

**LA CONVENCIÓN DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS
DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS
Y LA CRISIS DEL MULTILATERALISMO***

***THE UN CONVENTION ON THE RIGHTS OF ALL MIGRANT
WORKERS AND THE CRISIS OF MULTILATERALISM***

TATSIANA USHAKOVA

Profesora Titular de Derechos del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Alcalá

<http://orcid.org/0000-0002-2216-2276>

Cómo citar este trabajo: Tatsiana Ushakova (2023). La Convención de la ONU sobre los derechos de todos los trabajadores migratorios y la crisis del multilateralismo. *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 14 (1), 1–31. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.9418>

RESUMEN

El presente estudio versa sobre la Convención internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada el 18 de diciembre de 1990 en el marco de la ONU. Se pretende indagar sobre su pertinencia y aplicabilidad después de unos veinte años de vigencia, en el contexto de las nuevas realidades que derivan de una crisis sanitaria, económica y social sin

* Este estudio se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación *Los grandes retos de la migración laboral: reflexiones y propuestas* (Ref.2020/0003/008/001/002), concedido por la Universidad de Alcalá, y reproduce la ponencia presentada en el Seminario internacional “Los grandes retos de la migración laboral: reflexiones y propuestas”, celebrado el 17 de octubre en la Sala de Conferencias Internacionales de la Universidad de Alcalá.

precedentes, provocada por la pandemia COVID-19, y el conflicto armado en el territorio de Ucrania.

A estos efectos, el análisis se centra en la protección de algunos derechos sociales, teniendo en cuenta los aspectos del régimen de los trabajadores migrantes en España.

PALABRAS CLAVE: multilateralismo, derechos sociales, trabajadores migratorios, Convención de la ONU, mecanismos de control.

ABSTRACT

This paper deals with the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, adopted by the UN on 18 December 1990. The aim is to examine its relevance and applicability some twenty years after its entry into force, in the context of the new realities resulting from an outstanding health, economic and social crisis caused by the COVID-19 pandemic and the armed conflict on the territory of Ukraine.

For this purpose, the analysis focuses on the protection of some social rights, considering aspects of the migrant workers' regulation in Spain.

KEYWORDS: multilateralism, social rights, migrant workers, UN Convention, control mechanisms.

SUMARIO

Introducción.

I. Contextos históricos.

II. Entornos normativos.

III. Enfoques estratégicos.

IV. Control y supervisión.

V. Consideraciones finales.

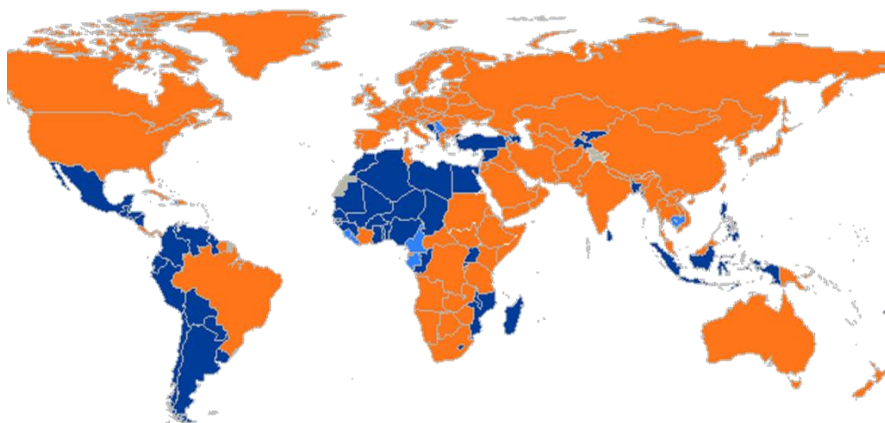
Bibliografía.

Introducción

El tema del estudio es la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares y la crisis del multilateralismo. Con este título, se pretende recordar y poner en valor el instrumento de las Naciones Unidas (ONU), que se adoptó por la Resolución 45/158 de la Asamblea General de la ONU (Res.

AG), de 18 de diciembre de 1990, y entró en vigor el 1 de julio de 2003¹. Como se puede observar, han transcurrido los trece largos años para recaudar los veinte instrumentos de ratificación preceptivos para su entrada en vigor (art. 78.1). En el momento de redacción de estas líneas, tan solo 59 Estados han ratificado o se han adherido a la Convención, fundamentalmente, los países de origen y tránsito de flujos migratorios². No la ha ratificado ningún Estado receptor de la Europa occidental ni tampoco de la Unión Europea (UE). Tampoco lo son otros países receptores importantes, tales como Australia, Canadá, los Estados Árabes del Golfo Pérsico, India, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Sudáfrica y Estados Unidos. Este dato corrobora la segunda parte del título, a saber, la crisis del multilateralismo en este campo tan importante de cooperación entre los Estados.

Imagen núm. 1. Estado de ratificación de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (febrero de 2023)³



- **Estados parte: 58**

Fuente: <https://indicators.ohchr.org/> [Acceso: 20 de noviembre de 2023]

¹ Véase el texto de la Convención y otra información relevante en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-rights-all-migrant-workers> [Acceso: 20 de noviembre de 2023].

² En uno de los últimos informes disponibles, el Comité en el marco de la Convención anunció su intención de intensificar la campaña para promover una ratificación más amplia del instrumento. En este sentido, el llamamiento se dirige a “todos los Estados que no son parte en la Convención, en particular los signatarios de esta; los países precursores del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular que no han ratificado la Convención; y los países europeos que han ratificado el Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante del Consejo de Europa, pero no la Convención”. Citado por el Informe del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares, 33º período de sesiones (27 de septiembre a 8 octubre de 2021) y 34º período de sesiones (28 de marzo a 8 de abril de 2022), AG, Documentos oficiales, Suplemento 48, Septuagésimo séptimo período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York, 2022, UN Doc. A/77/48, párr. 37.

³ Según la información más actualizada, el número de Estados que se han obligado por la Convención es de 59 tras la adhesión, el pasado 26 de septiembre de 2023, de Côte d'Ivoire: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4 [Acceso: 20 de noviembre de 2023].

¿Por qué hay que hablar una y otra vez de la migración? Muchos estudiosos, intelectuales y juristas ya han analizado este fenómeno y, en particular, la Convención de 1990 en numerosos y exhaustivos estudios⁴. La respuesta implícita se halla en el índice del presente trabajo. Los nuevos contextos históricos ponen a prueba a los instrumentos normativos y los mecanismos de control y supervisión y requieren de enfoques estratégicos renovados. En las célebres palabras de Goethe, que remiten a su obra *Wilhelm Meisters Lehrjahre*: “Todo lo inteligente ya ha sido pensado, solo hay que intentar pensarlo una vez más”⁵.

Con este propósito, cabe hacer referencia a algunos datos estadísticos. El *Informe sobre las migraciones en el mundo (WMR)*, de 2022⁶, de la Organización internacional para las migraciones (OIM), que se nutre en parte de las cifras del *WMR*, de 2020, señala que el número de los migrantes en el mundo representa el 3,6 por ciento de toda la población, cifra que se ha triplicado desde los años 70⁷. Además, de todos los migrantes (281 millones de personas), los trabajadores migrantes (169 millones de personas) constituyen alrededor del 60 por ciento. También es cierto que el porcentaje varía significativamente

⁴ Véase ACNUDH, *La Convención internacional sobre los trabajadores migratorios y su Comité*, Folleto Informativo núm. 24 (2006) (Rev. 1); CHOLEWINSKI, R., *Migrant Workers in International Human Rights Law. Their Protection in Countries of Employment*, Oxford University Press, Oxford, 1997; GUCHTENEIRE, P. DE; PÉCOUD, A.; CHOLEWINSKI, R. (Eds.), *Migration and Human Rights. The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009; *International Migration Review*, 1991, Vol. 25, n. 4, Special Issue: *U.N. International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families*, y *La Convention des Nations Unies sur les droits des travailleurs migrants. Enjeux et perspectives* de la Revista *Hommes & Migrations*, 2008, n. 1271. Entre otras cuestiones, una serie de estudios del número monográfico *La Convention des Nations Unies sur les droits des travailleurs migrants. Enjeux et perspectives* de la Revista *Hommes & Migrations*, 2008, n. 1271 plantean el problema del desacuerdo entre el enfoque de la Convención y de la política de la UE en la materia. Al respecto, véanse DE GUCHTENEIRE, P.; PÉCOUD, A., « La Convention des Nations Unies sur les droits des travailleurs migrants. Enjeux et Perspectives »; BATTISTELLA, G., « La naissance d'une Convention. Les difficiles relations entre migrations et droits de l'homme »; TARAN, P. A., « La Convention, symbole d'une approche alternative des migrations internationales », OGER, H., « Les obstacles à la ratification de la Convention en France. Un refus politique au nom de l'Europe », y MACDONALD, E.; CHOLEWINSKI, R., « L'Union européenne face à la Convention sur les travailleurs migrants ». En la misma línea de ideas, el documento informativo de la UNESCO, *La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Migrantes*, 2005. Finalmente, en lengua castellana, véanse, entre otros autores, ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., “Convenio de Naciones Unidas sobre la protección de los trabajadores migrantes, de 18 de diciembre de 1990”, *Revista Española de Derecho Internacional*, n. 2 (1992); “El Contenido jurídico de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios migrantes y de sus familiares familias, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990”, *Migraciones*, núm. 5 (1999), y “La entrada en vigor de la Convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 18 de diciembre de 1990”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 2 (2003); VILLÁN DURÁN, C., FALEH PÉREZ, C., “España ante la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1 (2022).

⁵ GOETHE, J. W., “De los años de peregrinaje de Guillermo Meister (Consideraciones desde la perspectiva de los peregrinos. Arte, ética, naturaleza)”, en SOLAR, J. J. DEL (Ed.), *Máximas y reflexiones. Johann Wolfgang Goethe*, Edjasa, Barcelona, 2021, p. 133.

⁶ MCAULIFFE, M. y TRIANDAFYLIDOU, A. (Eds.), 2021. *Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2022*, Organización Internacional para las Migraciones (OIM), Ginebra, 2022 (*WMR*, 2022).

⁷ *WMR*, 2022, p. 3.

de un país a otro. Así, al acceder al *Informe interactivo* la OIM, se descubre que la cifra apenas supera el 0,5 por ciento en el caso de Argelia y llega al 88 por ciento en el supuesto de Emiratos Árabes⁸. Con todo, hay que tener en cuenta la complejidad de recopilar datos fehacientes en el plano internacional universal, y la necesidad constante de su actualización, debido a las situaciones sobrevenidas, tales como la pandemia y postpandemia, los desastres naturales⁹, los conflictos armados y las vulneraciones graves y masivas de los derechos humanos.

I. Contextos históricos

El período de gestación y vida de la Convención de 1990 [o la ICRMW (*International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families*)] cubre un lapso temporal muy largo. El comienzo de su negociación y los posteriores trabajos preparatorios tienen como telón de fondo el proceso de descolonización y creación de nuevos Estados independientes, en particular en el territorio del continente africano, en los años 70 y 80. Su adopción se produce en el momento marcado por la derrota del modelo socialista, tras la “guerra fría”, y la disolución del Pacto de Varsovia. Inmediatamente después, queda afectada por los conflictos armados en Balcanes y en África y la amenaza terrorista de los movimientos islámicos radicales. A continuación, se enfrenta, sucesivamente, a las consecuencias de una crisis financiera y económica sin precedentes; al aluvión de refugiados de África; a los efectos de pandemia y postpandemia, y a la nueva ola de solicitantes de refugio de la Europa del Este, hasta llegar así al punto actual.

Como se ha apuntado antes, cada etapa histórica requiere de una revisión y, en la actualidad, están a la vista al menos dos contextos importantes que justifican el recordatorio de la Convención: la situación de la pandemia¹⁰ y postpandemia, que ha ralentizado los flujos migratorios, especialmente la migración laboral, y la situación de conflictos, ahora en Ucrania, que, al contrario, ha impulsado el desplazamiento masivo de las personas¹¹.

⁸ Argelia – 0,6%; Australia – 30,1%; Colombia – 3,7%; Emiratos Árabes - 88,1%; España – 14,6% (Datos SEPE: 2021 -11,48%); Estados Unidos de América – 15,3%; Italia – 10,6% y el Reino Unido – 13,8%. Para más información, véase la página interactiva del *WMR*, 2022, disponible en: <https://publications.iom.int/books/informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2022> [Acceso: 1 de junio de 2023].

⁹ “En 2020 y 2021, hubo asimismo desastres relacionados con el clima o con las condiciones meteorológicas que causaron desplazamientos a gran escala en muchas partes del mundo, en particular en China, Filipinas, Bangladesh, la India, los Estados Unidos de América y Haití”. Citado por *WMR* 2022, p. 2.

¹⁰ Véase sobre la utilización del término “pandemia” ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “Las epidemias, las pandemias y el Derecho internacional: a propósito de la Resolución del IDI de septiembre de 2021”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1 (2022), p. 16 ss.

¹¹ Según las primeras evaluaciones de la OIT, se calculaba que había “5,23 millones de refugiados y personas desplazadas por la fuerza de Ucrania que se han trasladado a los países vecinos”. OIT, *El impacto de la crisis de Ucrania en el mundo del trabajo: evaluación inicial*, Nota Informativa OIT, 11 mayo 2022, p. 1.

En cuanto a la situación de los trabajadores migrantes, que permanecieron en su país de destino tras la COVID-19, es bien sabido que experimentaron grandes dificultades económicas, en particular los empleados en trabajos mal remunerados de la economía informal o de sectores económicos muy afectados por los confinamientos¹². Con frecuencia, sobre todo, si se encontraban en situación irregular, no tenían acceso a las prestaciones públicas como la asistencia sanitaria básica, el ingreso mínimo vital o las indemnizaciones por despido o las prestaciones por desempleo. Asimismo, aumentaron los casos de xenofobia y racismo, y se intensificó el odio y la discriminación contra los migrantes, erróneamente asociados con la propagación de la pandemia de COVID-19¹³.

Hay que destacar que muchos trabajadores migrantes, tanto muy cualificados como poco cualificados, estaban empleados en sectores esenciales, entre otros: en el sector de la salud, de los cuidados, de la limpieza, también la limpieza de hospitales, de la seguridad privada, como guardias de seguridad, de la agricultura, de la venta minorista, sobre todo en supermercados, o del reparto en las plataformas digitales.

A las dificultades económicas que experimentaron los trabajadores migrantes, hay que sumar las emocionales, relacionadas con la situación administrativa en el territorio del país de acogida, la falta de redes de apoyo social de la familia y de los amigos y las barreras culturales.

En la primera etapa de la COVID-19, las restricciones de movilidad y la inmovilidad forzosa crearon un grado de incertidumbre e inseguridad tan considerable que tuvieron sus efectos mucho más allá de la fase inicial de la pandemia, incluso indujeron a proclamar el fin de la llamada “era de la migración”¹⁴ y de la misma globalización¹⁵. Del mismo modo, se anunciaron, como tendencias a largo plazo, el aumento de las inclinaciones autocráticas restrictivas de la diversidad en las poblaciones y la propagación de los sentimientos de odio y rechazo hacia los inmigrantes¹⁶.

En suma, aunque las repercusiones económicas de la pandemia han sido desiguales de un país a otro, no hay duda de que la COVID-19 ha reducido la migración. Las estimaciones del WMR de 2022 mencionan una reducción de la población migrante mundial del orden

¹² WMR, 2022, pp. 172 y ss.

¹³ En mayo de 2020, el secretario general de la ONU describió los incidentes relacionados con la COVID-19 como “un tsunami de odio y xenofobia”. Citado por WMR, 2022, p. 173.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ En este sentido, se percibe una cierta nostalgia por la “glocalización”, término que nace de la unión entre “globalización” y “localización”, y remite a las prácticas comerciales de Japón en la década de 1980. El concepto procede del término japonés “*dochakuka*” (derivada de *dochaku*, “el que vive en su propia tierra”). Posteriormente, el concepto lo acogió y desarrolló Robertson. Véase ROBERTSON, R., “Glocalización: tiempo-espacio y homogeneidad-heterogeneidad”, en MONEDERO, J. C. (Coord.), *Cansancio del Leviatán: problemas políticos de la mundialización*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 261-284.

¹⁶ *Ibid.*

de 2 millones respecto de lo que cabía prever según las tendencias a largo plazo anteriores a la pandemia¹⁷.

Las consecuencias de la crisis sanitaria, económica y social provocada por la COVID-19 han exacerbado las transformaciones geopolíticas. La OIM advierte sobre los peligros del aumento de la rivalidad y de la tensión política y la erosión de la cooperación multilateral¹⁸. En este sentido, el ambiente de creciente competencia entre los Estados que ejercen un mayor poder político, económico y militar está debilitando la eficacia de las organizaciones y los mecanismos de control multilaterales, incluidos los de las Naciones Unidas¹⁹. Además, se están cuestionando “los valores básicos de la gobernanza mundial, con un menoscabo activo de los valores de la equidad, la rendición de cuentas, la imparcialidad, la ecuanimidad, la justicia y la probidad por dirigentes políticos que anteponen sus intereses personales al interés común, debilitando las leyes, procesos e instituciones que, globalmente, han buscado promover el adelanto de las naciones y las personas, sin excluir o expulsar a nadie en razón de sus características intrínsecas o sus creencias”²⁰. A lo largo de la historia, se ha demostrado que esta corrosión constante y sistemática puede desembocar en vulneraciones de los derechos humanos y, finalmente, en ataques contra los colectivos y grupos de personas concretos²¹.

Entre las noticias de la ONU, se ha anunciado con frecuencia que el multilateralismo va a ser clave para superar la COVID-19²². Unos pocos años antes de la pandemia, la AG de la ONU declaró el 24 de abril el Día Internacional del Multilateralismo y de la Diplomacia para la Paz²³. Con este documento, se reafirmaba el enfoque señalado “para reforzar la promoción de los tres pilares de las Naciones Unidas, a saber, el desarrollo sostenible, la paz y la seguridad y los derechos humanos”, y recordar que la ONU es “la organización internacional más representativa y la máxima expresión del multilateralismo”²⁴.

¹⁷ WMR, 2022, p. 174.

¹⁸ WMR, 2022, p. 7.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

²² Véase por todos “El multilateralismo será clave para superar la crisis económica causada por el COVID-19”, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, Fuente: Noticias ONU, disponible en: <https://www.un.org/es/desa/hlab-recoverbetter> [Acceso: 26 de mayo de 2023].

²³ Res. AG *Día internacional del Multilateralismo y la Diplomacia para la Paz*, de 12 de diciembre de 2018, UN Doc. A/73/L.48, párr. 1.

²⁴ UN Doc. A/73/L.48, consideraciones preliminares.

¿Qué es el multilateralismo? “El multilateralismo suele definirse en oposición al bilateralismo y al unilateralismo. En sentido estricto, indica una forma de cooperación entre al menos tres Estados.

Sin embargo, esta definición “cuantitativa” no permite captar la naturaleza del multilateralismo. No se trata simplemente de una práctica o de una cuestión de número de agentes implicados, sino de la adhesión a un proyecto político común basado en el respeto de un sistema compartido de normas y valores. En particular, el multilateralismo se basa en principios fundadores como la consulta, la inclusión y la solidaridad.

[...]

El multilateralismo es, por consiguiente, tanto un método de cooperación como una forma de organización del sistema internacional”. Citado por “Los beneficios del multilateralismo y la diplomacia”, Día Internacional del Multilateralismo y la Diplomacia para la Paz

Así las cosas, es importante insistir en que la Convención de la ONU es también un instrumento multilateral de carácter universal para servir a estos propósitos, al abordar, desde la perspectiva global, el problema de la migración laboral internacional.

II. Entornos normativos

Desde la perspectiva internacional universal, la Convención representa uno de los productos del proceso codificador de la ONU en materia de derechos humanos y forma parte del grupo de tratados fundamentales adoptados en este ámbito²⁵. Los tratados mencionados comprenden tanto los dos pactos llamados a proteger los derechos civiles y políticos y económicos sociales y culturales de toda persona, como los instrumentos destinados a la protección contra las prácticas onerosas (la tortura, las desapariciones forzadas o la discriminación racial) y a la protección de los derechos de los grupos de personas concretos, a veces referidos como colectivos vulnerables (las mujeres, los niños y las niñas o las personas con discapacidad)²⁶.

Así, en el plano general, y como parte de la agenda de la ONU sobre los derechos humanos, la Convención sufre las consecuencias de un cierto desinterés por la materia, en las palabras acertadas de Battistella, de «*l'essoufflement du discours sur les droits de l'homme*»²⁷. Y es evidente que, después del arduo debate sobre los derechos humanos en la Conferencia Mundial de Viena de 1993²⁸, el tema ha perdido paulatinamente su fuerza

24 de abril, ONU, disponible en: <https://www.un.org/es/observances/multilateralism-for-peace-day#:~:text=E1%2012%20de%20diciembre%20de.favor%20y%20dos%20en%20contra> [Acceso: 1 de junio de 2023].

En su estudio monográfico al respecto, F. Petiteville precisa que, normalmente, la noción supera la referencia a los tres Estados “pour atteindre de formes universelles ou quasi universelles de coopération”. Además, la definición del multilateralismo como cooperación entre los tres Estados como mínimo lo reduce a un mero proceso funcional “qui ne dit rien du projet d'organisation du monde porté par le multilatéralisme”. PETITEVILLE, P., *Le multilatéralisme*, Clefs Politique, Montchrestien, Lextenso éditions, Paris, 2009, p. 12.

²⁵ Véase más información al respecto en: <https://www.un.org/es/our-work/protect-human-rights> [Acceso: 27 de mayo de 2023].

²⁶ Junto con la emblemática Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, cabe mencionar los tratados de derechos humanos adoptados por la ONU: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 16 de diciembre de 1966; la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984; la Convención sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989; la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006; la Convención internacional sobre la protección de todas las personas ante desapariciones forzadas, de 20 de diciembre de 2006. La mayoría de estos tratados fundamentales cuentan con protocolos adicionales. Véase una información más detallada en ACNUDH, Véase más información al respecto en: <https://www.un.org/es/our-work/protect-human-rights> [Acceso: 27 de mayo de 2023].

²⁷ BATTISTELLA, G., Loc.cit., p. 29.

²⁸ Véase la *Declaración y Programa de Acción* de la Conferencia, 12 julio 1993, UN Doc. A/CONF.157/23.

y actualidad, hasta el punto de que prácticamente haya desaparecido del orden del día internacional. Esta falta de interés va acompañada de la crisis del multilateralismo, en particular del declive del proceso de codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional en el marco de la ONU, y de la falta de credibilidad de la misma Organización²⁹.

De hecho, en el momento de comienzo de los *travaux préparatoires*, se consideró la posibilidad de elaborar este instrumento en el marco de la OIT. Es más, existe una opinión según la cual la entrada relativamente tardía de la ONU en el debate sobre la migración se debió, en parte, al Acuerdo entre la ONU y la OIT sobre la materia³⁰. Dicho acuerdo delimitó las competencias de las dos organizaciones, adjudicando a la OIT el plano de la migración laboral (o migrantes como trabajadores), y a la ONU, su estatus como no nacionales. Desde entonces, la AG de la ONU adoptó una serie de resoluciones, entre las que destaca la que contiene la *Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven*, de 13 de diciembre de 1985³¹. Con esta Resolución se pretendió recordar que tanto la DUDH, como los Pactos (PIDCP y PIDESC) se aplican sin distinción de la nacionalidad, es decir, también a los extranjeros [o “toda persona que no sea nacional del Estado en el que se encuentra” (art. 1)]. En virtud del art. 8, los extranjeros en situación regular se beneficiaban de una serie de derechos sociales, como el derecho a condiciones de trabajo saludables y libres de peligros, a salarios justos y a igual remuneración por trabajo de igual valor, sin discriminación, en particular, por razón de sexo; el derecho a afiliarse a sindicatos y otras organizaciones de su elección; el derecho a protección sanitaria, atención médica, seguridad social, educación, descanso y esparcimiento.

No obstante, en la misma fecha, la AG aprobó la Resolución *Medidas para Mejorar la Situación y Garantizar el Respeto de los Derechos Humanos y la Dignidad de Todos los Trabajadores Migratorios*³². En este documento, se reconocía el trabajo de la OIT y otros

²⁹ Por un lado, la ONU se perfila como una organización internacional universal única capaz de defender los intereses generales de la comunidad internacional y legitimada para liderar las medidas contra la crisis. Por otro lado, arrastra la desconfianza debida a su inoperatividad y el subsiguiente descrédito. Así, la reticencia de algunas grandes potencias hacia esta Organización internacional llevó a que el G-20 se convirtiera en el grupo informal utilizado por los Estados económicamente relevantes para coordinar a nivel mundial sus políticas nacionales de respuesta a la crisis financiera y económica de los años 2008-2014. ANDRÉS SAENZ DE SANTA MARÍA, P., “Las dinámicas del Derecho internacional en el siglo XXI: acordes y desacordes”, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (Coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Iustel, Madrid, 2010, p. 86.

³⁰ Cfr. HASENAU, M., “ILO Standards on Migrant Workers: The Fundamentals of the UN Convention and Their Genesis”, *International Migration Review*, 1991, Vol. 25, n. 4 (1991), p. 693; CHOLEWINSKI, R. *op. cit.*, p. 138. Al respecto, cabe recordar que la OIT se convirtió en un organismo especializado de la ONU en virtud del Acuerdo de conformidad con el art. 63 de la Carta ONU, aprobado el 14 de diciembre de 1946 por la AG de la ONU y el 2 de octubre de 1946 por la Conferencia General de la OIT. El Acuerdo entró en vigor el 14 de diciembre de 1946.

³¹ La *Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven*, Anexo a la Res. AG, de 13 de diciembre de 1985, UN Doc. A/RES/40/144.

³² UN Doc. A/RES/40/130.

organismos especializados, pero, a la vez, se insistía en la necesidad de un mayor esfuerzo para asegurar la protección de los trabajadores migratorios. Entre otros aspectos, se recordaba la creación del grupo de trabajo para la elaboración de una convención en la materia en diciembre de 1979, y expresaba su satisfacción sobre el proyecto presentado, en su segunda lectura. Este hecho indica que la supuesta división de tareas entre la ONU y la OIT ya no resultaba actual, en especial desde el comienzo de los trabajos preparatorios sobre la Convención³³.

El comienzo del proceso de codificación se caracterizaba por la oposición entre los países desarrollados y los países en desarrollo³⁴, según la terminología al uso de la época³⁵. Los primeros abogaron por la OIT como foro de elaboración del instrumento. También la misma Organización reclamó su competencia al respecto³⁶. Sin embargo, predominó la opinión de los países en desarrollo. Su desacuerdo con la OIT, como marco de elaboración del instrumento, y la insistencia en la ONU se debió a unas razones muy concretas, generalmente relacionadas con la escasa aceptación del Convenio núm. 143 sobre los trabajadores migrantes, el último instrumento vinculante adoptado por la OIT en la materia, y con el descontento con la organización de trabajo y supervisión de este foro. Desde el punto de vista económico, la lucha contra la migración irregular promovida por el Convenio núm. 143 podría obstaculizar las remesas que empezaban a formar una parte importante de los ingresos económicos no solo de los miembros de familia del trabajador, sino también de comunidades enteras o incluso de Estados³⁷.

Desde la perspectiva política e institucional, la OIT constituía y sigue constituyendo un foro tripartito, compuesto por los Estados y por representantes de los trabajadores y

³³ En la Res. AG, de 17 de diciembre de 1979, UN Doc. A/RES/34/172, se decidió crear el grupo de trabajo para la elaboración de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias.

³⁴ Cfr. BÖHNING, R., “The ILO and the New UN Convention on Migrant Workers: The Past and Future”, *International Migration Review*, 1991, Vol. 25, n. 4 (1991), pp. 700-701; CHOLEWINSKI, R., *op. cit.*, pp. 141-142.

³⁵ A pesar de las críticas recibidas sobre este tipo de distinción entre los Estados, hoy en día, permanece en los informes sobre el desarrollo humano, elaborados por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Véase el Informe UNDP, *Human Development Report 2021-2022. Uncertain times, unsettled lives. Shaping our future in a transforming world*, UNDP, New York, 2022, disponible en: <https://report.hdr.undp.org/es/intro/> [Acceso: 29 de mayo de 2023].

³⁶ «With a view to concentration of resources and the avoidance of duplication or conflict, it would be preferable for standard-setting for the protection of migrant workers to continue to be entrusted to the ILO, as the agency with specific constitutional responsibility for this question, in collaboration, where appropriate, with the other organizations concerned». ILO, *Role and Place of the ILO in the Restructured United Nations System*, Governing Body, 212th Session, 1980, p. 5. GB.212/10/1/8, para. 17, que cita GB.211/10/3, para. 9.

³⁷ En este contexto, valga hacer referencia al compromiso, en virtud del art. 6 del Convenio núm. 143, de adoptar “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 [...] y para la asistencia deliberadamente prestada, con fines lucrativos o no, a tales migraciones”.

empresarios³⁸. En el caso de los países en desarrollo, la voz de estos colectivos no siempre podía escucharse. Además, la mayoría de los votos de este grupo de Estados en la ONU no estaba asegurada en la OIT. Sin embargo, con carácter objetivo, el ámbito competencial de la OIT se limita a los derechos en el trabajo³⁹. Por otro lado, el bajo número de ratificaciones del Convenio núm. 143, incluso entre los países desarrollados, demuestra que la ONU ofrecía un marco más apropiado para elaborar una Convención de contenido universal. En esta línea de ideas, las Naciones Unidas garantizaban un enfoque global sobre la migración que abarcase todos los derechos de los trabajadores migratorios, incluidos los reconocidos como fundamentales de toda persona, y que, en principio, pudiese contar con un apoyo generalizado de los Estados, especialmente los países en desarrollo que abogaban por una protección más generosa de sus nacionales en los países de destino de la migración. En consecuencia, la participación oficial de la OIT en los trabajos preparatorios fue mínima, aunque, de hecho, su contribución resultó considerable, gracias a la estrecha colaboración con un grupo de países desarrollados.

El Preámbulo de la Convención reconoce la labor previa de muchas organizaciones internacionales intergubernamentales, con un papel especial de la OIT. De hecho, su texto se inspira tanto en los instrumentos de carácter universal, elaborados anteriormente en el marco de la ONU, como en los instrumentos de la OIT sobre los trabajadores migrantes (el Convenio núm. 97 relativo a los trabajadores migrantes, el Convenio núm. 143 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes, la Recomendación núm. 86 sobre los trabajadores migrantes, la Recomendación núm. 151 sobre los trabajadores migrantes, el Convenio núm. 29 relativo al trabajo forzoso u obligatorio y el Convenio núm. 105 relativo a la abolición del trabajo forzoso).

La influencia de la OIT sobre la ICRMW también se refleja en su participación en los mecanismos de control de la Convención. Una serie de Estados desarrollados incluso promovieron la posibilidad de que la OIT asumiese la supervisión del instrumento. Finalmente, el papel de la OIT ha quedado reflejado en el art. 74.5, que permite a los representantes de la Oficina Internacional del Trabajo participar, con carácter consultivo, en sus sesiones, y en el art. 74.2, que prevé la transmisión a la OIT de los informes periódicos de los Estados parte.

Junto con los citados factores, que afectan al sistema internacional universal de protección

³⁸ Véase GIL Y GIL, J. L. y USHAKOVA, T., “Le dialogue social sur le mode de l’OIT: consolidation et promotion du tripartisme”, en P. MARTIN (Dir.), *Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2007, en particular pp. 100-102, y USHAKOVA, T., “La OIT como una organización dinámica en el sistema de Derecho internacional”, en J.L. GIL Y GIL (Dir.), *España y la OIT: 100 años de diálogo en un mundo cambiante*, Cinca, Madrid, 2017.

³⁹ Algunos autores incluso ponen en duda el potencial de la OIT como un actor principal en el ámbito de la protección de los derechos en el trabajo. En este sentido, ALSTON, P., “Facing Up to the Complexities of the ILO’s Core Labour Standards Agenda”, *The European Journal of International Law*, Vol. 16, n. 3 (2005), p. 470.

de derechos humanos, la razón de la poca aceptación de la Convención reside sin duda, y, ante todo, en su objeto de regulación: los trabajadores migratorios y sus familiares. Ofrecen las primeras pautas del análisis los datos básicos relativos a la vida de la ICRMW. El primer dato que ha de analizarse es la fecha de entrada en vigor del instrumento. Recuérdese que la fecha de adopción remite al año 1990. Así pues, hubo que esperar trece largos años para que empezase a surtir efectos obligatorios. Este periodo no sería particularmente largo si se comparase con algunos otros tratados multilaterales fruto del proceso de codificación y, en especial, del desarrollo progresivo del Derecho internacional⁴⁰. No obstante, la afirmación anterior no resulta cierta en relación con otros tratados fundamentales de derechos humanos. Para trazar la comparación al respecto, valga recordar que la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad tardaron dos años en entrar en vigor, y la Convención sobre los derechos del niño, tan solo un año.

Otro dato significativo es la falta de aceptación y el bajo número de Estados parte. Todos los demás tratados de la ONU en materia de derechos humanos cuentan con un número de instrumentos de ratificación o adhesión muy considerable: superan cien, en el supuesto de los tratados más recientes, y se acercan a doscientos, en el caso de los más antiguos. Además, salta a la vista que entre las partes no figura ningún Estado de la UE, ni tampoco otros países relevantes, receptores de la migración, como Canadá, China, los Estados Unidos de América o Rusia.

En el marco de la UE, las instituciones europeas han manifestado distintos grados de aceptación de la Convención⁴¹. En particular, el Parlamento Europeo ha abogado por el planteamiento que tenga en cuenta los derechos de los trabajadores migrantes en el territorio de la Unión. Así, en su Resolución sobre *La protección de los derechos humanos y política exterior de la Unión en materia de la migración*, de 2021, cita la ICRMW como fuente de referencia, junto con otros instrumentos de las Naciones Unidas, y recuerda las obligaciones de la UE y sus Estados miembros en materia de derechos humanos respecto a los nacionales de terceros países cuando cooperan en cuestiones de migración con

⁴⁰ Por ejemplo, el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado el 23 de mayo de 1969, entró en vigor el 27 de enero de 1980; la Convención sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, de 23 de agosto de 1978, se halla en vigor desde el 6 de noviembre de 1996, y la Convención sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982, está vigente desde el 16 de noviembre de 1994.

⁴¹ Como afirma Fernández Avilés, “El choque entre la visión «humanista» de las migraciones (basada en una libertad para migrar y en el carácter universal de los derechos humanos) y otra visión más «utilitarista» o restringida (basada en la conveniencia para el Estado de acogida) se refleja en las posiciones estatales y genera una inmanente tensión contradictoria entre los «discursos» y la «praxis» de las propias instituciones comunitarias”. FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Nuevo pacto europeo sobre migración y asilo: bienvenida la reforma migratoria integral, adiós al «cambio de paradigma»”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 455 (2021), pp. 6-7.

terceros países y otros actores no pertenecientes a la Unión⁴².

Anteriormente, en el momento inmediatamente posterior a la entrada en vigor de la Convención, el Comité Económico y Social de la UE presentó un dictamen en que, de conformidad con la opinión del Parlamento Europeo, apoyaba la ratificación de este instrumento por la Unión⁴³. Entre otros argumentos, afirmaba que el multilateralismo, así como el compromiso activo con el sistema de la ONU, es la base de las relaciones exteriores de la UE⁴⁴. En este documento, también se pusieron de manifiesto las dificultades que tenía la Comisión Europea para promover sus propuestas en materia migratoria, debido a la oposición de algunos miembros del Consejo⁴⁵.

III. Enfoques estratégicos

La Convención representa la expresión normativa del enfoque basado en los derechos en materia migratoria, planteamiento que promocionan en los últimos años la OIT y la misma ONU, mediante declaraciones e instrumentos de carácter programático e informativo⁴⁶. ¿Por qué no resulta cómoda la forma de tratado internacional para la protección de los derechos de los trabajadores migrantes? La respuesta es obvia: los Estados pretenden conservar el control absoluto sobre la política migratoria⁴⁷, y son difícilmente reconciliables los objetivos de los Estados de origen y de destino de la migración. El difícil equilibrio entre el imperativo de proteger los derechos de los trabajadores migrantes y la necesidad de salvaguardar la soberanía estatal en la ordenación de los flujos migratorios se manifiesta en el art. 79, ubicado en la Parte VIII, sobre las Disposiciones generales:

⁴² Véase consideraciones preliminares y el apartado 1.º del capítulo “El marco de la política en materia de migración y su dimensión exterior” de su Resolución sobre *La protección de los derechos humanos y política exterior de la Unión en materia de la migración*, de 19 de mayo de 2021 [2020/2116(INI)], disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0242_ES.html [Acceso: el 30 de mayo de 2023].

⁴³ Apartado 6.1 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre *La Convención internacional para los trabajadores migratorios*, de 30 de junio de 2004, DO C 302, de 7 de diciembre de 2004.

⁴⁴ Apartado 5.2.

⁴⁵ Apartado 4.4.

⁴⁶ Cabe hacer referencia a documentos tales como OIT, *Migración laboral internacional. Un enfoque basado en derechos*, 2013; OIT, *Marco Multilateral para las Migraciones Laborales*, 2006; OIT, *Principios generales y directrices para la contratación equitativa. Definición de las comisiones de contratación y los gastos conexos*, 2019. A su vez, la ONU adoptó la *Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes*, de 19 de septiembre de 2016, con la Res. A/RES/71/1; el *Pacto Mundial sobre los Refugiados* de 2018, con Res. A/RES/73/151, que confirma el Pacto tal y como figura en la Res. A/RES/73/12 (Parte II), y el *Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular* de 2018, con Res. A/RES/73/195. Véase MORGADES GIL, S., “El Pacto Mundial sobre los Refugiados y el nuevo Pacto de la Unión Europea sobre Migración y Asilo: derecho informal y jurisprudencia europea en materia de acceso a la protección”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1 (2022), p. 26 ss.

⁴⁷ Véase PÉREZ GONZÁLEZ, C., “Las competencias del Estado sobre las personas”, en M. MARIÑO MENÉNDEZ (Ed.), *Instrumentos y regímenes de Cooperación Internacional*, Trotta, Madrid, 2012, pp. 25-27.

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 parte estarán sujetos a las limitaciones establecidas en la presente Convención.

En opinión de Cholewinski, parece complicado valorar cómo esta disposición, un tanto ambigua, puede afectar al propósito convencional de proteger los derechos de los trabajadores migrantes y de sus familiares⁴⁸. Sin embargo, los debates en el proceso de adopción de la Convención esclarecen las posturas opuestas sobre el art. 79. Por un lado, se defendió la existencia de un principio firmemente establecido de soberanía de los Estados en sus respectivas políticas migratorias⁴⁹. Por otro, se indicó la poca conveniencia de una disposición que pudiese mermar la obligación de todos los Estados de respetar los derechos humanos fundamentales⁵⁰.

La posición del principio de soberanía contrasta con la del principio de no discriminación en el reconocimiento de los derechos, establecido en el art. 7. De alguna manera, la disposición final del art. 79 remite al principio de no discriminación, expresado en los siguientes términos:

Los Estados parte 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.

Hoy en día, podría plantearse la compatibilidad de este principio con el complejo sistema escalonado de estatus personales de los migrantes que generan los Estados desarrollados, por ejemplo, los Estados miembros de la UE⁵¹. En esta línea de ideas, uno de los logros más significativos de la Convención es la definición del “trabajador migratorio”, en la que destaca su carácter dinámico e inclusivo⁵². La ICRMW resalta el dinamismo del

⁴⁸ CHOLEWINSKI, R., *op. cit.*, pp. 192-193.

⁴⁹ ONU, *Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de elaborar una convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias*, UN Doc. A/C.3/43/1, de 20 de junio de 1988, para. 13.

⁵⁰ UN Doc. A/C.3/43/1, de 20 de junio de 1988, para. 20.

⁵¹ En su momento, destacaron las propuestas sobre la ciudadanía “abierta a todas las personas residentes en un país” frente a la ciudadanía de un Estado o la ciudadanía europea. MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., “Un nuevo derecho social de ciudadanía: modelos normativos de “rentas mínimas de inserción” en España y en Europa”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 187 (1998), p. 91.

⁵² Sobre la noción de “trabajador migrante” en el plano internacional, véase USHAKOVA, T., “Los grandes retos de la migración altamente cualificada: las perspectivas internacional y europea”, *Relaciones Laborales*, núm. 22 (2011), pp. 103-105, y USHAKOVA, T., *El régimen jurídico de la migración laboral en el marco de la OIT*, ADAPT University Press, Bérghamo, 2023, pp. 83-105.

proceso migratorio, ya que su propósito es proteger a los trabajadores en todo momento, incluida “la preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el periodo 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” (art. 1.2). De aquí su definición de “trabajador migratorio” como “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional” (art. 2.1). Hay que señalar que la ICRMW protege muchas categorías de trabajadores migratorios que suelen excluirse del ámbito de aplicación de los instrumentos internacionales: los trabajadores de temporada, los trabajadores fronterizos o los trabajadores por cuenta propia⁵³. Sin embargo, hay que señalar que las disposiciones convencionales no se aplican a los refugiados y apátridas, a menos que esté previsto lo contrario en la legislación nacional o en instrumentos internacionales en vigor en el Estado parte [art. 3(d)]⁵⁴.

La ICRMW protege a los migrantes en situación regular e irregular. De hecho, la inclusión de esta última categoría (los trabajadores migratorios en situación irregular) se señala como uno de los pasos más importante en la protección de los derechos humanos de este grupo vulnerable⁵⁵. En la esfera de regulación entran, también, los familiares de los trabajadores migratorios, a saber, las personas casadas con los trabajadores migratorios o con una relación que, de acuerdo con el derecho aplicable, tenga efectos equivalentes al matrimonio, y los hijos a su cargo y otras personas a su cargo que sean reconocidas como familiares por la legislación nacional en vigor o por acuerdos

⁵³ El art. 2.2(a) define el “trabajador fronterizo” como 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. El art. 2.2(b) entiende por “trabajador de temporada” todo trabajador migratorio cuyo trabajo, por su propia naturaleza, dependa de condiciones estacionales y solo se realice durante parte del año. El art. 2.2(h) establece que 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.

⁵⁴ Es así, porque normalmente el régimen de una persona con el estatuto de refugiado o de asilado es más beneficioso que el de un trabajador migrante. Por ejemplo, en el supuesto de la afluencia masiva de personas, debido al conflicto armado en Ucrania, se elaboró una normativa específica de la UE. En concreto, el 4 de marzo de 2022, el Consejo Europeo, en su formación de Justicia y Asuntos de Interior (JAI), aprobó la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382, de 4 de marzo de 2022, por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania en el sentido del art. 5 de la Directiva 2001/55/CE y con el efecto de que se inicie la protección temporal. En virtud de esta norma, en España, se dictó la Orden PCM/169/2022, de 9 de marzo, por la que se desarrolla el procedimiento para el reconocimiento de la protección temporal a personas afectadas por el conflicto en Ucrania. *B.O.E.* núm. 59, de 10 de marzo de 2022. El art. 5.1 de la Orden contempla la resolución de la concesión (o, en su caso, la denegación) de la protección temporal, que incluye la autorización de residencia y de trabajo. Además, de acuerdo con el art. 3, mientras que se tramita la solicitud, se autoriza a la persona interesada para permanecer en territorio español y para percibir las ayudas sociales gestionadas por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, previstas en el art. 20 del Reglamento sobre el régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, aprobado por el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre.

⁵⁵ *Cfr.* HUNE, S., “Drafting an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families”, *International Migration Review*, Vol. 19, n. 3 (1985), p. 573; CHETAIL, V., *International Migration Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 221.

aplicables a los Estados afectados.

El punto más polémico de la Convención es su pretensión ambiciosa de proteger los derechos de todos los trabajadores y de sus familiares, incluidos los migrantes en situación irregular. La Parte III (arts. 8-35) contempla unos derechos la mayoría de los cuales no resultan novedosos, sino que corresponden con el estándar mínimo de los instrumentos en materia de derechos humanos generalmente aceptados: el derecho a la vida (art. 9), la prohibición de la esclavitud y la servidumbre (art. 11.1), la libertad de pensamiento (art. 12), la prohibición de injerencia arbitraria en la vida privada (art. 14), el derecho a la libertad y la seguridad personales (art. 16), la prohibición de expulsión colectiva del territorio del Estado receptor (art. 22) y otros.

Del mismo modo, en esta Parte, el texto convencional prevé una serie de derechos económicos y sociales. Así, el art. 25 establece que

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 parte 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.

Como había de esperarse, la aplicación del citado artículo a los migrantes en situación irregular motivó la oposición de algunos Estados en el proceso de elaboración del texto convencional, calificando como “*increasingly impracticable*” la propuesta de situar los trabajadores migratorios, incluidos los irregulares, en pie de igualdad con los nacionales en relación con las condiciones sociales y laborales⁵⁶. En ocasiones, al formular la reserva en cuanto al art. 25.3, se alegó que la legislación nacional no permitía al trabajador que

⁵⁶ ONU, *Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de elaborar una convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias*, 22 junio 1987, UN Doc. A/C.3/42/1, párr. 196. No obstante, la disposición contó con el apoyo de las delegaciones de Finlandia, India, Italia, Holanda y la antigua Unión Soviética. UN Doc. A/C.3/42/1, párr. 197.

carecía de la autorización de trabajo presentar reclamaciones relacionadas con el despido o la terminación del empleo⁵⁷.

Al respecto, es interesante anotar que la legislación española actual se sitúa en la línea de las exigencias convencionales y, además de establecer que ha de ser el empresario el que solicite la autorización de trabajo, prevé que la carencia de tal autorización, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle⁵⁸.

⁵⁷ UN Doc. A/C.3/42/1, párr. 208.

⁵⁸ El art. 36.5 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reza que “la carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo. Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero”. A su vez, el art. 9.2 del ET (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) indica que, “en caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido”. De este modo, el extranjero procedente de un tercer país sin la pertinente autorización, pese a su situación irregular en España, precisamente por la validez y consecuente eficacia de su contrato respecto a los derechos del trabajador, no puede verse privado de la protección inherente a dicha contratación. Véase, además, la aclaración sobre el particular en la STS 5439/2011, de 21 de junio, rec. 3428/2010. Dicha Sentencia precisa que “los arts. 56.1.b) y 53.5 (este último equipara los efectos de la extinción por causas objetivas al despido disciplinario) del ET y 110.1 y 113 de la LPL establecen con claridad, en los casos de despidos improcedentes y algunos nulos, la condena al empresario al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, y el extranjero extracomunitario sin la pertinente autorización, pese a su situación irregular en España, precisamente por la validez y consecuente eficacia de su contrato respecto a los derechos del trabajador que consagra la ley antes transcrita, no puede verse privado de la protección inherente a dicha contratación, es evidente que, en la medida en que tales salarios forman parte de la protección legal, tiene derecho a percibirlos en igualdad de condiciones que cualquier otro trabajador, extranjero o no, que haya sido despedido contrariando nuestra legalidad, sobre todo si tenemos en cuenta la primordial naturaleza indemnizatoria de tales devengos, tal como, rectificando doctrina anterior el contrato de trabajo del extranjero sin la preceptiva autorización está afectado de la sanción de nulidad que establece la ley, que, sin embargo, contempla la validez respecto a los derechos del trabajador afectado” (FD 2°).

En los pronunciamientos judiciales más recientes, se plantean los problemas de protección de un trabajador extranjero que se encuentra inicialmente en situación irregular por no disponer de la autorización de trabajo (cuando fuera necesaria, además de la de residencia), o bien que estando inicialmente de forma regular en el ámbito laboral (y también de la protección social) pasa a una situación de irregularidad sobrevenida, por no haber podido renovar la autorización laboral. Así, la STS 955/2016, de 16 de noviembre, confirma la improcedencia del despido en estas circunstancias constatada por las sentencias anteriores dictadas en el caso, mientras que la STS 642/2021, de 23 de junio, aparentemente sigue la misma línea argumentativa, pero llega a una conclusión distinta, expresada en el párrafo siguiente: “Por tanto, como adelantamos en nuestra referida STS de 16 de noviembre de 2016, la pérdida de la autorización para trabajar en España, guarda visos de completa similitud con las causas que se prevén en el artículo 52 ET, en la medida en que imposibilita la continuación del contrato de trabajo del extranjero; sin que, por otra parte, pueda negarse que estamos ante un supuesto en que la causa de la finalización del mismo es ajena a la empresa. Y, aunque no existe precisión sobre la cuestión de la posible aplicación de la causa objetiva del apartado a) del art. 52 ET, esa es la causa que ampara la decisión extintiva cuando se produce la pérdida de la autorización para trabajar, al tratarse de una ineptitud sobrevenida, con posterioridad al ingreso en la empresa” (FD 4°.2). La tesis de un despido objetivo se confirma en la doctrina jurídica española. Véase, al respecto, MONTROYA

El art. 27 prevé la igualdad de trato de los trabajadores migratorios y sus familiares y los nacionales, con respecto a la seguridad social, en la medida en que cumplan con los requisitos previstos en la legislación aplicable del Estado de acogida o en los convenios bilaterales y multilaterales aplicables. El precepto parece insistir tanto en la protección del derecho como en el cumplimiento de las disposiciones aplicables sobre la seguridad social. Todo ello hace pensar que el consenso de los Estados no llega más allá de la proclamación de un estándar mínimo en la materia, sin mucho convencimiento de que pudiese aplicarse efectivamente a los trabajadores migratorios en situación irregular⁵⁹. Además, la referencia al régimen legal establecido permite claramente que los Estados introduzcan y apliquen cualquier limitación pertinente. El art. 27.2 apunta a esta posibilidad, y estipula que

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.

En este supuesto, la legislación española no resulta incompatible con el régimen convencional. Es más, el art. 14.3 de la LO 4/2000 garantiza a los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, el derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas⁶⁰.

Según el art. 28 de la Convención,

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.

Hay que señalar que, en el proceso de redacción de este artículo, hubo una oposición importante de algunos Estados. En la versión anterior a la adoptada en el texto, la fórmula

MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2022, p. 653, y ROJO TORRECILLA, E., *Un recordatorio histórico sobre la protección del trabajador extranjero cuya situación jurídica es o deviene irregular, y una nota sobre la sentencia del TS de 16 de noviembre de 2016. A propósito de la importancia del art. 36.5 de la LOEX tras la reforma de 2003*, publicado el 5 de febrero de 2017, disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/02/un-recordatorio-historico-sobre-la.html> [Acceso: 27 de junio de 2023].

Para un cuadro más completo del régimen de los trabajadores migrantes en España, hay que tener en cuenta las últimas reformas, en particular la operada por el RD 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por LO 2/2009, aprobado por el RD 557/2011, de 20 de abril.

⁵⁹ De hecho, como comenta CHOLEWINSKI, R., *op. cit.*, p. 166, en el transcurso del debate sobre el proyecto de artículo, algunos Estados sugirieron trasladar este artículo a la Parte IV de la Convención, que se refiere a los derechos de los trabajadores migratorios en situación regular.

⁶⁰ Véase LÓPEZ INSÚA, B., “El derecho a las prestaciones por desempleo de las personas Inmigrantes”, *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 11, núm. 1 (2021), p. 161.

referida a la atención “que resulte necesaria para preservar su vida o para daños irreparables” tenía un alcance más amplio y aludía a la “reparación de la salud”⁶¹.

En los últimos años, la regulación española sobre la atención médica de los extranjeros ha sufrido cambios. La igualdad de trato proclamada en la redacción anterior del art. 12 de la LO 4/2000, quedó reducida a la mera remisión a la legislación vigente en la materia sanitaria⁶². Sin duda, la eliminación del derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria básica del catálogo de derechos se debe a la dramática situación del Estado español, ocasionada por la crisis financiera y económica. En este sentido, estamos ante un manifiesto ejemplo de la tensión entre “lo económico y lo social”⁶³, agudizada por un entorno adverso. Frente a la disconformidad con la exclusión producida por la reforma, las comunidades autónomas han desarrollado procedimientos con diferente amparo normativo (comunicados, instrucciones, resoluciones, órdenes, decretos o leyes) para prestar asistencia sanitaria a estas personas. La mayoría de dichas normas autonómicas han resultado impugnadas y/o anuladas, provocando inseguridad jurídica⁶⁴.

Unos años más tarde, la aprobación del Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud supuso un gran avance en materia de derechos humanos de los migrantes, ya que en él se establece que “Las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española”⁶⁵. A pesar de ello, algunas imprecisiones en su redacción y la complejidad de los procedimientos administrativos siguen dificultado el acceso de las personas migrantes y solicitantes de asilo a los servicios sanitarios en España, hecho que afecta especialmente a colectivos vulnerables⁶⁶.

⁶¹ UN, *Measures to improve the situation and ensure the human rights and dignity of all migrant workers: Report of the open Working Group*, UN Doc. A/C.3/37/1, 11 June 1982, para. 32.

⁶² Art. 12 de la LO 4/2000, modificado por la DF 3ª del RD-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. Sobre este particular, véase, entre otros, DELGADO DEL RINCÓN, L. E., “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril”, *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), núm. 163 (2014), pp. 189-231.

⁶³ Se hace referencia a la siguiente observación de THOMAS, C., “Convergences and Divergences in International Legal Norms on Migrant Labor”, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, Vol. 32, n. 2 (2011), p. 408: «International labor law... harbors tensions between “the economic and the social”, that is to say, an emphasis on particular industrial and workplace contexts versus broader aspirations toward justice».

⁶⁴ Citado por la exposición de motivos del Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, *B.O.E.* núm. 183, de 30 de julio de 2018.

⁶⁵ Se trata del apartado 1.º del art. 3 ter modificado por el “Artículo primero que introduce la modificación de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud” del Real Decreto-ley 7/2018.

⁶⁶ Véase Conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales, de 2021, en Conclusiones XXII-2, España, art. 11.1, p. 17, y reflexiones críticas de Salcedo Beltrán al respecto, en SALCEDO BELTRÁN, M. C., “Conclusiones 2021 del comité europeo de derechos sociales: más utopía que realidad en los derechos relativos a la salud, la seguridad social y la protección social”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 57 (2022), y GRANÉS, L. et al., *Barreras y dificultades en el acceso a la atención y*

Como señala Delgado del Rincón, la equiparación anunciada “entre españoles y extranjeros sin autorización de residencia aparece condicionada, en el apartado 2.º del art. 3 ter LCCSNS [la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud], al cumplimiento de determinados requisitos que se expresan en sentido negativo:

- a) No tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, en virtud de lo dispuesto en el derecho de la Unión Europea, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable.
- b) No poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia.
- c) No existir un tercero obligado al pago.

Estos requisitos son prevenciones que tienen por objeto evitar una utilización indebida del derecho, aunque, por su redacción imprecisa, pueden dar lugar también a una interpretación restrictiva y limitadora de su ejercicio”⁶⁷.

Además, el Real Decreto-ley 7/2018 reforma la legislación vigente a la que remite el art. 12 de la LO 4/2000, esto es, la LCCSNS. En otras palabras, en el curso de estos avances, no se ha producido el retorno a la redacción de la norma principal en materia migratoria, dada tras la modificación por la LO 2/2009 que rezaba así:

Artículo 12. Derecho a la asistencia sanitaria.

1. Los extranjeros que se encuentren en España, inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.
2. Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica.
3. Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.
4. Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto⁶⁸.

Como se ha adelantado, la Convención pretende proteger los derechos de todos los

tratamiento de las personas migrantes y solicitantes de asilo con el VIH en España, División de Control de VIH, ITS, Hepatitis virales y Tuberculosis, Ministerio de Sanidad, marzo de 2022, disponible en: <https://www.sanidad.gob.es> [Acceso: 29 de mayo de 2023].

⁶⁷ DELGADO DEL RINCÓN, L. E., “Nuevos avances en la universalización de la asistencia sanitaria en España: a propósito de la reforma apresurada, imprecisa e incompleta introducida por el Decreto Ley 7/2018, de 27 de julio”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 186 (2019), p. 123.

⁶⁸ 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. *B.O.E.* núm. 299, de 12 de diciembre de 2009.

trabajadores migratorios y sus familiares. No obstante, se distingue entre los derechos de todos, recogidos en la Parte III, y los derechos de los trabajadores migratorios documentados o en situación regular, previstos en la Parte IV (arts. 36-56). En esta parte, se garantiza, junto con otros derechos, la igualdad de trato con los nacionales en

- 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.

El art. 43.2 aspira a “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”. Esto sí, “siempre que las condiciones establecidas para su estancia, con arreglo a la autorización del Estado de empleo, satisfagan los requisitos correspondientes”.

El art. 54 complementa los derechos de todos los trabajadores de los arts. 25 y 27 analizados antes con unas nuevas previsiones de igualdad de trato con los nacionales en relación con la protección contra los despidos, el acceso a las prestaciones por desempleo, a los programas de obras públicas destinadas a combatir el desempleo y el acceso a otro empleo.

Además, se protege la unidad de la familia. En virtud del art. 44,

1. Los Estados parte, 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 parte 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.

Las disposiciones relativas a la reagrupación familiar suscitan reticencia de los Estados y constituyen una de las razones de rechazo de la Convención, junto con el temor frente a la migración irregular y el compromiso económico excesivo que implica la promoción de

condiciones que garanticen una efectiva igualdad de trato entre los migrantes en situación regular y los nacionales.

IV. Control y supervisión

Es evidente que el mecanismo de control constituye una de las garantías principales para la eficacia de los instrumentos internacionales. Con este objetivo, la Parte VII de la Convención prevé la creación del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (*Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families – CMW*) e incorpora una amplia gama de competencias de este órgano para supervisar la aplicación de la Convención⁶⁹.

Inicialmente, el Comité contaba con diez expertos, y, después de la entrada en vigor del instrumento para el cuadragésimo primer Estado parte, con catorce expertos “de gran integridad moral, imparciales y de reconocida competencia en el sector abarcado por la Convención” [art. 72.1(b)].

Los miembros del Comité se eligen en votación secreta por los Estados parte en la Convención de una lista de personas designadas por cada Estado, teniendo en cuenta la distribución geográfica equitativa, e incluyendo tanto Estados de origen como Estados de empleo, y la representación de los principales sistemas jurídicos [art. 72.2(a)]. La independencia e imparcialidad de los expertos se asegura por el ejercicio de sus funciones a título personal [art. 72.2(b)], y se ve reforzada en el art. 12 del Reglamento del Comité, que establece el deber de cumplimiento de las Directrices sobre la independencia y la imparcialidad de los miembros de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos (Directrices de Addis Abeba)⁷⁰.

Su ámbito de actuación comprende la recepción y el examen de los informes periódicos de los Estados parte (art. 73), y de las comunicaciones interestatales (art. 76) e individuales (art. 77). Además, como sucede en muchos otros casos con los órganos de control, el Comité puede elaborar observaciones generales. Así, el 23 de febrero de 2011, adoptó su primera Observación General sobre los trabajadores domésticos migratorios, a la que siguieron las observaciones generales sobre derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, de 2013; sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional y sobre las obligaciones de los Estados en el contexto de la migración

⁶⁹ Vid. sobre el Comité EDELENBOS, C., *Committee on Migrant Workers and implementation of the ICRMW*, en GUCHTENEIRE, P. DE; PÉCOUD, A.; CHOLEWINSKI, R. (Eds.), *op. cit.*; VILLÁN DURÁN, FALEH PÉREZ, *op. cit.*, pp. 71 y ss.

⁷⁰ Reglamento del Comité CMW/C/2, distribuido el 8 de febrero de 2019. El Comité aprobó enmiendas al Reglamento provisional en sus períodos de sesiones 2º, 15º, 16º, 24º y 29º y aprobó el Reglamento revisado en su 29º período de sesiones.

internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, adoptadas junto con el Comité de los Derechos del Niño, en 2017, y sobre los derechos de los migrantes a la libertad, a la protección contra la detención arbitraria y su conexión con otros derechos humanos, de 2021⁷¹.

Asimismo, el CMW ha establecido el grupo de trabajo para la elaboración de la Observación General núm. 6, relativa a los puntos de convergencia entre la Convención y el *Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular*, y, según el último informe disponible, ha avanzado en el proceso de redacción del documento⁷². Se trata de una contribución de suma importancia para la gestión de los flujos migratorios y la protección de los trabajadores migrantes en el plano internacional universal.

Dichas interpretaciones del contenido de la Convención tienen que respetarse y aplicarse de buena fe por los Estados parte⁷³.

La ratificación de la Convención implica la aplicación automática de la obligación de presentar los informes periódicos⁷⁴. En virtud del art. 73, los Estados parte deben informar sobre las medidas que hayan tomado para aplicar la Convención en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Convención para el Estado parte de que se trate, y, en lo sucesivo, cada cinco años. Los informes tienen que indicar los problemas que afecten a la aplicación de la Convención, y proporcionar información acerca de las características de las corrientes de migración. Tras examinar los informes, el Comité elabora y hace llegar al Estado Parte las observaciones que considera oportunas.

En cambio, la posibilidad de presentar las comunicaciones está vinculada a la declaración expresa sobre la aceptación de la competencia correspondiente del Comité. De conformidad con el art. 76, cualquier Estado parte puede declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones

⁷¹ Véase los textos de las observaciones generales del CMW en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=7&DocTypeID=11

⁷² Párr. 33 del Informe del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares, 33º período de sesiones (27 de septiembre a 8 octubre de 2021) y 34º período de sesiones (28 de marzo a 8 de abril de 2022), AG, Documentos oficiales, Suplemento 48, Septuagésimo séptimo período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York, 2022, UN Doc. A/77/48.

⁷³ Vid. VILLÁN DURÁN, FALEH PÉREZ, *op. cit.*, p. 73.

⁷⁴ El art. 73 establece que: «1. Los Estados parte 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 parte darán una amplia difusión pública a sus informes en sus propios países».

interestatales⁷⁵. Las comunicaciones presentadas conforme a este artículo solo se podrán recibir y examinar si las interpone un Estado que haya hecho una declaración por la cual reconoce con respecto a sí mismo la competencia del Comité. Por lo tanto, no se examinarán las comunicaciones que se refieran a los Estados que no hayan hecho esa declaración. Una fórmula similar es de aplicación para las comunicaciones individuales previstas en el art. 77⁷⁶.

En este sentido, los países suelen realizar las declaraciones al respecto en el momento de la ratificación o la adhesión al tratado. Sin embargo, en algunos casos, como, por ejemplo, en los supuestos de Ecuador y de El Salvador, la aceptación de la competencia del Comité se anuncia unos años después de la ratificación⁷⁷.

Además, las disposiciones relativas a la competencia del Comité entrarán en vigor cuando al menos diez Estados parte en la Convención hayan hecho las declaraciones correspondientes (arts. 76.2 y 77.2). Con todo, hay que constatar que el mecanismo de control a través de las comunicaciones no encuentra el apoyo necesario, ni siquiera entre los Estados que han ratificado la Convención.

Cabe añadir que algunos países se han opuesto al procedimiento de solución de controversias con respecto a la interpretación o la aplicación de la Convención, previsto en el art. 92.1⁷⁸. La presente disposición permite someter a arbitraje, a petición de una de las Partes, toda controversia que no se solucione mediante negociación y, si en el plazo de diez meses desde la fecha de presentación, las Partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la organización del arbitraje, cualquiera de ellas podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia.

En suma, el breve análisis de los mecanismos de control pone de manifiesto que la eficacia de la Convención tampoco puede asegurarse desde este punto de vista. Ni siquiera los Estados parte, es más, los Estados promotores de la adopción de la Convención, han sido coherentes en su propósito de cumplir con los compromisos internacionales en el marco del instrumento, reconociendo la competencia del CMW para recibir y examinar comunicaciones individuales, por ser este el mecanismo de control internacional de mayor interés para los titulares de los derechos enunciados en la Convención.

⁷⁵ En el momento de elaboración de este estudio, han aceptado la competencia del Comité en este ámbito Ecuador, El Salvador, Guatemala y Guinea-Bissau. Turquía expresó su intención de hacerlo más adelante.

⁷⁶ En el momento de redacción de este estudio, han reconocido la competencia del Comité al respecto cinco Estados: Ecuador, El Salvador, Guatemala, México y Uruguay. Turquía expresó su intención de hacerlo más adelante.

⁷⁷ Ecuador se adhirió a la Convención el 5 de febrero de 2002 y aceptó esa competencia del Comité en relación con los arts. 76 y 77 el 12 de enero de 2018, y El Salvador ratificó la Convención el 14 de mayo de 2003 y reconoció la competencia del Comité en relación con los arts. 76 y 77 el 23 de enero de 2015.

⁷⁸ Así, Argelia, Argentina, Fiji, Guinea-Bissau y Marruecos formularon la declaración, expresamente admitida en el art. 92.2, de que no se considerasen obligados por este mecanismo.

V. Consideraciones finales

El análisis propuesto se centra en la pregunta que, desde hace ya más de tres décadas, plantean y vuelven a plantear los especialistas en el Derecho migratorio: ¿por qué no encuentra apoyo la Convención en los países económicamente desarrollados y en los países de origen de la migración? Existen muchas incógnitas y paradojas en torno a esta cuestión. Sin duda, el panorama político y económico actual añade un carácter propio y agrega elementos nuevos al antiguo debate.

La Convención de la ONU de 1990 tiene que “revisitarse” en el contexto de la crisis sanitaria, económica y social ocasionada por la pandemia COVID-19 y la llegada masiva de los refugiados a raíz del conflicto armado en el territorio de Ucrania. El instrumento posee un valor indudable, como una pieza importante en el sistema de tratados internacionales destinados a proteger los derechos humanos de los distintos colectivos vulnerables, también más afectados por la pandemia⁷⁹. Su marca distintiva es el enfoque basado en los derechos con vocación universal, que también hace suyo la OIT, aunque a través de documentos no vinculantes.

Pese a haberse adoptado en el ámbito universal, la Convención se ha visto relegada a un lugar marginal, y la han apoyado, generalmente, los países de origen de la migración, en especial de África, América Latina y Asia, e ignorado los principales países de destino. No obstante, entre los Estados parte, figuran algunos receptores relevantes de la migración, como Argentina, Chile, Marruecos, México o Turquía. Asimismo, hoy en día, aun sin contar con la participación de los Estados europeos, los Estados Unidos de América o Canadá, la Convención puede considerarse como una fuente jurídica útil para proteger los derechos de los trabajadores migrantes en el contexto de la migración “Sur-Sur”. Este fenómeno forma parte del complejo panorama de los flujos migratorios, y reclama una atención y tratamiento jurídico adecuado. Junto con este aspecto, la Convención, que introduce una definición amplia y dinámica de trabajador migrante, puede ser útil para regular la migración circular o el proceso de retorno. De este modo, la ICRMW ocupa su lugar en el abanico de las fuentes internacionales y regionales que intervienen en la reglamentación del régimen migratorio.

⁷⁹ En la *Nota de Orientación conjunta acerca de los impactos de la pandemia del COVID-19 sobre los derechos humanos de las personas migrantes*, de 26 de mayo de 2020, p. 1., el CMW y el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes de la ONU constatan que “la pandemia del COVID-19 está teniendo efectos serios y desproporcionados sobre los migrantes y sus familias a nivel global. Los migrantes en condición irregular o indocumentados se hallan en una situación de aún mayor vulnerabilidad. Los migrantes en muchos casos no cuentan con un acceso efectivo a servicios de atención médica, educación y otros servicios sociales, realizan trabajos inestables – usualmente sin beneficios o sin el derecho a prestaciones por desempleo – y en algunos casos han sido dejados fuera de las medidas de asistencia social implementadas por los Estados, a pesar de sus significativas contribuciones económicas a la sociedad. En algunos países poseen los niveles más altos de contagios y muertes por el COVID-19, como consecuencia de los factores arriba mencionados”.

Es evidente que una mayor implicación de los sistemas regionales en la regulación de la materia migratoria limita el margen de maniobra de los Estados para comprometerse individualmente con la Convención⁸⁰.

En este sentido, el multilateralismo adopta formas regionales, con el fundamento en la proximidad geográfica. Por lo que respecta a la UE, debido a su idiosincrasia, revela una dinámica de integración supranacional que dista de la lógica del multilateralismo⁸¹. En definitiva, su funcionamiento se apoya en un discurso “exclusivista” y, a diferencia de las organizaciones internacionales con vocación universal, como las Naciones Unidas, no tiene en cuenta las “interdependencias internacionales”⁸².

No obstante, el principal obstáculo reside en el interés nacional de cada Estado en controlar la admisión y el régimen de la migración, y en particular de la migración laboral, en su territorio; y, por lo tanto, en la falta de voluntad política de adherirse a la ICRMW⁸³. Además, en una época de crisis, el argumento político se refuerza con el económico. Como es bien sabido, la garantía efectiva de los derechos conlleva una carga económica que se conecta con la situación concreta de cada Estado, y se justifica difícilmente en determinadas etapas. Aun así, se perfila un cambio del paradigma, queremos pensar que también gracias a la contribución de la Convención, que apunta a la necesidad de gestión de la migración irregular frente al imperativo de control de la misma⁸⁴.

⁸⁰ Así, en contestación a las recomendaciones de varios Estados parte en la ICRMW (entre otros, Ecuador, Guatemala, Indonesia, Nicaragua), en el marco del Examen Periódico Universal (EPU) de 2015, a que el Estado español haga pasos para comprometerse con la Convención, España contestó que este instrumento no había sido ratificado por ninguno de los Estados que pertenecen a la Unión Europea. Además, que “[e]l Estado español se ha mostrado sensible en todo momento a las garantías de los derechos de los trabajadores extranjeros en nuestro país. La legislación española protege los derechos de los migrantes de forma amplia en la Constitución, así como en la Ley sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social de 2000 y en el reglamento que la desarrolla. Cualquier decisión que se tome al respecto se hará en el marco de la coordinación entre los Estados miembros de la Unión Europea”. Véase el *Anejo explicativo de las observaciones de España a las recomendaciones recibidas por España con ocasión del segundo ciclo del Examen Periódico Universal* (anejo a UN Doc. A/HRC/29/8/1).

Del mismo modo, en su contestación en el marco del EPU de 2020, reiteró que cualquier decisión que se tomaba al respecto se haría en coordinación con los Estados miembros de la UE. *Anejo explicativo de las observaciones de España a las recomendaciones recibidas por España con ocasión del tercer ciclo del Examen Periódico Universal* (anejo a UN Doc. A/HRC/44/7/1). Véase toda la información al respecto en: <https://www.ohchr.org/es/hr-bodies/upr/es-index> [Acceso: 29 de mayo de 2023].

⁸¹ PETITEVILLE, *op. cit.*, p. 32.

⁸² *Ibid.*

También hay que reconocer que la actuación de la Unión Europea frente a las crisis provocadas por la pandemia y por la llegada de las personas desplazadas de Ucrania dista mucho del enfoque adoptado frente a la crisis financiera y económica de los años 2008-2014, y puede caracterizarse como mucho más coherente y solidaria al menos en relación con los intereses de sus Estados miembros.

⁸³ La mayoría de los autores coinciden en que, en definitiva, no existen barreras infranqueables en el ámbito jurídico, y el obstáculo principal reside en la voluntad política de asumir el compromiso. Cfr. K. TOUZENIS, K., SIRONI, A., *Current Challenges in the Implementation of the UN International Convention for the Rights of Migrant Workers and Members of Their Families*, European Parliament, 2013, p. 1; CHETAIL, *op. cit.*, p. 240.

⁸⁴ KOSER, K., *International Migration. A very Short Introduction*, Oxford University Press, 2016, p. 105. Así, en la *Nota de Orientación conjunta acerca de los impactos de la pandemia del COVID-19 sobre los derechos humanos de las personas migrantes*, pp. 3-4, se sugiere “promover la regularización de los

La tesis de la amenaza de la migración irregular ocupa un lugar central en la oposición a la Convención. Valga recordar que la Convención protege los derechos básicos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. En esta línea de ideas, el enfoque de la ONU, basado en los derechos de todos los trabajadores migratorios, se opone a la postura de la UE, que acentúa la cuestión de la seguridad, y, en consecuencia, aboga por la igualdad de trato en ciertos ámbitos entre los trabajadores nacionales y los migrantes en situación regular.

Muchos países desarrollados afirman que los derechos de los trabajadores migrantes ya están garantizados en la legislación interna. De ahí que no haya necesidad de ratificar la Convención. Además, existen opiniones de que, si el nivel de protección nacional resulta más alto, los estándares mínimos internacionales pueden rebajarlo. Tampoco convencen estos argumentos, ya que valen igualmente para otros instrumentos citados, que protegen los derechos de las mujeres, los niños o las personas con discapacidad. El estándar mínimo internacional no puede afectar de manera negativa a una legislación nacional más avanzada, dado que expresamente admite la posibilidad de una regulación más favorable (art. 81.1 de la ICRMW). Pero sí cumple con una función fundamental en las sociedades modernas: impide que la regulación nacional rebaje el nivel de protección establecido internacionalmente.

Bibliografía

ALSTON P., “Facing Up to the Complexities of the ILO’s Core Labour Standards Agenda”, *The European Journal of International Law*, Vol. 16, núm. 3 (2005).

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., “La entrada en vigor de la Convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 18 de diciembre de 1990”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 2 (2003).

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., “El Contenido jurídico de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios migrantes y de sus familiares familias, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990”, *Migraciones*, núm. 5 (1999).

migrantes en condición irregular o indocumentados. Esto incluye adoptar otras vías regulares para los migrantes en condición de vulnerabilidad, medidas que permitan las extensiones de visas de trabajo y otras apropiadas para reducir los retos que enfrentan los migrantes y sus familias debido al cierre del comercio y de esta manera garantizar la protección continua de sus derechos humanos”.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., “Convenio de Naciones Unidas sobre la protección de los trabajadores migrantes, de 18 de diciembre de 1990”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2 (1992).

ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “Las epidemias, las pandemias y el Derecho internacional: a propósito de la Resolución del IDI de septiembre de 2021”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1 (2022).

ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “Las dinámicas del Derecho internacional en el siglo XXI: acordes y desacordes”, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (Coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Iustel, 2010.

BATTISTELLA, G. « La naissance d’une Convention. Les difficiles relations entre migrations et droits de l’homme », *Hommes & Migrations*, n. 1271 (2008).

BÖHNING, R., “The ILO and the New UN Convention on Migrant Workers: The Past and Future”, *International Migration Review*, Vol. 25, n. 4 (1991).

CHETAIL, V., *International Migration Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

CHOLEWINSKI, R., *Migrant Workers in International Human Rights Law. Their Protection in Countries of Employment*, Oxford University Press, Oxford, 1997.

DE GUCHTENEIRE, P. ; PECOUD A., « La Convention des Nations Unies sur les droits des travailleurs migrants. Enjeux et Perspectives », *Hommes & Migrations*, n. 1271 (2008).

DE GUCHTENEIRE, P. et al. (Eds.), *Migration and Human Rights. The United Nations Convention on Migrant Workers’ Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

DELGADO DEL RINCÓN, L. E., “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril”, *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), núm. 163 (2014).

DELGADO DEL RINCÓN, L. E., “Nuevos avances en la universalización de la asistencia sanitaria en España: a propósito de la reforma apresurada, imprecisa e incompleta introducida por el Decreto Ley 7/2018, de 27 de julio”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 186 (2019).

EDELENBOS, C., “Committee on Migrant Workers and implementation of the ICRMW”, en P. DE GUCHTENEIRE et al. (Eds.), *Migration and Human Rights. The*

United Nations Convention on Migrant Workers' Rights, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Nuevo pacto europeo sobre migración y asilo: bienvenida la reforma migratoria integral, adiós al «cambio de paradigma»”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 455 (2021).

GIL Y GIL, J.L. (Dir.), *España y la OIT: 100 años de diálogo en un mundo cambiante*, Cinca, Madrid, 2017.

GIL Y GIL, J.L. (Dir.), *Migraciones internacionales e impacto de la crisis económica: compromisos de la OIT*, Juruá, Lisboa, 2013.

GIL Y GIL, J.L. et USHAKOVA, T., « Le dialogue social sur le mode de l’OIT: consolidation et promotion du tripartisme », en P. MARTIN (Dir.), *Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe*, Presses Universitaires de Bordeaux, Bordeaux, 2007.

GRANÉS, L. et al., *Barreras y dificultades en el acceso a la atención y tratamiento de las personas migrantes y solicitantes de asilo con el VIH en España*, División de Control de VIH, ITS, Hepatitis virales y Tuberculosis, Ministerio de Sanidad, marzo de 2022.

HASENAU, M. (1991), “ILO Standards on Migrant Workers: The Fundamentals of the UN Convention and Their Genesis”, *International Migration Review*, Vol. 25, n. 4 (1991).

HUNE, S., “Drafting an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families”, *International Migration Review*, Vol. 19, n. 3 (1985).

KOSER, K., *International Migration. A very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

LÓPEZ INSÚA, B., “El derecho a las prestaciones por desempleo de las personas inmigrantes”, *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 11, núm. 1 (2021).

MACDONALD, E. ; CHOLEWINSKI, R., « L’Union européenne face à la Convention sur les travailleurs migrants », *Hommes & Migrations*, n. 1271 (2008).

MARIÑO MENÉNDEZ, M. (Ed.), *Instrumentos y regímenes de Cooperación Internacional*, Trotta, Madrid, 2012.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Iustel, Madrid, 2010.

MCAULIFFE, M. y TRIANDAFYLLIDOU, A. (Eds.), 2021. *Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2022*, Organización Internacional para las Migraciones (OIM), Ginebra, 2022.

MONEDERO, J. C. (Coord.), *Cansancio del Leviatán: problemas políticos de la mundialización*, Trotta, Madrid, 2003.

MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., “Un nuevo derecho social de ciudadanía: modelos normativos de «rentas mínimas de inserción» en España y en Europa”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 187 (1998).

MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2022.

MORGADES GIL, S., “El Pacto Mundial sobre los Refugiados y el nuevo Pacto de la Unión Europea sobre Migración y Asilo: derecho informal y jurisprudencia europea en materia de acceso a la protección”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1 (2022).

OGER, H., « Les obstacles à la ratification de la Convention en France. Un refus politique au nom de l'Europe », *Hommes & Migrations*, n. 1271 (2008).

PÉREZ GONZÁLEZ, C., “Las competencias del Estado sobre las personas”, en M. MARIÑO MENÉNDEZ (Ed.), *Instrumentos y regímenes de Cooperación Internacional*, Trotta, Madrid, 2012.

PETITEVILLE, P., *Le multilatéralisme*, Clefs Politique, Montchrestien, Lextenso éditions, Paris, 2009.

ROBERTSON, R., “Glocalización: tiempo-espacio y homogeneidad-heterogeneidad”, en MONEDERO, J. C. (Coord.), *Cansancio del Leviatán: problemas políticos de la mundialización*, Trotta, Madrid, 2003.

ROJO TORRECILLA, E. (2017), “Un recordatorio histórico sobre la protección del trabajador extranjero cuya situación jurídica es o deviene irregular, y una nota sobre la sentencia del TS de 16 de noviembre de 2016. A propósito de la importancia del art. 36.5 de la LOEX tras la reforma de 2003”, 5 de febrero de 2017, disponible en : www.eduardorojotorrecilla.es [Acceso: 30 de mayo de 2023].

SALCEDO BELTRÁN, M. C., “Conclusiones 2021 del comité europeo de derechos sociales: más utopía que realidad en los derechos relativos a la salud, la seguridad social y la protección social”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 57 (2022).

SOLAR, J. J. DEL ,(Ed.), *Máximas y reflexiones. Johann Wolfgang Goethe*, Edjasa, Barcelona, 2021.

TARAN P., A., « La Convention, symbole d’une approche alternative des migrations internationales », *Hommes & Migrations*, n. 1271 (2008).

THOMAS, C., “Convergences and Divergences in International Legal Norms on Migrant Labor”, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, Vol. 32, n. 2 (2011).

TOUZENIS, K., SIRONI, A., *Current Challenges in the Implementation of the UN International Convention for the Rights of Migrant Workers and Members of Their Families*, European Parliament, 2013.

UNDP, *Human Development Report 2021-2022. Uncertain times, unsettled lives. Shaping our future in a transforming world*, UNDP, New York, 2022.

UNESCO, *La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Migrantes*, UNESCO, Nueva York, 2005.

USHAKOVA, T., *El régimen jurídico de la migración laboral en el marco de la OIT*, ADAPT University Press, 2023.

USHAKOVA, T., “La OIT como una organización dinámica en el sistema de Derecho internacional”, en J.L. GIL Y GIL (Dir.), *España y la OIT: 100 años de diálogo en un mundo cambiante*, Cinca, Madrid, 2017.

USHAKOVA, T., “Los grandes retos de la migración altamente cualificada: las perspectivas internacional y europea”, *Relaciones Laborales*, núm. 22 (2011).

VILLÁN DURÁN, C., FALEH PÉREZ, C. “España ante la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1 (2022).