmada el 26 de junio 1945 en San Francisco, entró en vigor el 24 de octubre de 1945.

- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, de 26 de junio de 1945. <http://www.un.org/spanish/aboutun/icjstat.htm#C>
- Convención de 13 de febrero de 1947 sobre privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas.
- Convención de 21 de noviembre de 1947 sobre privilegios e inmunidades de Agencias Especializadas.
- Convenio de la OIT número 87 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación. Adopción: San Francisco, 31ª reunión CIT (09 julio 1948). (Entrada en vigor: 04 julio 1950).
- Declaración Universal de Derechos Humanos, por la Resolución 217A (III) de la Asamblea General, 10 de diciembre de 1948.
- Convenio de la OIT número 97 sobre los trabajadores migrantes, que revisaba el Convenio núm. 66 de 1939 (revisado en 1967). Adopción: Ginebra, 32ª reunión CIT (01 julio 1949). (Entrada en vigor: 22 enero 1952). Ratificación España: 21 marzo 1967.
- Convenio de la OIT número 98 relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva. Adopción: Ginebra, 32ª reunión CIT (01 julio 1949). (Entrada en vigor: 18 julio 1951).
- Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, por la Resolución 317 (IV) de la Asamblea General, de 2 de diciembre de 1949.
- Convenio de la OIT número 100 relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. Adopción: Ginebra, 34ª reunión CIT (29 junio 1951). (Entrada en vigor: 23 mayo 1953).
- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 28 de julio de 1951. 189 UNTS 150 en vigor 22 de abril de 1954.
- Convenio de la OIT número 102 sobre la seguridad social (norma mínima). Adopción: Ginebra, 35ª reunión CIT (28 junio 1952). (Entrada en vigor: 27 abril 1955).
- Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, 28 de septiembre de 1954.
- Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, adoptada por la Resolución 608 (XXI) del Consejo Económico y Social, 7 de septiembre de 1956.
- Convenio de la OIT número 105 relativo a la abolición del trabajo forzoso. Adopción: Ginebra, 40ª reunión CIT (25 junio 1957). (Entrada en vigor: 17 enero 1959).
- Convenio de la OIT número 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Adopción: Ginebra, 42ª reunión CIT (25 junio 1958). (Entrada en vigor: 15 junio 1960).

- Convención sobre relaciones diplomáticas, 18 de abril de 1961.
- Convención para reducir los casos de apatridia, 30 de agosto de 1961. *UNTS*, vol. 989, p. 175.
- Convenio de la OIT número 118 relativo a la igualdad de trato de nacionales y extranjeros en materia de seguridad social. Adopción: Ginebra, 46ª reunión CIT (28 junio 1962). (Entrada en vigor: 25 abril 1964).
- Convención de Viena sobre relaciones consulares, 24 de abril de 1963. *UNTS*, vol. 596, p. 261.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, por la Resolución 2106 A (XX) de la Asamblea General, 21 de diciembre de 1965.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por la Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, 16 de diciembre de 1966.
- Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por la Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, de 16 diciembre de 1966.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por la Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, 16 de diciembre de 1966.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 22 de mayo de 1969.
- Convenio de la OIT número 143 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes. Adopción: Ginebra, 60ª reunión CIT (24 junio 1975). (Entrada en vigor: 09 diciembre 1978).
- Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, por la Resolución 34/180 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1979.
- Convenio de la OIT número 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares. Adopción: Ginebra, 67ª reunión CIT (23 junio 1981). (Entrada en vigor: 11 agosto 1983).
- Convenio de la OIT número 157 sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de seguridad social. Adopción: Ginebra, 68ª reunión CIT (21 junio 1982). (Entrada en vigor: 11 septiembre 1986).
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, por la Resolución 39/46 de la Asamblea General, 10 de diciembre de 1984.
- Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en el que viven, por la Resolución 40/144 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1985.
- Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, por la Resolución 41/128 de la Asamblea General, 4 de diciembre de 1986.

- Convenio de la OIT número 166 sobre la repatriación de la gente de mar (revisado). Adopción: Ginebra, 74ª reunión CIT (09 octubre 1987). (Entrada en vigor: 03 julio 1991).
- Convención sobre los Derechos del Niño, por la Resolución 44/25 de la Asamblea General, 20 de noviembre de 1989.
- Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, 15 de diciembre de 1989.
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, aprobada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.
- Declaración de Viena de la Conferencia Mundial de derechos humanos, 25 de junio de 1993.
- Protocolo Facultativo de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 10 de diciembre de 1999.
- Convenio de la OIT número 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación. Adopción: Ginebra, 87ª reunión CIT (17 junio 1999). (Entrada en vigor: 19 noviembre 2000).
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, 25 de mayo de 2000.
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, 25 de mayo de 2000.
- Convenio de la OIT número 183 sobre la protección de la maternidad. Adopción: Ginebra, 88ª reunión CIT (15 junio 2000). (Entrada en vigor: 7 febrero 2002).
- Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, 15 de noviembre de 2000, aprobada por la Resolución 55/25 de la Asamblea General de 8 de enero de 2001.
- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, 15 de noviembre de 2000, aprobado por la Resolución 55/25 de la Asamblea General de 8 de enero de 2001.
- Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, 15 de noviembre de 2000, aprobado por la Resolución 55/25 de la Asamblea General de 8 de enero de 2001.
- Declaración de Durban de la Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia, septiembre de 2001.
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, por la Resolución de la Asamblea General A/RES/61/106 de 13 de diciembre de 2006.

- Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, por la Resolución de la Asamblea General A/RES/61/177 de 20 de diciembre de 2006.
- Convenio de la OIT número 189 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos. Adopción: Ginebra, 100ª reunión CIT (16 junio 2011). Entrará en vigor el 5 de septiembre de 2013.

Otros actos internacionales

Asamblea General

- Resolución de la Asamblea General 136 (II). *Cooperación Internacional para prevenir toda inmigración susceptible de perturbar las relaciones de amistad entre las naciones*, de 17 de noviembre de 1947.
- Resolución de la Asamblea General 315 (IV). *Medidas de discriminación tomadas por ciertos Estados contra los trabajadores inmigrantes y especialmente contra los trabajadores contratados entre los refugiados*, de 17 de noviembre de 1949.
- Resolución de la Asamblea General 2920 (XXVII) de 1972.
- Resolución de la Asamblea General 3224 (XXIX) de 1974.
- Resolución de la Asamblea General 3449 (XXX) de 9 de diciembre de 1975.
- Resolución de la Asamblea General 31/127 de 1976.
- Resolución de la Asamblea General 32/120 de 1977.
- Resolución de la Asamblea General A/RES/33/163, *Medidas para mejorar la situación y garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todos los trabajadores migratorios*, de 20 de diciembre de 1978.
- Resolución de la Asamblea General A/RES/34/172, *Medidas para mejorar la situación y garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todos los trabajadores migratorios*, de 17 de diciembre de 1979. Creación del Grupo de Trabajo para la redacción de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.
- Resolución de la Asamblea General A/RES/45/158, *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*, de 18 de diciembre de 1990.
- Resolución de la Asamblea General A/RES/48/121, *Conferencia Mundial de Derechos Humanos*, de 20 de diciembre de 1993.
- Resolución de la Asamblea General A/RES/48/141, *Alto Comisionado para la promoción y la protección de todos los derechos humanos*, de 7 de enero de 1994.

- Resolución de la Asamblea General A/RES/56/145, *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, de 6 de febrero de 2002.
- Resolución de la Asamblea General A/RES/60/251, *Consejo de Derechos Humanos*, de 15 de marzo de 2006.
- Resolución de la Asamblea General A/RES/63/123, sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/63/439), 15 de enero de 2009. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 60º período de sesiones.
- Resolución de la Asamblea General A/RES/63/184, sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/63/430/Add.2), 17 de marzo de 2009. Protección de los migrantes.

Comisión de Derechos Humanos (y Consejo)

- Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 3 (XXIX), 1973.
- Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 20 (XXXVI) de 29 de febrero de 1980.
- Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1994/95, E/CN.4/RES/1994/95, *Conferencia Mundial de Derechos Humanos*, Resolución de 9 de marzo de 1994.
- Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1997/15, E/CN.4/RES/1997/15, de 3 de abril de 1997, de creación del Grupo de Trabajo de expertos intergubernamentales de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de los Migrantes.
- Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1999/44, E/CN.4/RES/1999/44, de 26 de abril de 1999, *Derechos Humanos de los Migrantes*, de creación del mandato de la Relatoría Especial de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de los Migrantes.
- Informe de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2000/112.
- Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2001/52, E/CN.4/RES/2001/52, de 24 de abril de 2001, *Derechos Humanos de los Migrantes*.
- Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2005/47, E/CN.4/RES/2005/47, de 20 de abril de 2005, *Derechos Humanos de los Migrantes*.
- Resolución del Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/Res/5/1, de 18 de junio de 2007, *Construcción institucional del Consejo de Derechos Humanos*.
- Resolución del Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/Res/18/21, de 17 de octubre de 2011, *Derechos Humanos de los Migrantes*.

- Resolución del Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/Res/20/3, de 16 de julio de 2012, *Derechos Humanos de los Migrantes*.

Otros órganos de la Organización de Naciones Unidas

- Resolución del ECOSOC 42 (IV) *Migración*, de 29 de marzo de 1947 (documento E/403).
- Resolución del ECOSOC 43 (IV) *Cuestiones sociales. Represión de la trata de mujeres y niños*, de 29 de marzo de 1947 (documento E/412).
- Resoluciones del ECOSOC 156 (VII) *Migración. A. Distribución de funciones. B. Protección a los trabajadores migrantes e inmigrantes*, de 10 de agosto de 1948 (documento E/983).
- Resolución del ECOSOC 1235 (LII), de 6 de junio de 1967.
- Resolución del ECOSOC 1503 (XLVIII), de 27 de mayo de 1970 (revisada por la Resolución 2000/3).
- Resolución del ECOSOC 1706 (LIII) *Explotación de la mano de obra por medio del tráfico ilícito y clandestino (tema 2 del programa)*, de 28 de julio de 1972 (documento E/5209).
- Resolución del ECOSOC 1749 (LIV), *Trabajadores migrantes*, de 16 de mayo de 1973 (documento E/5367).
- Resolución del ECOSOC 1789 (LIV), *Explotación de la mano de obra por medio del tráfico ilícito y clandestino*, de 18 de mayo de 1973 (documento E/5367).
- Resolución del ECOSOC 1979/13, *Medidas para mejorar la situación y garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todos los trabajadores migratorios*, de 9 de mayo de 1979 (documento E/1979/79).
- Resolución del ECOSOC 2000/3 de 19 de junio de 2000.
- Informe de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, E/CN.4/Sub.2/332, 1972.
- Informe de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, E/CN.4/Sub.2/343, 1973.
- Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Documento de trabajo sobre el derecho a la libertad de circulación y cuestiones conexas, E.CN.4/Sub.2/1997/22, 29 de julio de 1997.
- UN Doc. A/CONF.157/23, *Declaración y Programa de Acción de Viena*, de 12 de julio de 1993.
- UN Doc. A/CONF.171/13, *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*, de 18 de octubre de 1994.

- UN Doc. A/CN.4/554, *Informe preliminar sobre la expulsión de los extranjeros*, de 4 de abril de 2005.
- UN Doc. A/CN.4/565, *Expulsión de extranjeros*, 10 de julio de 2006, párrafo 127 y ss.
- UN Doc. A/CN.4/573, *Segundo informe sobre la expulsión de los extranjeros*, 20 de julio de 2006, y UN Doc.A/CN.4/573/Corr.1, 4 de junio de 2007.
- UN Doc. A/CN.4/581, *Tercer informe sobre la expulsión de extranjeros*, 19 de abril de 2007.
- UN Doc. A/CN.4/594, *Cuarto informe sobre la expulsión de los extranjeros*, 24 de marzo de 2008.

Organización Internacional del Trabajo

- Recomendación número 86 de la OIT, *Recomendación sobre los trabajadores migrantes*. Adopción: Ginebra, 32ª reunión CIT, 1 de julio de 1949.
- Recomendación número 151 de la OIT, *Recomendación sobre los trabajadores migrantes*. Adopción: Ginebra, 60ª reunión CIT, 24 de junio de 1975.

Relatoría Especial sobre los derechos humanos de los migrantes

- Web:
<http://www2.ohchr.org/spanish/issues/migration/rapporteur/introduction.htm>
- Informe presentado por la Relatora Especial a la CDH, *Visita a México en 2002*, E/CN.4/2003/85/Add.2, 30 de octubre de 2002.
- Informe presentado por la Relatora Especial a la CDH, *Misión a la frontera entre México y Estados Unidos en 2002*, E/CN.4/2003/85/Add.3, 30 de octubre de 2002.
- Informe presentado por la Relatora Especial a la CDH, *Vulnerabilidad de los trabajadores migrantes domésticos*, E/CN.4/2004/76, 12 de enero 2004.
- Informe presentado por la Relatora Especial a la CDH, *Visita a España en 2003*, E/CN.4/2004/76/Add.2, 14 de enero 2004.
- Informe presentado por la Relatora Especial a la CDH, *Racismo, discriminación racial y xenofobia/Mujeres migrantes y menores no acompañados*, E/CN.4/2005/85, 27 de diciembre de 2004.
- Informe presentado por la Relatora Especial a la CDH, *Visita a la República Islámica de Irán en 2002*, E/CN.4/2005/85/Add.2, 14 de enero de 2005.
- Informe presentado por el Relator Especial al CDH, *Criminalización de la migración irregular*, A/HRC/7/12, 25 de febrero de 2008.
- Informe presentado por el Relator Especial al CDH, *Detención de migrantes en situación irregular*, A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012.

Grupo de Trabajo encargado de elaborar una convención internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familias

- UN Doc A/C.3/35/13, *Measures to Improve the Situation and Ensure the Human Rights and Dignity of All Migrant Workers*, New York, 1980. (Primer Informe del Presidente del Grupo de Trabajo)
- UN Doc. A/C.3/35/WG.1/CRP.5, 1980.
- UN Doc. A/C.3/35/WG.1/CRP.7, 1980.
- UN Doc A/36/378, *Measures to Improve the Situation and Ensure the Human Rights and Dignity of All Migrant Workers*, New York, 1981. (Carta del Presidente del Grupo de Trabajo al Secretario General)
- UN Doc A/36/383, *Measures to Improve the Situation and Ensure the Human Rights and Dignity of All Migrant Workers*, New York, 1981. (Comunicaciones presentadas por los Gobiernos de Dinamarca -en nombre de los países nórdicos-, Italia, los Países Bajos, España y Estados Unidos de América, en relación al borrador de informe del Presidente del Grupo de Trabajo)
- UN Doc A/C.3/36/10, *Measures to Improve the Situation and Ensure the Human Rights and Dignity of All Migrant Workers. Report of the Open-ended Working Group*, New York, 23 November 1981.
- UN Doc A/C.3/37/1, *Measures to Improve the Situation and Ensure the Human Rights and Dignity of All Migrant Workers. Report of the Open-ended Working Group on the Elaboration of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families on its intersessional meetings from 10 to 21 May 1982*, New York, 11 June 1982.
- UN Doc A/C.3/38/1, *Report of the Open-Ended Working Group on the Elaboration of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, New York, 1983.
- UN Doc A/C.3/38/5, *Report of the Open-Ended Working Group on the Elaboration of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, New York, 1983.
- UN Doc A/C.3/39/1, *Report of the Open-ended Working Group on the Elaboration of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, New York, 1984.
- A/C.3/39/WG.1/WP.1, de 26 de octubre de 1984.
- UN Doc A/C.3/40/1, *Report of the Open-ended Working Group on the Elaboration of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, New York, 1985.

- UN Doc A/C.3/40/6, *Report of the Open-ended Working Group on the Drafting of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, New York, 1985.
- UN Doc A/C.3/41/3, *Report of the Open-ended Working Group on the Drafting of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, New York, 1986.
- UN Doc A/C.3/42/1, *Report of the Open-ended Working Group on the Drafting of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, New York, 1987.
- UN Doc A/C.3/42/6, *Report of the Open-ended Working Group on the Drafting of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, New York, 1987. Second Reading (Text of articles adopted by the working group on second reading during forty-second session of the General Assembly).
- UN Doc A/C.3/43/1, *Report of the Open-ended Working Group on the Drafting of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, New York, 1988.
- UN Doc A/C.3/43/7, *Report of the Open-ended Working Group on the Drafting of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, New York, 1988.
- UN Doc A/C.3/44/1, *Report of the Open-ended Working Group on the Drafting of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, New York, 1989.
- UN Doc A/C.3/44/4, *Report of the Open-ended Working Group on the Drafting of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, New York, 1989.
- UN Doc A/C.3/45/1, *Report of the Open-ended Working Group on the Drafting of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, New York, 1990.

Comités (de aplicación de tratados de derechos humanos)

- Observación General 15 del Comité de Derechos Humanos, 11 de abril de 1986, *La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*. CCPR General Comment N° 15.
- Observación General 18 del Comité de Derechos Humanos, 10 de noviembre de 1989, *No discriminación*, CCPR General Comment N° 18.
- Observación General 24 del Comité de Derechos Humanos, 4 de noviembre de 1994, *Cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolo Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6.

- Observación General 25 del Comité de Derechos Humanos, de 12 de julio de 1996, *La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.7.
- Observación General 27 del Comité de Derechos Humanos, 2 de noviembre de 1999, *La libertad de circulación*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9.
- Observación General 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 9 de diciembre de 1994, *Personas con discapacidad*, E/1995/22.
- Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 11 de agosto de 2000, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, E/C.12/2000/14.
- Observación General 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 6 de febrero de 2006, *El derecho al trabajo*, E/C.12/GC/18.
- Observación General 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 4 de febrero de 2008, *El derecho a la seguridad social*, E/C.12/GC/19.
- Observación General 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2 de julio de 2009, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*, E/C.12/GC/20.
- Observación General 30 del Comité sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, *Discriminación contra los no ciudadanos*.
- Observación General 1 del Comité sobre los Derechos del Niño, 17 de abril de 2001, *Propósitos de la educación*.
- Observación General 6 del Comité sobre los Derechos del Niño, 1 de septiembre de 2005, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia*.
- Observación General 9 del Comité sobre los Derechos del Niño, 27 de febrero y 13 de noviembre de 2007, *Los derechos de los niños con discapacidad*.
- Recomendación General 18 del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, *Mujeres discapacitadas*.
- Recomendación General 21 del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, *La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*.
- CAT/C/MAR/CO/4, Observaciones finales del Comité contra la Tortura, Marruecos, 21 de diciembre de 2011.
- CAT/C/CAN/CO/6, Observaciones finales del Comité contra la Tortura, Canadá, 25 de junio de 2012.

- CAT/C/GRC/CO/5-6, Observaciones finales del Comité contra la Tortura, Grecia, 27 de junio de 2012.
- CERD/C/MAR/CO/17-18/Add.1, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Marruecos, 24 de mayo de 2012.
- CERD/C/NOR/CO/18/Add.1, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Noruega, 11 de diciembre de 2007.
- CERD/C/ESP/CO/18-20, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, España, 8 de abril de 2011.

Comité para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

- Observación General 1 del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, sobre los trabajadores domésticos migratorios, 23 de febrero de 2011, CMW/C/GC/1.
- Miembros del Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/members.htm>
- Sesiones del Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/sessions.htm>
- Submissions to Day of General Discussion on the Protection of the Rights of Migrant Workers in an Irregular Situation and Members of their Families, 19 September 2011: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/dgd19092011.htm>
- Informe a la AG, A/59/48, *Informe del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, Informe del primer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York, 2004.
- Informe a la AG, A/60/48, *Informe del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, Informe del segundo período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York, 2005.
- Informe a la AG, A/61/48, *Informe del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, Informe del tercer y cuarto períodos de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York, 2006.
- Informe a la AG, A/62/48, *Informe del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, Informe del quinto y sexto períodos de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York, 2007.
- Informe a la AG, A/63/48, *Informe del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, Informe del séptimo y octavo períodos de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York, 2008.

- Informe a la AG, A/64/48, *Informe del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, Informe del noveno y décimo período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York, 2009.
- Informe a la AG, A/65/48, *Informe del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, Informe del undécimo y duodécimo períodos de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York, 2010.
- Informe a la AG, A/66/48, *Informe del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, Informe del decimotercero y decimocuarto períodos de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York, 2011.
- Informe a la AG, A/67/48, *Informe del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, Informe del decimoquinto y decimosexto períodos de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York, 2012.

- HRI/GEN/3/Rev.1/Add.1, *Compilation of Rules of Procedure Adopted by Human Rights Treaty Bodies -Containing the Provisional Rules of Procedures of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families-*, 7 May 2004.
- HRI/GEN/2/Rev.2/Add.1, *Compilation of Guidelines on the Form and Content of Reports To Be Submitted by States Parties to the International Human Rights Treaties*, 6 May 2005.
- CMW/C/2008/1, *Guidelines for the Periodic Reports To Be Submitted by States Parties Under Article 73 of the Convention*, 22 May 2008.
- CMW/C/15/CRP.1, *Day of General Discussion on the Protection of the Rights of Migrant Workers in an Irregular Situation and Members of their Families, 19 September 2011, Background Note Prepared by the Secretariat*, 22 July 2011.
- CMW/C/MLI/1, Informe inicial de Malí, 2006.
- CMW/C/MLI/Q/1, Lista de cuestiones correspondientes al informe inicial de Malí, 2006.
- CMW/C/MLI/Q/1/Add.1 Respuestas presentadas por escrito por el Gobierno de Malí a la lista de cuestiones, 2006.
- CMW/C/MLI/CO/1 Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de Malí, 2006.
- CMW/C/MEX/1, Informe inicial de México, 2006.
- CMW/C/MEX/1/Q, Lista de cuestiones: México, 2006.
- CMW/C/MEX/1/Q/Add.1, Respuestas presentadas por escrito por el Gobierno de México a la lista de cuestiones, 2006.
- CMW/C/MEX/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de México, 2006.
- CMW/C/MEX/CO/1/Add.1, Información de seguimiento, 2008.

- CMW/C/EGY/1, Informe inicial de Egipto, 2007.
- CMW/C/EGY/1/Q, Lista de cuestiones: Egipto, 2007.
- CMW/C/EGY/1/Q/Add.1, Respuestas presentadas por escrito por el Gobierno de Egipto a la lista de cuestiones, 2007.
- CMW/C/EGY/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de Egipto, 2007.
- CMW/C/ECU/1, Informe inicial del Ecuador, 2007.
- CMW/C/ECU/1/Q, Lista de cuestiones: Ecuador, 2007.
- CMW/C/ECU/1/Q/Add.1, Respuestas presentadas por escrito por el Gobierno del Ecuador a la lista de cuestiones, 2007.
- CMW/C/ECU/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial del Ecuador, 2007.
- CMW/C/SYR/1, Informe inicial de la República Árabe Siria, 2008.
- CMW/C/SYR/1/Q, Lista de cuestiones: República Árabe Siria, 2008.
- CMW/C/SYR/1/Q/Add.1, Respuestas presentadas por escrito por el Gobierno de la República Árabe Siria a la lista de cuestiones, 2008.
- CMW/C/SYR/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de la República Árabe Siria, 2008.
- CMW/C/BOL/1, Informe inicial de Bolivia, 2008.
- CMW/C/BOL/1/Q, Lista de cuestiones: Bolivia, 2008.
- CMW/C/BOL/1/Q/Add.1, Respuestas presentadas por escrito por el Gobierno de Bolivia a la lista de cuestiones, 2008.
- CMW/C/BOL/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de Bolivia, 2008.
- CMW/C/SLV/1, Informe inicial de El Salvador, 2008.
- CMW/C/SLV/1/Q, Lista de cuestiones: El Salvador, 2008.
- CMW/C/SLV/1/Q/Add.1, Respuestas presentadas por escrito por el Gobierno de El Salvador a la lista de cuestiones, 2008.
- CMW/C/SLV/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de El Salvador, 2008.
- CMW/C/AZE/1, Informe inicial de Azerbaiyán, 2009.
- CMW/C/AZE/1/Q, Lista de cuestiones: Azerbaiyán, 2009.
- CMW/C/AZE/1/Q/Add.1, Respuestas presentadas por escrito por el Gobierno de Azerbaiyán a la lista de cuestiones, 2009.
- CMW/C/AZE/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de Azerbaiyán, 2009.
- CMW/C/COL/1, Informe inicial de Colombia, 2009.

- CMW/C/COL/1/Q, Lista de cuestiones: Colombia, 2009.
- CMW/C/COL/1/Q/Add.1, Respuestas presentadas por escrito por el Gobierno de Colombia a la lista de cuestiones, 2009.
- CMW/C/COL/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de Colombia, 2009.
- CMW/C/BIH/1, Informe inicial de Bosnia y Herzegovina, 2009.
- CMW/C/BIH/1/Q, Lista de cuestiones: Bosnia y Herzegovina, 2009.
- CMW/C/BIH/1/Q/Add.1, Respuestas presentadas por escrito por el Gobierno de Bosnia y Herzegovina a la lista de cuestiones, 2009.
- CMW/C/BIH/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de Bosnia y Herzegovina, 2009.
- CMW/C/PHL/1, Informe inicial de Filipinas, 2009.
- CMW/C/PHL/1/Q, Lista de cuestiones: Filipinas, 2009.
- CMW/C/PHL/1/Q/Add.1, Respuestas presentadas por escrito por el Gobierno de Filipinas a la lista de cuestiones, 2009.
- CMW/C/PHL/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de Filipinas, 2009.
- CMW/C/LKA/1, Informe inicial de Sri Lanka, 2009.
- CMW/C/LKA/Q/1, Lista de cuestiones: Sri Lanka, 2009.
- CMW/C/LKA/Q/1/Add.1, Respuestas presentadas por escrito por el Gobierno de Sri Lanka a la lista de cuestiones, 2009.
- CMW/C/LKA/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de Sri Lanka, 2009.
- CMW/C/DZA/1, Informe inicial de Argelia, 2010.
- CMW/C/DZA/Q/1, Lista de cuestiones: Argelia, 2010.
- CMW/C/DZA/Q/1/Add.1, Respuestas presentadas por escrito por el Gobierno de Argelia a la lista de cuestiones, 2010.
- CMW/C/DZA/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de Argelia, 2010.
- CMW/C/ALB/1, Informe inicial de Albania, 2010.
- CMW/C/ALB/Q/1, Lista de cuestiones: Albania, 2010.
- CMW/C/ALB/Q/1/Add.1, Respuestas presentadas por escrito por el Gobierno de Albania a la lista de cuestiones, 2010.
- CMW/C/ALB/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de Albania, 2010.
- CMW/C/ECU/2, Segundo Informe periódico de Ecuador, 2010.
- CMW/C/ECU/Q/2, Lista de cuestiones: Ecuador, 2010.

- CMW/C/ECU/Q/2/Add.1, Respuestas presentadas por escrito por el Gobierno de Ecuador a la lista de cuestiones, 2010.
- CMW/C/ECU/CO/2, Observaciones finales del Comité sobre el segundo informe periódico de Ecuador, 2010.
- CMW/C/SEN/1, Informe inicial de Senegal, 2010.
- CMW/C/SEN/Q/1, Lista de cuestiones: Senegal, 2010.
- CMW/C/SEN/Q/1/Add.1, Respuestas presentadas por escrito por el Gobierno de Senegal a la lista de cuestiones, 2010.
- CMW/C/SEN/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de Senegal, 2010.
- CMW/C/MEX/2, Segundo Informe periódico de México, 2011.
- CMW/C/MEX/Q/2, Lista de cuestiones: México, 2011.
- CMW/C/MEX/Q/2/Add.1, Respuestas presentadas por escrito por el Gobierno de México a la lista de cuestiones, 2011.
- CMW/C/MEX/CO/2, Observaciones finales del Comité sobre el segundo informe periódico de México, 2011.
- CMW/C/ARG/1, Informe inicial de la Argentina, 2011.
- CMW/C/ARG/Q/1, Lista de cuestiones: Argentina, 2011.
- CMW/C/ARG/Q/1/Add.1, Respuestas escritas del Gobierno de la Argentina en relación con la lista de cuestiones, 2011.
- CMW/C/ARG/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de la Argentina, 2011.
- CMW/C/CHL/1, Informe inicial de Chile, 2011.
- CMW/C/CHL/Q/1, Lista de cuestiones: Chile, 2011.
- CMW/C/CHL/Q/1/Add.1, Respuestas escritas del Gobierno de Chile en relación con la lista de cuestiones, 2011.
- CMW/C/CHL/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de Chile, 2011.
- CMW/C/GTM/1, Informe inicial de Guatemala, 2011.
- CMW/C/GTM/Q/1, Lista de cuestiones: Guatemala, 2011.
- CMW/C/GTM/Q/1/Add.1, Respuestas escritas del Gobierno de Guatemala en relación con la lista de cuestiones, 2011.
- CMW/C/GTM/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de Guatemala, 2011.
- CMW/C/PRY/1, Informe inicial del Paraguay, 2012.
- CMW/C/PRY/Q/1, Lista de cuestiones: Paraguay, 2012.

- CMW/C/PRY/Q/1/Add.1, Respuestas escritas del Gobierno del Paraguay a la lista de cuestiones, 2012.
- CMW/C/PRY/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial del Paraguay, 2012.
- CMW/C/TJK/1, Informe inicial de Tayikistán, 2012.
- CMW/C/TJK/Q/1, Lista de cuestiones: Tayikistán, 2012.
- CMW/C/TJK/Q/1/Add.1, Respuestas escritas del Gobierno de Tayikistán a la lista de cuestiones, 2012.
- CMW/C/TJK/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de Tayikistán, 2012.
- CMW/C/BIH/2, Segundo Informe periódico de Bosnia y Herzegovina, 2012.
- CMW/C/BIH/Q/2, Lista de cuestiones: Bosnia y Herzegovina, 2012.
- CMW/C/BIH/Q/2/Add.1, Respuestas presentadas por escrito por el Gobierno de Bosnia y Herzegovina a la lista de cuestiones, 2012.
- CMW/C/BIH/CO/2, Observaciones finales del Comité sobre el segundo informe periódico de Bosnia y Herzegovina, 2012.
- CMW/C/RWA/1, Informe inicial de Ruanda, 2012.
- CMW/C/RWA/Q/1, Lista de cuestiones: Ruanda, 2012.
- CMW/C/RWA/Q/1/Add.1, Respuestas presentadas por escrito por el Gobierno de Ruanda a la lista de cuestiones, 2012.
- CMW/C/RWA/CO/1, Observaciones finales del Comité sobre el informe inicial de Ruanda, 2012.

Normas y otros actos de carácter regional

- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, revisado de conformidad con los Protocolos no 11 y 14, completado por el Protocolo adicional y los Protocolos nos 4, 6, 7, 12 y 13, 4 de noviembre de 1950. Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- Carta Social Europea, 18 de octubre de 1961. Carta Social Europea revisada, 3 de mayo de 1996, Estrasburgo. Protocolo relativo a un sistema de reclamaciones colectivas (1995)
- Protocolo nº 4 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que, reconoce ciertos derechos y libertades además de los que ya figuran en el Convenio y en el primer Protocolo adicional al Convenio, modificado por el Protocolo nº 11, Estrasburgo, 16 de septiembre de 1963.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), 22 de noviembre de 1969, Serie Tratados OEA núm. 36, 1144 U.N.T.S. 123, entrada en vigor 18 de julio de 1978.

- Reglamento (CEE) 1408/71 del Consejo de 14 de Junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad
- Reglamento (CEE) 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) nº1408/71.
- Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante, Estrasburgo, de 24 de noviembre de 1977 (CETS No. 093).
- Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul), 27 de julio de 1981, documento de la OUA CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 [1982], entró en vigor el 21 de octubre de 1986.
- Convenio para la aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990. 14 de junio de 1985, España se adhirió por Protocolo de 25 de junio de 1991.
- Convenio de Dublín, 15 de junio de 1990.
- Convención Europea sobre la participación de los extranjeros en la vida pública en el ámbito local, del Consejo de Europa, 5 de febrero de 1992.
- Tratado de Ámsterdam, 2 de octubre de 1997.
- Acuerdos de Tampere de 1999 – Consejo Europeo de 15-16 de octubre de 1999 -, sobre el desarrollo de la normativa comunitaria en relación con las políticas migratorias de la Unión Europea.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Consejo Europeo de Niza, 7 de diciembre de 2000. (DOCE 2000/C364/01, de 18 de diciembre de 2000).
- Directiva 2001/55 de 20 julio, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida.
- Catálogo de Schengen de la Unión Europea (Control de las fronteras exteriores, expulsión y readmisión), febrero de 2002.
- Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Sevilla, 21-22 de junio de 2002, Boletín 24 de junio de 2002.
- Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, DOCE L 328 de 5 de diciembre de 2002.
- Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre, de 2003, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DOUE de 23 de enero de 2004).
- Directiva 2003/86 del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar.
- Decisión 2004/579/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las

Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional [Diario Oficial L 261 de 6.8.2004].

- Reglamento (CE) Num. 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.
- Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, ratificado en Santiago de Chile, noviembre de 2008.
- Directiva 2008/115/CEE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal (DOUE de 24 de diciembre de 2008).
- Directiva 2009/50/CE del Consejo de 25 de mayo de 2009 relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado.
- Reglamento (CE) Num. 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, DOUE 2010/C 83/02 de 30 de marzo de 2010 que sustituye a la Carta publicada en DOCE C 364/1, de 18 de diciembre de 2000. En vigor por el Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, de 13 de diciembre de 2007, el 1 de diciembre de 2009.
- Programa de Estocolmo - Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano [Diario Oficial nº C 115 de 4/5/2010].
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 20 de abril de 2010 – Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos – Plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo [COM(2010) 171 final – no publicada en el Diario Oficial].

Normas y otros actos internos

- Constitución Española, 6 de diciembre de 1978.
- Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, BOE núm. 75, de 29 de marzo de 1995.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero de 2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000.

- Real Decreto 3425/2000, de 15 de diciembre, sobre inscripción de los españoles en los Registros de Matrícula de las Oficinas Consulares en el extranjero.
- Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre de 2000, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE 23 de diciembre de 2000.
- Resolución de 17 de abril de 2001, de la Delegación de Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, por el que se aprueba el Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración.
- Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, BOE núm. 174, de 21 de julio.
- Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida, BOE núm. 174, de 21 de julio.
- Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.
- Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, BOE de 30 de septiembre de 2003.
- Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. BOE de 21 de noviembre de 2003.
- Instrumento de Ratificación del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003.
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 6, de 7 de enero de 2005. Corrección de errores, BOE de 1 de junio de 2005.
- Real Decreto 438/2008, de 14 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, BOE núm. 92, 16 de abril de 2008.

- Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen. BOE núm. 228, de 20 de septiembre de 2008.
- Real Decreto 1800/2008, de 3 de noviembre, por el que se desarrolla el Real Decreto-ley 4/2008, de 19 de septiembre, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen. BOE núm. 272, de 11 de noviembre de 2008.
- Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, BOE núm. 177, de 23 de julio de 2009.
- Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio nº 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, BOE núm. 219, de 10 de septiembre de 2009.
- Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009.
- Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 299 de 12 de diciembre de 2009.
- Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, hecho en Lisboa el 11 de septiembre de 2009. Aplicación provisional. BOE núm. 7, de 8 de enero de 2011.
- Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 bis y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 180, de 28 de julio de 2011.
- Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, BOE núm. 98, de 24 de abril de 2012.
- Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE núm. 155, de 29 de junio de 2013.
- Convenios bilaterales de seguridad social de España, página web del Ministerio de Trabajo e Inmigración: http://www.seg-social.es/Internet_1/Internacional/Conveniosbilaterales/index.htm

Jurisprudencia

Tribunal Internacional de Justicia (y CPJI)

- CPJI, serie A, nº 2, pág. 12 (A/B 9, Sentencia de 30 de agosto de 1924).
- CPJI, serie A, número 17, pág. 28 (A/B 32, Sentencia nº 13 de 13 de septiembre de 1928).
- Opinión consultiva de la CIJ, de 28 de mayo de 1951, *Validez de ciertas reservas a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio*, *Recueil*, 1951, p.23-24.
- *Asuntos relativos al Territorio del Sudoeste africano* (Etiopía y Liberia v. Sudáfrica), de 18 de julio de 1966, ICJ, Reports, 1966.
- Barcelona Traction (Belgium v. Spain), CIJ, Reports, 1970.
- Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16.
- I.C.J. Pleadings, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, 12 January 1980, p. 174. Memorial del Gobierno de Estados Unidos de América.
- United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I. C. J. Reports 1980, p. 3.
- *Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)*, *Provisional Measures, Order of 9 April 1998*, *I.C.J. Reports 1998*, p. 248.
- *Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)*, *Order of 10 November 1998*, I. C. J. Reports 1998, p. 426.
- Demanda alemana de 2 de marzo de 1999. Véase <http://www.icj-cij.org/docket/files/104/7153.pdf>.
- *LaGrand (Germany v. United States of America)*, *Provisional Measures, Order of 3 March 1999*, *I.C.J. Reports 1999*, p. 9.
- *LaGrand (Germany v. United States of America)*, *Judgement, I.C.J. Reports 2001*, p. 466. Sentencia de la CIJ de 27 de Junio de 2001.
- *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2004*, p. 12. Sentencia de la CIJ de 31 de marzo de 2004.
- *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)* (*Mexico v. United States of America*), Application I.C.J., General List No. 139, 5 June 2008.

- *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) (Mexico v. United States of America), Provisional Measures, Order of 16 July 2008, I.C.J., Reports 2008, p. 311.*
- *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) (Mexico v. United States of America), Judgment, I.C.J., Reports 2009, p. 3, 19 January 2009.*

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (y TJCE)

- Sentencia del TJCE de 28 de octubre de 1975, C-36/75 - Rutili/Ministre de l'intérieur.
- Sentencia del TJCE de 8 de mayo de 2003, C-438/00 - Deutscher Handballvund/Maros Kolpak.
- Sentencia del TJCE de 22 de octubre de 2009, C-261/08 y C-348/08 - Tribunal Superior de Justicia de Murcia.
- Sentencia del TJUE de 22 de junio de 2010, C-188/10 y C-189/10 - Melki y Abdeli.
- Sentencia del TJUE de 28 de abril de 2011, C-61/11 PPU - El Dridi.
- Sentencia del TJUE de 6 de diciembre de 2011, C-329/11 - Achughbabian.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, § ..., Series A no. 25.
- *Luedicke, Belkacem and Koç* judgment of 28 November 1978, Series A no. 29.
- *Abdulaziz, Cabales y Balkandali v. United Kingdom*, 28 May 1985, § 82, Series A no. 94.
- *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, § 86, Series A no. 161.
- *Moustaquim v. Belgium*, 18 February 1991, § 49 in fine, Series A no. 193.
- *Cruz Varas and Others v. Sweden*, judgment of 20 March 1991, Series A no. 201, p. 28, paras. 69-70, p. 29, para. 74.
- *Vilvarajah and Others v. the United Kingdom*, judgment of 30 October 1991, Series A no. 215.
- *Beldjoudi v. France*, judgment of 26 March 1992, Series A no. 234-A.
- *Jersild v. Denmark*, judgment of 23 September 1994, Series A no. 298.
- *Amuur v. France*, judgment of 25 June 1996, Reports des arrêts and décisions 1996 III, §§ 41, 43, 50.

- *Chahal v. the United Kingdom*, judgment of 15 November 1996, Reports 1996-V.
- *Ahmed v. Austria*, judgment of 17 December 1996, Reports 1996-VI, § 38 and § 39.
- *Valsamis v. Greece*, judgment of 18 December 1996, Reports 1996-VI, § 28.
- *Selmouni v. France* [GC], no.. 25803/94, § 95 and § 96, ECHR 1999-V.
- *Hassan and Tchaouch v. Bulgaria* [GC], no. 30985/96, § 62, § 78, § 84, ECHR 2000-XI.
- *Hilal v. the United Kingdom*, no.. 45276/99, § 60, ECHR 2001-II.
- *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no.. 35763/97, § 59, ECHR 2001-XI.
- *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova*, no. 45701/99, § 134, ECHR 2001-XII.
- *Conka v. Belgium*, no. 51564/99, ECHR 2002-I.
- *Said v. the Netherlands*, no. 2345/02, § 54, 5 July 2005.
- *Salah Sheekh v. the Netherlands*, no.. 1948/04, § 135 and §§ 138-149, 11 January 2007.
- *Talat Tunç v. Turkey*, no. 32432/96, §§ 59-60, 27 March 2007.
- *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], no. 57325/00, ECHR 2007-IV.
- *Sampanis and Others v. Greece*, no. 32526/05, §§ 68, 69, 81, 5 June 2008 (5 September 08).
- *Saadi v. Italy* [GC], no. 37201/06, § 128, ECHR, 28 February 2008.
- *Emre v. Switzerland*, no. 42034/04, § 68, 22 May 2008.
- *Maslov v. Austria* [GC], no. 1638/03, § 71, 23 June 2008.
- *Salduz v. Turkey* [GC] no. 36391/02, §§ 27-31, 27 November 2008.
- *Sinan Isik v. Turkey*, judgment 2 February 2010, 21924/05.
- *Ahmet Arslan and Others v. Turkey*, judgment 23 February 2012, 41135/98.
- *Saman v. Turkey*, judgment 5 July 2011, 35292/05.
- *Savda v. Turkey*, judgment 12 June 2012, 42730/05.
- *B.S. v. Spain*, no. 47159/08, ECHR, 24 July 2012.
- *Mahmundi y otros v. Grecia*, 14902/10, ECHR, 31 July 2012.

Comités (de aplicación de tratados de derechos humanos)

- COM CAT/C/16/D/21/1995 v. Suiza
- COM CAT/C/16/D/41/1996 v. Suecia.
- COM CCPR/456/1991 v. Suecia

- COM CCPR/C/29/D/155/1983 v. Madagascar
- COM CCPR/C/18/D/106/1981 v. Uruguay
- COM CCPR/C/15/D/57/1979 v. Uruguay
- COM CCPR/C/37/D/241/1987 v. República Democrática del Congo
- CCPR/C/106/D/1932/2010 v. Russian Federation.
- CCPR/C/106/D/2120/2011 v. Belarús.
- COM CERD/C/80/D/46/2009, Dawas and Shava v. Denmark, 3 de abril de 2012.
- Procedimiento 1503 - www2.ohchr.org/english/bodies/chr/stat1.htm

Otros órganos internacionales (o de otros países)

- Opinión consultiva de la CIDH, de 24 de septiembre de 1982, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*.
- Opinión Consultiva 16/99, de 1 de octubre de 1999, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Opinión Consultiva 18/03, de 17 de septiembre de 2003, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Informe núm. 327 del Comité de Libertad Sindical de la OIT, Unión General de Trabajadores v. España, de 23 de marzo de 2001, *Boletín Oficial de la OIT*, Vol. LXXXV, 2002, Serie B, núm. 1. para. 548-562.
- Arrêt n° 960 du 5 juillet 2012 (11-19.250) - Cour de cassation - Première chambre civile. Francia.
- Informe al Gobierno español sobre la visita a España realizada por el Comité europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, del 30 de mayo al 13 de junio de 2011. Estrasburgo, 30 de abril de 2013, 102 p.
- Informe al Gobierno español sobre la visita a España realizada por el Comité europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, del 19 al 22 de junio de 2012. Estrasburgo, 30 de abril de 2013, 23 p.

Jurisprudencia española

- STC 107/1984, 23 de noviembre.
- STC 53/1985, de 11 de abril.
- STC 99/1985, de 30 de septiembre.
- STC 115/1987, de 7 de julio.

- STC 120/1990, de 27 de junio.
- STC 94/1993, de 22 de marzo.
- STC 122/1995, de 18 de julio.
- STC 76/1999, de 26 de abril.
- STC 152/2000, de 12 de junio.
- STC 236/2007, de 7 de noviembre.
- STC 17/2013, de 31 de enero.

- STS de 29 de enero de 1988.
- STS de 7 de julio de 2005 -RC 2107/2002-.
- STS de 9 de septiembre de 2005 -RC 3428/2002-.
- STS de 10 de noviembre de 2005 -RC 3930/2002-.
- STS de 23 de noviembre de 2006 -RC 10387/2006-.
- STS de 28 de noviembre de 2006 -RC 10033/2006-.
- STS de 8 de enero de 2007 -RC 38/2005-.
- STS de 9 de enero de 2007 -RC 40/2005-.
- STS de 13 de febrero de 2007 -RC 1339/2006-.
- STS de 9 de marzo de 2007 -RC 9887/2003-.
- STS de 9 de marzo de 2009.
- STS 31 de enero de 2008 -RC 4773/2004-.
- STS de 8 de julio de 2008 -RC 2316/2005-.

- Auto del Juzgado de Instrucción nº 6 de Madrid, 13 de enero de 2011.
- Oficio del Director del CIE de Madrid, 1 de marzo de 2011 (a través de la Jefatura Superior de Policía de Madrid, Ministerio del Interior).

Informes y otros documentos

Documentos institucionales

- Asylum and Migration Glossary - A tool for better comparability -, European Migration Network, July 2009. Disponible en <http://emn.sarenet.es>.

- Carta de fecha 2 de abril de 2003 dirigida a la Secretaría de la Comisión de Derechos Humanos por la Misión Permanente de los Estados Unidos de América ante la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, E/CN.4/2003/G/74.
- Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Sevilla, 21 y 22 de junio de 2002.
- Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999.
- Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo: <http://www.un.org/spanish/News/migration/> (web en español) / <http://www.un.org/esa/population/migration/hld/index.html> - Última visita: 18 de agosto de 2008.
- División de Población de Naciones Unidas: <http://www.un.org/esa/population/unpop.htm> - Última visita: 25 de junio de 2007.
- División de Población del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la Secretaría de Naciones Unidas, *Investigaciones internacionales sobre las migraciones*, Documento ST/SOA/18, Departamento de Asuntos Sociales, New York, 1953.
- División de Población del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la Secretaría de Naciones Unidas, *World Migrant Stock: The 2005 Population Revision Database*, Nueva York, Naciones Unidas, 2006 - <http://esa.un.org/migration/> - Última visita: 15 de julio de 2008.
- División de Población del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la Secretaría de Naciones Unidas, *World Population Prospects: The 2006 Revision*, Nueva York, Naciones Unidas, 2007 - <http://www.un.org/esa/population/unpop.htm> - Última visita: 15 de julio de 2008.
- División de Población del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la Secretaría de Naciones Unidas, *Trends in International Migrant Stock: Migrants by Age and Sex* United Nations database, 2011 POP/DB/MIG/Stock/Rev.2011 - Última visita: 6 de agosto de 2012.
- Eurostat: <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/> - Última visita: 21 de mayo de 2007.
- EUROSTAT, *Population and Social Conditions*, Statistics in focus 41/2007, European Communities, 2007.
- EUROSTAT, *Labour Force Survey*, European Communities, 2004.
- EUROSTAT, *Statistics Explained Archive, Vol. 2 - Social Statistics*, May 2012: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-FM-12-002/EN/KS-FM-12-002-EN.PDF - Última visita: 7 de agosto de 2012.
- IDI, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Vol. XII, Bruxelles, IDI, 1892.
- IIDI, *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*, Paris, Les Presses Universitaires de France, 1929, pp. 162-186; 202-211.

- *Reservations to Multilateral Conventions*, Report of the International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission*, 1951, vol. II.
- International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II (Part Two). Resolución 56/83 de la AG, de 12 diciembre de 2001, y corregida por el documento A/56/49(Vol. I)/Corr.4.
- *Guide to Practice on Reservations to Treaties*, Report of the International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission*, 2011, vol. II (Part Two). Resolución A/66/10 de la AG.
- ILC Report, A/62/10, 2007, chp.VI, paras. 188-265.
- ILC Report, A/62/10, 2007, chp.VI, paras. 188-265.
- Informe de la Conferencia Mundial para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial, Ginebra. 14 a 25 de agosto de 1978 (Publicación NU n° S.79.XIV.2).
- Informe del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en los Derechos Humanos de los Migrantes, E/CN.4/1999/80.
- Instituto Nacional de Estadística: www.ine.es
- MARIE, Claude-Valentin, *Preventing illegal immigration: Juggling economic imperatives, political risks and individual rights*, Council of Europe Publishing, 2004, 83 p.
- OIT: http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/lang--es/index.htm
- Office of the High Commissioner for Human Rights; United Nations Staff College Project, *Human Rights: A Basic Handbook for UN Staff*, Naciones Unidas, xii, 116 p.
- *Official Records* de la AG, A/55/10, quincuagésimo-quinta sesión, suplemento n° 10, párrafos 726-728 y 729 (4), del año 2000.
- *Official Records* de la AG, A/59/10, quincuagésimo-novena sesión, suplemento n° 10, párrafo 364, del año 2004.
- Secretaría General de Inmigración y Emigración: <http://extranjeros.empleo.gob.es>
- Secretaría General Iberoamericana: <http://segib.org/>
- *Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, New York, United Nations (UN Publication No. E.06.V.5), 2006, XXVI, 756 p.
- UNHCR, Statistical Online Population Database: <http://www.unhcr.org/statistics.html>- Última visita: 29 de junio de 2007.
- *Global Trends 2006: Refugees, Asylum-seekers, Returnees, Internally Displaced and Stateless Persons*, Geneva, UNHCR, 2007, también edición electrónica: <http://www.unhcr.org/statistics/STATISTICS/4676a71d4.pdf>.

- *Statistical Yearbook 2007. Trends in displacement, protection and solutions*, Geneva, UNHCR, diciembre 2007, 133 p.
- *Global Trends 2011: A Year of Crisis*, Geneva, UNHCR, 2012, también edición electrónica: <http://unhcr.org/4fd6f87f9.html>
- WARZAZI, Halima, *Exploitation of Labour through Illicit and Clandestine Trafficking*, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, E/CN.4/Sub.2/351, New York, UN, 1986.

Documentos de organizaciones

- Amnistía Internacional, *Los derechos humanos, un derecho de la mujer*, Madrid, EDAI, 1995, 108 p.
- Amnistía Internacional, *El asilo en España: Una carrera de obstáculos*, Madrid, EDAI, 2001, 94 p.
- Amnistía Internacional, *Racism and the Administration of Justice, United Kingdom, AI Publications, 2001.*
- Amnistía Internacional, *España. Crisis de identidad. Tortura y malos tratos de índole racista a manos de agentes del Estado*, Madrid, EDAI, 2002, 128 p.
- Amnistía Internacional, *Informe 2003. El pasado dice cosas que interesan al futuro*, Madrid, EDAI, 2003, 512 p.
- Amnesty International, *Annual Report 2013. The State of the World's Human Rights*, AI, 2013, 328 p.
- APDHA, Asociación Pro-Derechos Humanos de Andalucía: www.apdha.org/ - Última visita: 1 de agosto de 2012.
- Brigadas Vecinales de Observación de Derechos Humanos: brigadasvecinales.org
- Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales: <http://www.gcim.org/es/> - Última visita: 18 de agosto de 2008.
- December 18, *Ratification of the UN Migrant Workers Convention in the European Union. Survey on the Positions of Governments and Civil Society Actors*, December 18, December 2010, 99 p., disponible en www.december18.net
- ENAR, *Hidden Talents, Wasted Talents? The real cost of neglecting the positive contribution of migrants and ethnic minorities*, European Network Against Racism, 2013, 48 p.
- Foro Social Mundial de las Migraciones: <http://www.fsmm2008.org/> - Última visita: 15 de diciembre de 2008. <http://www.worldsocialforum.info/news/ecuador-foro-social-mundial-de-las-migraciones> - Última visita: 11 de enero de 2011. Y <http://spanish.wsfm2012.org/> - Última visita: 1 de septiembre de 2012.

- GISTI, Groupe d'information et de soutien des immigrés: <http://www.gisti.org/index.php> - Última visita: 20 de agosto de 2012.
- Global Forum on Migration and Development: <http://gfmd2008.org/> - Última visita: 18 de agosto de 2008.
- Groupe d'information et de soutien des immigrés, *La protection sociale des étrangers par les textes internationaux*, París, Gisti, 2004, 80 p.
- Groupe d'information et de soutien des immigrés, *Immigration, un régime pénal d'exception*, París, Gisti, 2004, 170 p.
- International Organization for Migration, *World Migration Report 2003: Managing Migration, Challenges and Responses for People on the Move*, Geneva, IOM, 2003, 396 p.
- International Organization for Migration, *World Migration Report 2008: Managing Labour Mobility in the Evolving Global Economy*, Geneva, IOM, 2008, 562 p.
- International Organization for Migration, *World Migration Report 2011: Communicating Effectively about Migration*, Geneva, IOM, 2011, 184 p.
- La Cimade: <http://www.cimade.org/> - Última visita: 1 de agosto de 2012.
- OIM: <http://www.iom.int/> - Última visita: 15 de junio de 2013.
- Red Acoge: <http://www.redacoge.org/> - Última visita: 1 de agosto de 2012.

Documentos de carácter doctrinal

- CARDONA, Daniel; MANCERA, Francisco M., *Why do we let the immigrants come in?*, Documento de trabajo nº 5, Universidad de Málaga, 1998, 16 p.
- Círculo de Empresarios, *El fenómeno de la inmigración: Aportación a un debate*, Madrid, Círculo de Empresarios, 2001, 71 p.
- DOLADO, Juan; GORIA, Alessandra; ICHINO, Andrea, *Immigration and growth in the host country*, Documento de trabajo nº 9309, Banco de España, 1993, 62 p.
- *L'accueil des immigrants et l'intégration des populations issues de l'immigration*, Rapport au Président de la République suivi des réponses des administrations et des organismes intéressés, noviembre 2004.
- LÓPEZ DÍAZ, Julio; RIDRUEJO, Zenón J., *Crecimiento y pensiones. El papel de la inmigración*, Documento de Trabajo FAE 00/01, Universidad de Valladolid, 2000, 17 p.
- MORENO FUENTES, Francisco Javier ; BRUQUETAS CALLEJO, María, *Inmigración y Estado de bienestar en España*, Colección Estudios Sociales Núm. 31, Obra Social La Caixa, 2011, 214 p.

- MORENO TORRES, Iván, *Los determinantes de la inmigración internacional en España: evidencia empírica 1991-1999*, Documento nº 9/04, Instituto de Estudios Fiscales, 2001, 27 p.
- OYARZUN DE LA IGLESIA, Javier; MOLINA SÁNCHEZ, Luis, *Movimientos migratorios internacionales: Un análisis económico*, Documento de Trabajo 2002-013, Universidad Complutense de Madrid, 2002, 33 p.
- PASSEL, Jeffrey S., *Unauthorized Migrants: Numbers and Characteristics*, Pew Hispanic Center, edición electrónica: <http://pewhispanic.org/files/reports/46.pdf>, 2005, 44 p.
- RODERA RANZ, Susana, Colaboración en *Internacional Human Rights Instruments and their Applicability to the Promotion and Protection of Human Rights of Migrant Domestic Workers in Europe*, González del Pino, Silvia, OHCHR Regional Office for Europe in Brussels.
- *Que el derecho no se detenga a la puerta de los CIE*, varias organizaciones, 2011, 2 p. Disponible en: <https://spreadsheets.google.com/spreadsheet/viewform?formkey=dEtRMmloSjhzNIJEQ19jS0xud0dHUmc6MQ>
- Resolución de 13 de septiembre de 1989, del Instituto de Derecho Internacional, Santiago de Compostela.

Fuentes doctrinales

Monografías

- AA.VV., *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1436 p.
- AA.VV., *International Migration Law and Policies in the Mediterranean Context: Round Table, 15-16 December 2008, Sanremo, Villa Ormond*, Geneva, IOM; Sanremo International Institute of Humanitarian Law, 2009, 241 p.
- ACOSTA ESTÉVEZ, José B., *El proceso ante el Tribunal Internacional de Justicia*, Barcelona, Bosch, 1995, 283 p.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2001, 607 p.
- ALFREDSSON, Gudmundur; EIDE, Asbjørn, *The Universal Declaration of Human Rights. A Common Standard of Achievement*, The Hague, KLI/Martinus Nijhoff Publishers, 1999, XXXV, 782 p.
- ALFREDSSON, Gudmundur (et al.), *International Human Rights Monitoring Mechanisms*, The Hague, Martinus Nijhoff, 2001, 980 p.
- ALSTON, Philip, *People's Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2001, XXVIII, 329 p.
- ALSTON, Philip; BUSTELO, Mara; HEENAN, James (eds.), *The EU and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999, XXIII, 946 p.
- ALSTON, Philip; CRAWFORD, James, *The Future of United Nations Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, XXXV, 563 p.
- ALSTON, Philip; STEINER, Henry J., *International Human Rights in context: Law, Politics, Morals*, Oxford, Oxford University Press, 2000, XXXIII, 1497 p.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia, *Nacionalidad y emigración*, Madrid, La Ley, 1990, 303 p.
- ANGHIE, Antony, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, XIX, 356 p.
- AÑÓN ROIG, M^a José (et al.), *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, 502 p.
- AÑÓN ROIG, M^a José (et al.), *Ciudadanía y derechos sociales y políticos de los inmigrantes*, Madrid, Confederación sindical de Comisiones Obreras, 2003, 294 p.
- AÑÓN ROIG, M^a José (ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, 278 p.
- APARICIO WILHELMI, Marco; ILLAMOLA DAUSÀ, Mariona; MOYA MALAPEIRA, David; RODERA RANZ, Susana (coord.), *Las fronteras de la*

- ciudadanía en España y en la Unión Europea. Actas del II y III Encuentro de jóvenes investigadores en derecho de inmigración y asilo*, Girona, Documenta Universitaria, 2006, 441 p.
- ASENSI SABATER, José, *Políticas de sospecha: Migraciones internacionales y principios constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, 166 p.
- AUBARRELL, Gemma; ZAPATA, Ricard (eds.), *Inmigración y procesos de cambio: Europa y el Mediterráneo en el contexto global*, Barcelona, Icaria, 2004, 470 p.
- BAYEFSKY, Anne F. (ed.), *The UN Human Rights Treaty System in the 21st Century*, The Hague, KLI, 2000, XX, 1116 p.
- BLANC ALTEMIR, Antonio (ed.), *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Madrid, Tecnos, 2001, 329 p.
- BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Irene, *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Córdoba, S. P. Universidad de Córdoba, 2001, 404 p.
- BOGUSZ, Barbara; CHOLEWINSKI, Ryszard; CYGAN, Adam; and SZYSZCZAC, Erika (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, 466 p.
- BOELES, Pieter, *Fair Immigration Proceedings in Europe*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, 510 p.
- BONET PÉREZ, Jordi, *Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigrantes. Un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español*, «Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm.22», Bilbao, Universidad de Deusto, 2003, 118 p.
- BROUWER, Evelien; CATZ, Petra; GUILD, Elspeth (eds.), *Immigration, Asylum and Terrorism. A Changing Dynamic in European Law*, Nijmegen, Recht & Samenleving 19, 2003, 202 p.
- BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, New York, Oxford University Press, 1990, 748 p.
- BRUYCKER, Philip de, *Les régularisations des étrangers illégaux dans l'Union Européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 420 p.
- BUSTAMANTE, Jorge A., *Migración internacional y derechos humanos*, México, Universidad Nacional Autónoma, 2002, X-210 p.
- BYTHEWAY, Bill, *Ageism*, Buckingham, Open University Press, 1995, xi, 142 p.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, *El acceso directo del individuo a los Tribunales Internacionales de derechos humanos*, «Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm.9», Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, 104 p.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y Derecho Internacional*, Madrid, Tecnos, 1976.

- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 2001, 186 p.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 1991, 340 p.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (coord.), *La ley de extranjería a la luz de las obligaciones de España en derechos humanos*, Madrid, Akal, 2002, 236 p.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2003, 157 p.
- CASSESE, Antonio, *International Law in a Divided World*, Oxford, Clarendon Press, Oxford University Press, 1994, XVI, 429 p.
- CASTLES, Stephen (et al.), *States of Conflict: Causes and Patterns of Forced Migration to the EU and Policy Responses*, London, IPPR, 2003, 69 p.
- CASTLES, Stephen; DAVIDSON, Alastair, *Citizenship and Migration: Globalization and the Politics of Belonging*, Houndmills, Macmillan, 2000, xiii, 258 p.
- CASTLES, Stephen; MILLER, Mark J., *The Age of Migration. International Population Movements in the Modern World*, London, Macmillan Press, 1993, 306 p.
- CAVALLAR, Georg, *The Rights of Strangers: Theories of International Hospitality, the Global Community and Political Justice since Vitoria*, Aldershot, Ashgate, 2002, VII, 421 p.
- CHETAIL, Vincent (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme: le droit international en question. Globalization, migration and human rights: International law under review*, Vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2007, 728 p.
- CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María, *Control judicial de las privaciones de libertad de los extranjeros en situación irregular*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, 135 p.
- CHOLEWINSKI, Ryszard, *Migrant Workers in International Human Rights Law: Their Protection in Countries of Employment*, Oxford, Clarendon Press, 1997, LXXII, 465 p.
- CHOLEWINSKI, Ryszard, *Migrant irréguliers: l'accès aux droits sociaux minimaux*, Estrasburgo, Council of Europe Publishing, 2005, 91 p.
- CHOLEWINSKI, Ryszard; DE GUCHTENEIRE, Paul; PÉCOUD, Antoine (eds.), *Migration and human rights: the United Nations Convention on migrant worker's rights*, Cambridge [etc.], UNESCO, Cambridge University, 2009, XX, 452 p.
- CHOLEWINSKI, Ryszard; PERRUCHOUD, Richard; MACDONALD, Euan (eds.), *International Migration Law. Developing Paradigms and Key Challenges*, The Hague, Asser Press/IOM, 2007, XLI, 492 p.

- CHOMSKY, Noam, *Estados canallas: El imperio de la fuerza en los asuntos mundiales*, Barcelona, Paidós, 2001, 285 p.
- CHUECA SANCHO, Ángel G., *Las reservas a los Tratados de Derechos Humanos*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, 1992, 169 p.
- CHUECA SANCHO, Ángel G., *La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos*, Zaragoza, Egido, 1998, 125 p.
- CHUECA SANCHO, Ángel G. (dir.) *Derechos Humanos, Inmigrantes en Situación Irregular y Unión Europea*, Valladolid, Lex Nova, 2010, 290 p.
- Colectivo Algarabía, *Mirando desde fuera: Historias de migración*, Madrid, Cáritas Edit., 1999, 237 p.
- CONFORTI, Benedetto, *International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1993, 207 p.
- CRESPO NAVARRO, Elena, *Nuevas formas de protección del individuo en Derecho Internacional. La erosión del vínculo de la nacionalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, 403 p.
- ÇINAR, Dilek; GÄCHTER, August; WALDRAUCH, Harald (eds.), *Irregular Migration: Dynamics, Impact, Policy Options*, Vienna, European Centre for Social Welfare Policy and Research, 2000, 277 p.
- DAUVERGNE, Catherine, *Making People Illegal. What Globalization Means for Migration and Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, 216 p.
- DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, 454 p.
- DE LUCAS MARTÍN, Francisco Javier, *Puertas que se cierran: Europa como fortaleza*, Barcelona, Icaria, 1996, 116 p.
- DE LUCAS MARTÍN, Francisco Javier, *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- DE LUCAS MARTÍN, Francisco Javier (et al.), *Inmigrantes: una aproximación jurídica a sus derechos*, Valencia, Germania, 2001, 116 p.
- DE LUCAS MARTÍN, Francisco Javier; TORRES, Francisco (eds.), *Inmigrantes: ¿cómo los tenemos? Algunos desafíos y (malas) respuestas*, Madrid, Talasa, 2002, 239 p.
- DEMBOUR, Marie-Bénédicte; KELLY, Tobias (eds.), *Are Human Rights for Migrants? Critical Reflections on the Status of Irregular Migrants in Europe and the United States*, New York, Routledge, 2011, X, 249 p.
- DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 2002 (13ª ed.), 954 p.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Las organizaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 2007, reimp. (14ª ed.), 884 p.

- DOLLOT, Louis, *Las migraciones humanas*, Barcelona, Oikos-tau, 1971, trad. Rafael M. Bofill, 123 p.
- DOUZINAS, Costas, *The End of Human Rights : Critical Legal Thought of the Turn of the Century*, Oxford, Hart Publishing, 2000, ix, 410 p.
- DOWTY, Alan, *Closed Borders: The Contemporary Assault on Freedom of Movement*, New Haven, Yale University Press, 1987, xvii, 270 p.
- DRZEMCZEMSKI, Andrew, *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2001.
- DUPUY, Pierre-Marie, *Droit international public*, Paris, Précis Dalloz, 1993 (2ª éd.), 553 p.
- DWORKIN, Ronald, *Virtud soberana: La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003, 532 p.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, Carlos, *La interpretación de las Normas Internacionales*, Pamplona, Aranzadi, 1996, 351 p.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, Carlos (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, ed. Diles S.L., 2003, 681 p.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, Carlos; QUEL, Francisco Javier (coords.), *Las Naciones Unidas y el Derecho Internacional*, Barcelona, Ariel, 1997 (1ªed.), 191 p.
- FERNÁNDEZ SOLA, Natividad (coord.), *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, Madrid, Dykinson, 2004, 353 p.
- FERNÁNDEZ SOLA, Natividad; CALVO GARCÍA, Manuel (eds.), *Inmigración y Derechos*, (II Jornadas de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Universidad de Zaragoza), Zaragoza, Mira, 2001, 358 p.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, 180 p.
- FERRER LLORET, Jaume, *Responsabilidad internacional del Estado y Derecho Humanos. Estudio de la práctica relacional e institucional*, Madrid, Tecnos, 1998, 467 p.
- FOURLANOS, Gerassimos, *Sovereignty and the Ingress of Aliens*, Stockholm, Almquist & Wiksell International, 1986, XIV, 186 p.
- GARCÍA ESPAÑA, Elisa, *Inmigración y delincuencia en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, 569 p.
- GARCÍA INDA, Andrés; LOMBARDO, Emanuela (coords.), *Género y Derechos Humanos*, (III Jornadas de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Universidad de Zaragoza), Zaragoza, Mira, 2002, 459 p.
- GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia, *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, 445 p.
- GHOSH, Bimal, *Return Migration: Journey of Hope or Despair?*, Geneva, UN and IOM, 2000, 236 p.

- GODENAU, Dirk; ZAPATA HERNÁNDEZ, Vicente Manuel (coords.), *La inmigración irregular en Tenerife*, Tenerife, Área de Desarrollo Económico (Cabildo de Tenerife), 2007, 543 p.
- GRACIA IBÁÑEZ, Jorge *El maltrato familiar hacia las personas mayores. Un análisis sociojurídico*, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2012, 417 p.
- GROCIO, Hugo, *De jure belli ac pacis*, París, 1625.
- GROCIO, Hugo, *Mare Liberum*, extraído del capítulo XII de la obra *De Indis*, Leiden, 1609.
- GOIG MARTÍN, Juan Manuel, *Derechos y libertades de los inmigrantes en España: una visión constitucional, jurisprudencial y legislativa*, Madrid, Edit. Universitas Internacional, 2004, 165 p.
- GOIG MARTÍN, Juan Manuel, *Inmigración y Derechos Fundamentales. Jurisprudencia, Legislación y Políticas Migratorias en España*, Madrid, Edit. Universitas Internacional, 2008, 259 p.
- GÓMEZ ISA, Felipe (dir.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Deusto, 2003, 835 p.
- GUILD, Elspeth, *The Legal Framework and Social Consequences of Free Movement of Persons in the European Union*, The Haghe, Kluwer Law International, 1999, 175 p.
- GUILD, Elspeth, *Immigration Law in the European Community*, The Haghe, Kluwer Law International, 2001, XV, 370 p.
- GUILD, Elspeth; GROENENDIJK, Kees; MINDERHOUD, Paul, *In Search of Europe's Borders*, The Hague, Kluwer Law International, 2003, vi, 294 p.
- GUILD, Elspeth; LESIEUR, Guillaume (eds.), *The European Court of Justice on the European Convention on Human Rights: Who said what, when?*, London, Kluwer Law International, 1998, xxv, 440 p.
- GUILD, Elspeth; MINDERHOUD, Paul (eds.), *Security of Residence and Expulsion. Protection of Aliens in Europe*, The Haghe, Kluwer Law International, 2001, 249 p.
- GUIRADON, Virginie; JOPPKE, Christian (eds.), *Controlling a New Migration World*, Londres, Routledge, 2001, 256 p.
- HABERMAS, Jürgen, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999, 258 p.
- HABERMAS, Jürgen, *La constelación nacional. Ensayos políticos*, Barcelona, Paidós, 2000, 217 p.
- HAILBRONNER, Kay (2000), *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union*, The Hague, Kluwer Law International, xv, 568 p.
- HARRIS, D. J.; LIVINGSTONE, S. (eds.), *The Inter-american System of Human Rights*, Oxford, Clarendon, 1998 (1st ed.), XXV, 588 p.

- HENKIN, L., *The Age of Rights*, New York, Columbia University Press, 1990.
- HERNÁNDEZ MARTÍN, Ramón, (O.P.), *Francisco de Vitoria y su «Relección sobre los indios». Los derechos de los hombres y de los pueblos*, Madrid, EDIBERSA, 1998, 185 p.
- HEYERDAHL, Thor, *La expedición del Kon-Tiki*, Barcelona, Editorial Juventud, 1971, 223 p.
- INGLÉS, José D., *Study of discrimination in respect of the rights of everyone to leave any country, including his own, and to return to his country*, New York, United Nations, 1963, VI, 115 p.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, *Bordering on Control. Combating Irregular Migration in North America and Europe*, Geneva, IOM, 2003, 97 p.
- JOHNSON, Tanya Fusco, *Elder mistreatment: ethical issues, dilemmas, and decisions*, New York/London, Haworth Press, 1995, XIV, 190 p.
- JORDAN, Bill, *Irregular Migration: The Dilemmas of Transnational Mobility*, Cheltenham, Edward Elgar, 2002 vii, 284 p.
- JULIEN-LAFERRIÈRE, Francois, *Droits des étrangers*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000, 549 p.
- JULIEN-LAFERRIÈRE, Francois ; LABAYLE, Henri ; EDSTRÖM, Örjan, *La politique européenne d'immigration et d'asile: Bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 338 p.
- KABUNDA BADI, Mbuyi, *Derechos humanos en África: teorías y prácticas*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2000 (1ª ed.), 447 p.
- LAMBERT, Hélène, *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe, 2006, 73 p.
- LAURENZO COPELLO, Patricia, *Inmigración y derecho penal: bases para un debate*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, 582 p.
- LILLICH, Richard B., *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Virginia, University Press of Virginia, 1983, 412 p.
- LILLICH, Richard B., *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1984, 177 p.
- MADRA, Ömer, *Migrant Workers and International Law*, Ankara, Sevinç Matbaasi, 1986, XVI, 155 p.
- MALGESINI, Graciela; GIMÉNEZ, Carlos, *Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad*, Madrid, Catarata, 2000, 406 p.
- MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando (et al.), *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales e INSERSO, 1995, 708 p.
- MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. (coord.), *Un mundo sin desarraigo: El Derecho Internacional de las Migraciones*, Madrid, Catarata, 2006, 280 p.

- MARTÍN ARRIBAS, Juan José, *Los Estados europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo*, Madrid, Dykinson, 2000, 346 p.
- MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, José, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Madrid, Colex, 2002, 316 p.
- MARZAL, Antonio (ed.), *Derechos humanos del incapaz, del extranjero, del delincuente y complejidad del sujeto*, Barcelona, J.M. Bosch, 1997, 260 p.
- MARZAL, Antonio (coord.), *Migraciones económicas masivas y derechos del hombre*, Barcelona, Bosch, 2002, 267 p.
- MERON, Theodor, *Human Rights Law Making in the United Nations*, Oxford, Oxford University Press, 1986, 351 p.
- NASCIMBENE, Bruno (ed.), *Expulsion and Detention of Aliens in the European Union Countries*, Milan, Giuffrè Editore, 2001, 602 p.
- OCHOA RUIZ, Natalia, *Los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas*, Madrid, Civitas, 2004, 471 p.
- Oficina Internacional del Trabajo, *Las normas internacionales del trabajo. Manual de educación obrera*, Ginebra, Oficina Internacional de Trabajo, 1992, 140 p.
- Oficina Internacional del Trabajo, *El impacto de los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1977, 113 p.
- OLIVERES, Arcadi, *Contra el hambre y la guerra*, Barcelona, Angle Editorial, 2005, 150 p.
- OPPENHEIM, Lassa, *International Law. A treatise*, Clark, Lawbook Exchange, 2005, XLIII, 799 p.
- ORAÁ ORAÁ, Jaime; GÓMEZ ISA, Felipe, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Un breve comentario en su 50 Aniversario*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1997, 89 p.
- PARRA DUSSAN, Carlos, *La protección jurídico-internacional de las personas con discapacidad*, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2000, 637 p.
- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2002, reimp. (8ªed.), 825 p.
- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, *La jurisprudencia del Tribunal Internacional de La Haya*, Madrid, Rialp, 1962, 504 p.
- PÉREZ ALONSO, Esteban, *Tráfico de personas e inmigración clandestina. Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, 484 p.
- PLENDER, Richard, *International Migration Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, 587 p.

- PRESNO LINERA, Miguel Ángel (coord.), *Extranjería e inmigración: Aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, 350 p.
- RAWLS, John, *El derecho de gentes y "Una revisión de la idea de razón pública"*, Barcelona, Paidós, , 2001, 224 p.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 2000, 671 p.
- RODRÍGUEZ PALOP, M^a Eugenia; TORNOS, Andrés (eds.), *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2000, 196 p.
- RODRÍGUEZ, Nadia; SCHNELL, Bettina, *Diccionario de las migraciones: del concepto a la palabra*, Madrid, Adeire, 2007, 339 p.
- ROJO TORRECILLA, Eduardo (coord.); CAMAS RODA, Fernando; CAMÓS VICTORIA, Ignacio; ESTEVE GARCÍA, Francina; ILLAMOLA DAUSÀ, Mariona; RODERA RANZ, Susana, *Inmigración y mercado de trabajo en la era de la globalización. Estudio de la normativa internacional, comunitaria y española*, Valladolid, Lex Nova, 2006, 251 p.
- ROUSSEAU, Jean Jacques, *Oeuvres complètes*, Paris, Bureau de la Societé des Publications Illustrées, 1846, Tomo I, 756 p.
- RUIZ MIGUEL, Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1997, 183 p.
- RUIZ LÓPEZ, Blanca, RUIZ VIEYTEZ, Eduardo, *Las políticas de inmigración: la legitimación de la exclusión*, «Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm.13», Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, 74 p.
- RUIZ OLABUÉNAGA, José Ignacio; RUIZ VIEYTEZ, Eduardo Javier; VICENTE TORRADO, Trinidad Lourdes, *Los inmigrantes irregulares en España*, Bilbao, Deusto, 1999, 343 p.
- RUIZ RUIZ, Florentino, *Derechos humanos y acción unilateral de los Estados*, Burgos, Universidad de Burgos, 2000, 234 p.
- SAGARRA I TRÍAS, Eduard, *La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura: los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2002, 327 p.
- SALADO OSUNA, Ana, *Textos básicos de Naciones Unidas relativos a Derechos Humanos y Estudio Preliminar*, Sevilla, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 1997, 181 p.
- SALADO OSUNA, Ana, *Las reservas a los tratados de derechos humanos*, Murcia, Laborum, 2003, 238 p.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina (coord.), *Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea*, España, Laborum, 2008, 305 p.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina (coord.), *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, España, Laborum, 2009, 307 p.

- SANJOSE GIL, Amparo, *La protección de los derechos humanos en el ámbito del derecho internacional: la responsabilidad internacional de los Estados por violaciones graves, masivas y manifiestas de los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, 123 p.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; RODRÍGUEZ GARAVITO, César A. (eds.), trad. Carlos F. Morales de Setién Ravina, *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, Rubí (Barcelona) y México, Anthropos/UAM-Cuajimalpa, 2007, 351 p.
- SCHUCK, Peter H., *Citizens, strangers and in-betweens. Essays on Immigration and Citizenship*, Boulder, Westview Press, 1998, xvii, 475 p.
- Seminario de Investigación para la Paz, *Inmigración, una realidad en España*, Zaragoza, Gobierno de Aragón/Centro Pignatelli, 2002, 621 p.
- SOROS, George, *The Crisis of Global Capitalism. Open Society Endangered*, London, Little, Brown and Company, 1999, XXX, 245 p.
- STALKER, Peter, *Workers Without Frontiers: The Impact of Globalization on International Migration*, Geneva, ILO, 2000, xii, 163 p.
- STOOP, Chris de, *Los "Otros": la deportación de los "sin papeles" en Europa*, Barcelona, Bellaterra, 1999, 172 p.
- SVENSSON McCARTHY, Anna-Lena, *The International Law of Human Rights and Status of Exception*, The Netherlands, Kluwer Law International, 1998, 780 p.
- TAPINOS, Georges Ph. (dir.) (1993), *Inmigración e integración en Europa*, Barcelona, Fundación Paulino Torres Doménech, 295 p.
- TIBURCIO, Carmen, *The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law*, The Hague, KLI, 2001, XXV, 318 p.
- TORPEY, John, *The Invention of the Passport Surveillance, Citizenship and State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, XI, 211 p.
- TORRES, Mónica; SEUBA, Xavier; APARICIO, Marco; PISARELLO, Gerardo; VALIÑO, Vanesa (coords.), *Sur o no sur. Los derechos sociales de las personas inmigradas*, Barcelona, Icaria, 2006, 165 p.
- TORROBA SACRISTAN, José, *Derecho consular. Guía práctica de los Consulados de España*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores, 1993, 531 p.
- Unidad de Estudios Humanitarios, *Movimientos de población. Migraciones y acción humanitaria*, Barcelona, Icaria, 2004, 158 p.
- URIESTE BRAGA, Fernando, *Responsabilidad internacional de los Estados en los derechos humanos*, Montevideo, B de F, 2002, XIX, 233 p.
- VALLE GÁLVEZ, Alejandro del; ACOSTA SÁNCHEZ, Miguel Ángel (eds.), *Inmigración irregular y derecho. VIII Jornadas Autonómicas de Derecho Internacional Humanitario*, Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2005, 190 p.
- VARONA MARTÍNEZ, Gema, *La inmigración irregular: Derechos y deberes humanos*, Vitoria, Ararteko, 1994, 552 p.

- VILLÁN DURÁN, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Trotta, 2002 (1ªed.), 1028 p.
- VILLOTA, Paloma de (ed.), *Globalización y Género*, Madrid, Síntesis, 1999, 415 p.
- VITORIA, Francisco de, *Relecciones sobre los indios y el derecho de la guerra*, Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1947, 167 p.
- VITORIA, Francisco de, *Sobre el poder civil; Sobre los indios; Sobre el derecho de la guerra*, Madrid, Tecnos, 2007, LXXXI, 212 p.
- WOLLSTONCRAFT, Mary, *Vindicación de los derechos de la Mujer*, Madrid, Cátedra, 1994, 398 p.
- ZOLBERG, Aristide R.; BENDA, Peter M., *Global Migrants, Global Refugees. Problems and Solutions*, New York/Oxford, Berghahn Books, 2001, 369 p.

Artículos

- AGUELO NAVARRO, Pascual; CHUECA SANCHO, Ángel, «Directiva de retorno. Directiva de expulsión», *REDMEX*, nº 18, Lex Nova, 2008, pp. 121-166.
- ACEVES, William J., «LaGrand. International Court of Justice judgment on duty to inform detained persons of their right to consular assistance and on legal effect of provisional measures», *AJIL*, Vol. 96, Nº 1, 2002, pp. 210-219.
- ALEINIKOFF, T. A., «Citizens, Aliens, Membership and the Constitution», *Constitutional Commentary*, Vol. 7 (1), 1990, pp. 9-34.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia, «El contenido jurídico de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familias, de 18 de diciembre de 1990», *Migraciones*, nº 5, Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones, 1999, pp. 121-160.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia, «La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familias», en *REDMEX*, nº 2, marzo 2003, Lex Nova, pp. 9-52.
- ARP, Björn, «Lessons Learned from Spain's Practice before the United Nations Human Rights Reporting Mechanisms: Treaty Bodies and Universal Periodic Review», *Spanish yearbook of international law*, Nº 15, 2009, pp. 1-37.
- BERTINETTO, G., «International Regulation of Illegal Migration», *IM*, Vol. 21 (2), Oxford, Blackwell Publishers, 1983, pp. 189-203.
- BÖHNING, Roger, «The ILO and the New UN Convention on Migrant Workers: The Past and Future », *IMR*, Vol. 25 (4), Center for Migration Studies of New York, 1991, pp. 698-709.
- BORREGO, Javier, *Los derechos humanos del migrante*, en MARZAL, Antonio (ed.), *Derechos humanos del migrante, de la mujer en el Islam, de injerencia internacional y complejidad del sujeto*, Barcelona, J.M. Bosch, 1999, pp. 19-30.

- BOSNIAK, Linda S., «Human Rights, State Sovereignty, and the Protection of Undocumented Migrants under the International Migrant Workers Convention», *IMR*, Vol. 25 (4), Center for Migration Studies of New York, 1991, pp. 737-770.
- CARBALLO, Manuel; FLORES, Reinaldo, «Migraciones: causas e implicaciones», en UNIDAD DE ESTUDIOS HUMANITARIOS, *Movimientos de población. Migraciones y acción humanitaria*, Barcelona, Icaria, 2004, pp. 63-71.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, «The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion n.16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-Law and Practice», en *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, núm. 18, 2007, pp. 277-298.
- CARENS, Joseph H., «Aliens and Citizens: The Case for Open Borders», en KYMLICKA, W., *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 331-350.
- CARRERA, Sergio; and MERLINO, Máximo, *Undocumented Immigrants and Rights in the EU Addressing the Gap between Social Science Research and Policy-making in the Stockholm Programme?*, Centre for European Policy Studies, December 2009, 51 p.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, «El problema de la universalidad de los derechos humanos en un mundo único y diverso», en RODRÍGUEZ PALOP, M^a Eugenia; TORNOS, Andrés (eds.), *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 2000, pp. 39-51.
- CASTLES, Stephen, «International migration at the beginning of the twenty-first century: global trends and issues», *ISSJ*, Number 165, Oxford, Blackwell Publishers, September 2000, pp. 269-281.
- CASTLES, Stephen, «Por qué fracasan las políticas migratorias», *Migraciones*, n^o 15, Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones, 2004, pp. 147-184.
- CERIANI CERNADAS, Pablo; FAVA, Ricardo; MORALES, Diego, «Políticas migratorias, el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación. Una aproximación desde la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos», en CERIANI CERNADAS, Pablo; FAVA, Ricardo (eds.), *Políticas migratorias y derechos humanos*, Remedios de Escalada, Universidad de Lanús, 2009, pp. 117-171.
- CHOLEWINSKI, Ryszard, «The EU Acquis on Irregular Migration: Reinforcing Security at the Expense of Rights», *EJML*, Vol. 2 (2), Netherlands, Kluwer Law International, 2000, pp. 361-405.
- CHOLEWINSKI, Ryszard, «The Criminalisation of Migration in EU Law and Policy», in BALDACCINI, A.; GUILD, E.; and TONER, H. (eds), *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Oxford, Hart Publishing, 2007, pp. 301-336.

- CHUECA SANCHO, Ángel G., «Aplicación de los tratados internacionales por las Comunidades Autónomas y Ley de Extranjería», en *Revista aragonesa de administración pública*, nº 20, 2002, pp. 321-345.
- CHUECA SANCHO, Ángel G., «El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros», *REDMEX*, nº 1, Lex Nova, 2002, pp. 9-36.
- CHUECA SANCHO, Ángel G., «El auto de medidas provisionales dictado por el TIJ el 5 de febrero de 2003 en el caso México/Estados Unidos», en *REDMEX*, nº 2, marzo 2003, Lex Nova, pp. 293-297.
- CHUECA SANCHO, Ángel G., «Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados (La OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)», *REDMEX*, nº 4, Lex Nova, noviembre 2003, pp. 303-311.
- CHUECA SANCHO, Ángel G., «Ley de Extranjería y tratados internacionales: una violación permanente e internacionalmente comprobada», *REDMEX*, nº 7, Lex Nova, noviembre 2004, pp. 123-138.
- CONNELLY, Matthew; KENNEDY, Paul, «Must it be the rest against the West?», *Athlantic Monthly*, 1994, 274, 1, pp. 61-84.
- CORNELIUS, Wayne A., «Death at the border: Efficacy and unintended consequences of US immigration control policy», *Population and Development Review*, 2001, 27 (4), pp. 661-685.
- DE LUCAS MARTÍN, Francisco Javier, «Inmigración, ciudadanía, derechos: el paradigma de la exclusión», en RODRÍGUEZ PALOP, M^a Eugenia; TORNOS, Andrés (eds.), *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2000 (1^a ed.), pp. 13-37.
- DE LUCAS, J., «Las condiciones de un pacto social sobre la inmigración», en FERNÁNDEZ SOLA, Natividad; CALVO GARCÍA, Manuel (eds.), *Inmigración y Derechos*, (II Jornadas de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Universidad de Zaragoza), Zaragoza, Mira, 2001, pp. 33-59.
- DOMINGO VALLS, Andreu, *La mujer inmigrada tras el velo estadístico*, Barcelona, UAB y Centro de Estudios Demográficos, 1998, 13 p.
- DOMINGO VALLS, Andreu, «Reflexiones demográficas sobre la inmigración internacional en los países del Sur de la Unión Europea», en *Actas del III Congreso de la inmigración en España*, Vol.2, Granada, 2002, pp. 197-212.
- ESPEJO MEANA, Regla; ROMERO SOLÍS, Eduardo, «Las situaciones de los extranjeros en España», en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina (coord.), *Extranjeros en España: régimen jurídico*, Murcia, Laborum, 2001, pp. 326 y ss.
- FAIST, Thomas, «“Extension du domaine de la lutte”: International Migration and Security before and after September 11, 2001», *IMR*, Vol. 36 (1), Center for Migration Studies of New York, Spring 2002, pp. 7-14.
- FERNÁNDEZ BESSA, Cristina; MANAVELLA SUÁREZ, Alejandra, «Controles migratorios en las fronteras euromediterráneas. Un análisis crítico desde la

- perspectiva de los derechos humanos», en FERNÁNDEZ BESSA, C.; SILVEIRA GORSKI, H.C; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, G.; RIVERA BEIRAS, I. (eds.) *Contornos bélicos del Estado Securitario. Control de la vida y procesos de exclusión social*, Barcelona, Anthropos, 2010, pp. 173-204.
- FERNÁNDEZ SOLA, Natividad, «La adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo de salvaguarda de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales. Comentario del Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Noticias de la UE*, nº 144, 1997, p.41-55.
- FERNÁNDEZ SOLA, Natividad, «À quelle nécessité juridique répond la négociation d'une charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne?», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, nº 442, octobre-novembre 2000, p.595-600.
- FERNÁNDEZ SOLA, Natividad, «Reflexiones sobre los derechos humanos en la Unión Europea tras el Tratado de Amsterdam», *Noticias de la UE*, nº 185, junio 2000, pp. 9-22.
- FERNÁNDEZ SOLA, Natividad, «Different EU Approaches to Immigration: Privileged Immigrants in the EU?», *Polish Yearbook of International Law*, 2001, 25, p.241-257.
- FERNÁNDEZ SOLA, Natividad, «Distintas aproximaciones de la Unión Europea al fenómeno de la inmigración. Variedad tipológica de inmigrantes en la Unión Europea», en FERNÁNDEZ SOLA, Natividad; CALVO GARCÍA, Manuel (eds.), *Inmigración y Derechos*, (II Jornadas de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Universidad de Zaragoza), Zaragoza, Mira, 2001, pp. 125-146.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «¿Por qué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales?», *REDMEX*, nº 3, Lex Nova, 2003, pp. 9-28.
- GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia, «La regulación del derecho a la educación en el ámbito de la extranjería y las demandas de las minorías religiosas», en APARICIO WILHELMI, Marco; ILLAMOLA DAUSÀ, Mariona; MOYA MALAPEIRA, David; RODERA RANZ, Susana, *Las fronteras de la ciudadanía en España y en la Unión Europea. Actas del II y III Encuentro de jóvenes investigadores en derecho de inmigración y asilo*, Girona, Documenta Universitaria, 2006, pp. 159-168.
- GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia, «Reflexiones desde la otra orilla: Los menores inmigrantes no acompañados», en APARICIO WILHELMI, Marco; ILLAMOLA DAUSÀ, Mariona; MOYA MALAPEIRA, David; RODERA RANZ, Susana, *Las fronteras de la ciudadanía en España y en la Unión Europea. Actas del II y III Encuentro de jóvenes investigadores en derecho de inmigración y asilo*, Girona, Documenta Universitaria, 2006, pp.237-247.
- GARRETÓN, Roberto, «Las Naciones Unidas y los Derechos Humanos en el actual panorama mundial», en MARZAL, Antonio (ed.), *Derechos humanos del*

incapaz, del extranjero, del delincuente y complejidad del sujeto, Barcelona, J.M. Bosch, 1997, pp. 227-245.

- GIANELLI DUBLANC, M. Laura, «El debate sobre derechos humanos y políticas migratorias en los foros latinoamericanos», en CERIANI CERNADAS, Pablo; FAVA, Ricardo (eds.), *Políticas migratorias y derechos humanos*, Remedios de Escalada, Universidad de Lanús, 2009, pp. 245-261.
- GÓMEZ CRESPO, Paloma, «Una humanidad en movimiento», en Unidad de Estudios Humanitarios, *Movimientos de población. Migraciones y acción humanitaria*, Barcelona, Icaria, 2004, pp. 13-40.
- GOODWIN-GILL, Guy S., «Migration: International Law and Human Rights», en GHOSH, Bimal (ed.), en *Managing Migration. Time for a New International Regime?*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 160-189.
- GOODWIN-GILL, Guy S., «Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: non-penalization, detention, and protection», en FELLER, Erika; TÜRK, Volker; NICHOLSON, Frances, *Refugee Protection in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003 (LIX, 717 p.).
- GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina, «Los derechos humanos de ámbito universal y el multiculturalismo», en RODRÍGUEZ PALOP, M^a Eugenia; TORNOS, Andrés (eds.), *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2000, pp. 83-96.
- GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina, «La inmigración: ¿Un problema o una fuente de riqueza? ¿Hasta cuándo sin papeles?», en AAVV, *Desafíos actuales a los derechos humanos: la violencia de género, la inmigración y los medios de comunicación*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 91-101.
- GRAHL-MADSEN, Atle; MELANDER, Göran; RING, Rolf, «Article 13», en ALFREDSSON, Gudmundur; EIDE, Asbjørn, *The Universal Declaration of Human Rights. A Common Standard of Achievement*, The Hague, KLI/Martinus Nijhoff Publishers, 1999 (XXXV, 782 p.), pp. 265-277.
- GRANT, Stefanie, «International Migration and Human Rights», *Global Commission on International Migration*, September 2005, 35 p.
- GRANT, Stefanie, «Irregular migration and frontier deaths: acknowledging a right to identity», en DEMBOUR, Marie-Bénédicte; KELLY, Tobias (eds.), *Are Human Rights for Migrants? Critical Reflections on the Status of Irregular Migrants in Europe and the United States*, New York, Routledge, 2011, pp. 48-70.
- GROSS ESPIELL, H., «La Convention Américaine et la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Analyse comparative», *RCADI*, t.128, 1989, VI, p.167-411.
- HASENAU, Michael, «ILO Standards on Migrant Workers: The Fundamentals of the UN Convention and their Genesis», *IMR*, Vol. 25 (4), Center for Migration Studies of New York, 1991, pp. 687-697.

- HUNE, Shirley, «Migrant Women in the Context of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families», *IMR*, Vol. 25 (4), Center for Migration Studies of New York, 1991, pp. 800-817.
- JULIANO, Dolores, «Fronteras de género», en MAQUIEIRA, Virginia; VARA, M^a Jesús (eds.), *Género, clase y etnia en los nuevos procesos de globalización*, Madrid, Instituto Universitario de Estudios de la Mujer, 1997, 280 p.
- KAPLAN, A.; TORÁN, P.; BERMÚDEZ, K.; CASTANY, M^a J., «Las mutilaciones genitales femeninas en España. Posibilidades de prevención desde los ámbitos de la atención primaria de la salud, la educación y los servicios sociales», *Migraciones*, n^o 19, Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones, junio 2006, pp. 189-217.
- KOJANEC, Giovanni, «The UN Convention and the European Instruments for the Protection of the Migrants», *IMR*, Vol. 25 (4), Center for Migration Studies of New York, 1991, pp. 818-830.
- KRALER, Albert, *Regularisation: A misguided option or part and parcel of a comprehensive policy response to irregular migration*, IMISCOE Working Paper No. 24, February 2009, 39 p.
- KRITZ, Mary M., «Population Growth and International Migration: Is There a Link?», en ZOLBERG, Aristide R.; BENDA, Peter M., *Global Migrants, Global Refugees. Problems and Solutions*, New York/Oxford, Berghahn Books, 2001, pp. 19-41.
- LAURENZO COPELLO, Patricia, «Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión», en *Jueces para la democracia*, n^o 50, 2004, pp. 30-35.
- LE VOY, Michelle; BICOCCHI, Luca, «El tratamiento de la inmigración irregular en el Foro Global de Migración y Desarrollo», en CERIANI CERNADAS, Pablo; FAVA, Ricardo (eds.), *Políticas migratorias y derechos humanos*, Remedios de Escalada, Universidad de Lanús, 2009, pp. 263-290.
- LÖNNROTH, Juhani, «The International Convention on the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families in the Context of International Migration Policies: An Analysis of Ten Years of Negotiation», *IMR*, Vol. 25 (4), Center for Migration Studies of New York, 1991, pp. 710-736.
- MALGESINI, Graciela, «Migración y comunicaciones. Los medios de comunicación y el “efecto demostración”», en Unidad de Estudios Humanitarios, *Movimientos de población. Migraciones y acción humanitaria*, Barcelona, Icaria, 2004, pp. 41-61.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, F., «La retórica de las identidades: inmigración, ciudadanía y política», en PRESNO LINERA, Miguel Ángel (coord.), *Extranjería e inmigración: Aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, 350 p.
- MORANO-FOADI, Sonia; ANDREADAKIS, Stelios, «The Convergence of the European Legal System in the Treatment of Third Country Nationals in

- Europe: The ECJ and ECtHR Jurisprudence», *EJIL*, 2011, 22 (4) pp. 1071-1088.
- NAFZIGER, James A. R.; BARTEL, Barry C., «The Migrant Workers Convention: Its Place in Human Rights Law», *IMR*, Vol. 25 (4), Center for Migration Studies of New York, 1991, pp. 771-799.
- NIESSEN, Jan; TARAN, Patrick A., «Using the New Migrant Workers' Rights Convention», *IMR*, Vol. 25 (4), Center for Migration Studies of New York, 1991, pp. 859-865.
- PÉCOUD, Antoine; GUCHTENEIRE, Paul de, *Migration, human rights and the United Nations: an investigation into the low ratification record of the UN Migrant Workers Convention*, Ginebra, GCIM, N. 3, Oct. 2004, 27 p.
- PECES-BARBA, Gregorio, «Los derechos humanos del extranjero», en MARZAL, Antonio (ed.), *Derechos humanos del incapaz, del extranjero, del delincuente y complejidad del sujeto*, Barcelona, J.M. Bosch, 1997, pp. 113-122.
- PERRUCHOUD, R., «Persons Falling Under the Mandate of the International Organization for Migration (IOM) and to Whom the Organization may Provide Migration Services», *IJRL*, 1992 (4), pp. 205-209.
- RAMAZANI, Sabiti, «La extranjería y el respeto de los derechos humanos», en CONTRERAS, Manuel; POMED, Luis; SALANOVA, Ramón (coords.), *Nuevos escenarios y nuevos colectivos de los derechos humanos* (Monografías de la Revista aragonesa de administración pública II), Zaragoza, Gobierno de Aragón, 1998, pp. 193-232.
- RECIO, Eugenio M., «Origen, significado y resultados de los flujos migratorios masivos por motivos económicos en el mundo actual», en MARZAL, Antonio (coord.), *Migraciones económicas masivas y derechos del hombre*, Barcelona, Bosch, 2002, pp. 19-41.
- RODERA RANZ, Susana, Ponencia "The migrant in irregular situation from the perspective of International Law of Human Rights" en el III Séminaire Doctoral International et Européen, Institut du Droit de la Paix et du Développement, Université de Nice-Sophia Antipolis, Niza (Francia), 31 de agosto de 2004. Inédita.
- RODERA RANZ, Susana, «Una hipotética reforma de la Ley de Extranjería acorde con el Derecho Internacional», en APARICIO WILHELMI, Marco; ILLAMOLA DAUSÀ, Mariona; MOYA MALAPEIRA, David; RODERA RANZ, Susana, *Las fronteras de la ciudadanía en España y en la Unión Europea. Actas del II y III Encuentro de jóvenes investigadores en derecho de inmigración y asilo*, Girona, Documenta Universitaria, 2006, pp. 101-112.
- RODERA RANZ, Susana, «Estatuto jurídico del migrante en situación irregular. La evolución del Derecho Internacional en una progresiva protección de los derechos de toda persona», en APARICIO WILHELMI, Marco; ILLAMOLA DAUSÀ, Mariona; MOYA MALAPEIRA, David; RODERA RANZ, Susana, *Las fronteras de la ciudadanía en España y en la Unión Europea. Actas del II*

- y *III Encuentro de jóvenes investigadores en derecho de inmigración y asilo*, Girona, Documenta Universitaria, 2006, pp. 115-128.
- RODERA RANZ, Susana, «La labor de la Organización de las Naciones Unidas en la protección internacional de los derechos humanos de los y las migrantes en situación irregular. De la Declaración Universal de Derechos Humanos a la Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios», en CHUECA SANCHO, Ángel G. (dir.) *Derechos Humanos, Inmigrantes en Situación Irregular y Unión Europea*, Valladolid, Lex Nova, 2010, pp. 113-132.
- RODERA RANZ, Susana, «Papel de la Corte Internacional de Justicia respecto a la protección de los migrantes», artículo en obra colectiva, *Actas del IV Encuentro de jóvenes investigadores en derecho de inmigración y asilo*, Madrid, en prensa.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel, «La protección de los derechos humanos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en MARZAL, Antonio (ed.), *Derechos humanos del migrante, de la mujer en el Islam, de injerencia internacional y complejidad del sujeto*, Barcelona, J.M. Bosch, 1999, pp. 149-167.
- RUAUDEL, Héloïse «"Atrápame si puedes" El Ejército de Resistencia del Señor», en *Migraciones Forzadas*, disponible sólo en <http://www.fmreview.org/es/no-estatales/Ruau-del.htm>
- SALADO OSUNA, Ana, «Los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social desde el punto de vista del Derecho Internacional», en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina (coord.), *Extranjeros en España: régimen jurídico*, Murcia, Laborum, 2001, pp. 39-56.
- SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIAIN, Laura, «Comentarios acerca de la creación de un Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos», *Anuario de Derecho Internacional*, 1999, XV, pp. 505-528.
- SCHINDLMAYR, Thomas, «Sovereignty, Legal Regimes and International Migration», *IM*, Vol. 41 (2), Oxford, Blackwell Publishers, 2003, pp. 112 y ss.
- SCHUCK, Peter H., «Law and the Study of Migration», en BRETTELL, Caroline B.; HOLLIFIELD, James F. (eds.), *Migration Theory. Talking across Disciplines*, New York, Routledge, 2000, pp. 187-203.
- TAPINOS, Georges Photios, «Globalisation, regional integration, international migration», *ISSJ*, Number 165, Oxford, Blackwell Publishers, September 2000, pp. 297-306.
- TARAN, Patrick A., «Human Rights of Migrants: Challenges of the New Decade», *IM*, Vol. 38 (6), Oxford, Blackwell Publishers, 2000, pp. 7-51.
- TARAN, Patrick, *Seven Causes of Migration in the Age of Globalization*, International Migration Policy Course, Geneva, ed. electrónica en web de December 18, 1999.

- TARAN, Patrick A., «Status and Prospects for the UN Convention on Migrants' Rights», *EJML*, Vol. 2 (1), Netherlands, Kluwer Law International, 2000, pp. 85-100.
- TARAN, Patrick, «Human Rights of Migrants: Challenges of the New Decade», en Organización Internacional para las Migraciones, Naciones Unidas, *The Human Rights of Migrants*, Geneva, 2001, pp. 7-51.
- TORPEY, John, «Coming and Going: On the State Monopolization of the Legitimate "Means of Movement"», *Sociological Theory*, Vol.16 (N.3), Nov. 1998, pp. 239-259.
- URIARTE TORREALDAY, Roberto, «Algunas reflexiones críticas a partir de la jurisprudencia sobre inmigración irregular», *Revista de Derecho Político*, UNED, N.74, enero-abril 2009, pp. 291-329.
- WOOD, B. William, «Ecomigration: Linkages between environmental change and migration», en ZOLBERG, Aristide R.; BENDA, Peter M., *Global Migrants, Global Refugees. Problems and Solutions*, New York/Oxford, Berghahn Books, 2001, 369 p.
- ZLOTNIK, Hania, «The Concept of International Migration as Reflected in Data Collection Systems», *IMR*, 21, 4 (Winter), pp. 925-946.