

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Michele Tiraboschi (Italia)

Directores Científicos

Mark S. Anner (Estados Unidos), Pablo Arellano Ortiz (Chile), Lance Compa (Estados Unidos), Jesús Cruz Villalón (España), Luis Enrique De la Villa Gil (España), Jordi García Viña (España), José Luis Gil y Gil (España), Adrián Goldin (Argentina), Julio Armando Grisolia (Argentina), Óscar Hernández (Venezuela), María Patricia Kurczyn Villalobos (México), Lourdes Mella Méndez (España), Antonio Ojeda Avilés (España), Barbara Palli (Francia), Juan Raso Delgue (Uruguay), Carlos Reynoso Castillo (México), María Luz Rodríguez Fernández (España), Raúl G. Saco Barrios (Perú), Alfredo Sánchez-Castañeda (México), Michele Tiraboschi (Italia), Anil Verma (Canada), Marcin Wujczyk (Polonia)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (España), Fernando Ballester Laguna (España), Jorge Baquero Aguilar (España), Francisco J. Barba (España), Ricardo Barona Betancourt (Colombia), Miguel Basterra Hernández (España), Carolina Blasco Jover (España), Esther Carrizosa Prieto (España), M^a José Cervilla Garzón (España), Juan Escribano Gutiérrez (España), María Belén Fernández Collados (España), Alicia Fernández-Peinado Martínez (España), Marina Fernández Ramírez (España), Rodrigo Garcia Schwarz (Brasil), Sandra Goldflus (Uruguay), Miguel Ángel Gómez Salado (España), Estefanía González Cobaleda (España), Djamil Tony Kahale Carrillo (España), Gabriela Mendizábal Bermúdez (México), David Montoya Medina (España), María Ascensión Morales (México), Juan Manuel Moreno Díaz (España), Pilar Núñez-Cortés Contreras (España), Eleonora G. Peliza (Argentina), Salvador Perán Quesada (España), Alma Elena Rueda (México), José Luis Ruiz Santamaría (España), María Salas Porras (España), José Sánchez Pérez (España), Esperanza Macarena Sierra Benítez (España), Carmen Viqueira Pérez (España)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (Colombia), Maria Alejandra Chacon Ospina (Colombia), Silvia Fernández Martínez (España), Paulina Galicia (México), Noemi Monroy (México), Maddalena Magni (Italia), Juan Pablo Mugnolo (Argentina), Francesco Nespoli (Italia), Lavinia Serrani (Italia), Carmen Solís Prieto (España), Marcela Vigna (Uruguay)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (ADAPT Technologies)

La Convención ONU sobre la protección de todos los trabajadores migratorios en el contexto de los desafíos actuales*

Tatsiana USHAKOVA**

RESUMEN: Con el presente estudio, se pretende recordar el principal instrumento universal de protección de los trabajadores migrantes, adoptado en el marco de la ONU, e indagar sobre su pertinencia y aplicabilidad después de unos veinte años de vigencia. Se trata de la Convención internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 18 de diciembre de 1990. Dicho análisis resulta necesario en el contexto de las nuevas realidades que derivan de una crisis sanitaria, económica y social sin precedentes, provocada por la pandemia Covid-19 y el conflicto armado en el territorio de Ucrania. A estos efectos, se tienen en cuenta los aspectos del régimen de los trabajadores migrantes en España.

Palabras clave: Trabajadores migratorios, derechos de los trabajadores migrantes, derechos sociales, Convención ONU, mecanismos de control.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La Convención sobre los trabajadores migratorios en el sistema internacional universal. 3. El polémico catálogo de derechos. 4. Los mecanismos de control y de protección. 5. Consideraciones finales. 6. Bibliografía.

* 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 XII Congreso Internacional ADAPT, *Towards the Social Constructions of New Labour Markets. Interdisciplinary Reflections on the Changing World of Work*, Bérghamo, 24-26 noviembre 2022.

** Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Alcalá (España).

The UN Convention on the Protection of All Migrant Workers in the Context of Today's Challenges

ABSTRACT: This paper aims to recall the main universal instrument for the protection of migrant workers, adopted within the framework of the UN, and to examine its relevance and applicability some twenty years after its entry into force. It deals with the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, of 18 December 1990. Such an analysis seems necessary in the context of the new realities provided by the unprecedented health, economic and social crisis, caused by the Covid-19 pandemic and the armed conflict on the territory of Ukraine. For these purposes, the regime for migrant workers in Spain is taken into account.

Key Words: Migrant workers, migrant workers' rights, social rights, UN Convention, monitoring mechanisms.

1. Introducción

Con el presente estudio, se pretende recordar el principal instrumento universal de protección de los trabajadores migrantes, adoptado en el marco de la ONU, e indagar sobre su pertinencia y aplicabilidad después de unos veinte años de vigencia¹. Se trata de la [Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares](#) (International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families – ICRMW), de 18 de diciembre de 1990². Debe advertirse que el objetivo del trabajo no consiste en analizar el contenido de este extenso y completo tratado internacional. Dicha tarea se ha llevado a cabo con precisión y rigor en numerosos estudios, en particular por especialistas en la materia como de Guchteneire, Pécoud y Cholewinski y, en lengua castellana, por Álvarez Rodríguez, Villán Durán y Faleh Pérez, entre muchos otros³. En este sentido, es difícil

¹ Dicha “revisión” se llevó a cabo por la autora, tras los primeros diez años de vigencia de la Convención, en el estudio *La protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios en el marco de la ONU: ¿un intento fallido de regulación universal?*, en J.L. GIL Y GIL (dir.), *Migraciones internacionales e impacto de la crisis económica: compromisos de la OIT*, Juruá, 2013, pp. 11-51.

² La Convención se adoptó en la Resolución 45/158 de la Asamblea General de la ONU, de 18 de diciembre de 1990, y entró en vigor el 1º de julio de 2003. En el momento de redacción de estas líneas, han ratificado la Convención 58 Estados. Los últimos en comprometerse han sido Chad y Malawi, que depositaron sus instrumentos de ratificación, respectivamente, el 22 de febrero de 2022 y el 23 de septiembre de 2022.

³ *Vid.*, para una información más detallada, ACNUDH, [La Convención internacional sobre los trabajadores migratorios y su Comité](#), Folleto Informativo, 2006, n. 24 (Rev. 1); R. CHOLEWINSKI, *Migrant Workers in International Human Rights Law. Their Protection in Countries of Employment*, Oxford University Press, 1997, pp. 137-204; P. DE GUCHTENEIRE, A. PÉCOUD, R. CHOLEWINSKI (eds.), *Migration and Human Rights. The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*, Cambridge University Press, 2009; *International Migration Review*, 1991, vol. 25, n. 4, U.N. *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families*, y *Hommes & Migrations*, 2008, n. 1271, *La Convention des Nations Unies sur les droits des travailleurs migrants. Enjeux et perspectives*, dedicados especialmente al análisis de la Convención. Entre otras cuestiones, una serie de estudios del citado número monográfico de *Hommes & Migrations* plantean el problema del desacuerdo entre el enfoque de la Convención y de la política de la UE en materia de inmigración. Véase, en particular, P. DE GUCHTENEIRE, A. PÉCOUD, *La Convention des Nations Unies sur les droits des travailleurs migrants. Enjeux et Perspectives*; G. BATTISTELLA, *La naissance d'une Convention. Les difficiles relations entre migrations et droits de l'homme*, P.A. TARAN, *La Convention, symbole d'une approche alternative des migrations internationales*, H. OGER, *Les obstacles à la ratification de la Convention en France. Un refus politique au nom de l'Europe*, y E. MACDONALD, R. CHOLEWINSKI, *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 A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, [Convenio de Naciones Unidas sobre la protección de](#)

descubrir e incorporar algo radicalmente novedoso. Más bien, en términos de Foucault, se propone emprender el “retorno” o, mejor dicho, llevar a cabo la “reactualización”⁴ del tema en el nuevo contexto que proporcionan la crisis sanitaria, económica y social sin precedentes, provocada por la pandemia Covid-19⁵, y el conflicto armado en el territorio de Ucrania⁶. Por lo que respecta a la llegada de millones de refugiados a los países de la UE, es importante tener en cuenta que la ICRMW no se aplica 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).

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.

los trabajadores migrantes, de 18 de diciembre de 1990, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1992, n. 2; A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Contenido jurídico de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990*, en *Migraciones*, 1999, n. 5; A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *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*, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2003, n. 2; C. VILLÁN DURÁN, C. FALEH PÉREZ, *España ante la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 2022, n. 1.

⁴ La idea de “reactualización” como opción metodológica se inspira en un pasaje de la célebre conferencia de Foucault, titulada *Qu’est-ce qu’un auteur?* (en *Bulletin de la Société Française de Philosophie*, 1969, n. 3) y pronunciada el 22 de febrero de 1969 en la Sociedad Francesa de Filosofía. «On comprend par là qu’on rencontre, comme une nécessité inévitable dans de telles discursivités, l’exigence d’un “retour à l’origine”. [Ici encore, il faut distinguer ces “retours à...” des phénomènes de “redécouverte” et de “réactualisation” qui se produisent fréquemment dans les sciences. [...] Par “réactualisation”, j’entendrai [...] la réinsertion d’un discours dans un domaine de généralisation, d’application ou de transformation qui est pour lui nouveau. [...]]]» ([versión on-line](#)).

⁵ *Vid.* sobre la utilización del término “pandemia” P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, *Las epidemias, las pandemias y el Derecho internacional: a propósito de la Resolución del IDI de septiembre de 2021*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 2022, n. 1, p. 16 ss.

⁶ 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).

2. La Convención sobre los trabajadores migratorios en el sistema internacional universal

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 ámbito⁷. 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 de los derechos de diferentes colectivos, a veces referidos como colectivos vulnerables (las mujeres, los niños y, más recientemente, las personas con discapacidad)⁸.

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»⁹. Y es evidente que, después del arduo debate sobre los derechos humanos en la Conferencia Mundial de Viena de 1993¹⁰, el tema ha perdido paulatinamente su fuerza 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 Organización¹¹.

⁷ Véase más información al respecto en ACNUDH, *Instrumentos jurídicos*, en www.ohchr.org, 16 marzo 2022.

⁸ 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, *Tratados Internacionales de Derechos Humanos*, en acnudh.org, 26 julio 2019.

⁹ G. BATTISTELLA, *op. cit.*, p. 29.

¹⁰ Véase la *Declaración y Programa de Acción* de la Conferencia, 12 julio 1993, A/CONF.157/23.

¹¹ Por un lado, la ONU se perfila como una organización internacional universal única

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 que 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 materia¹². 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 Asamblea General 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 1985¹³. No obstante, en la misma fecha, la Asamblea General aprobó la Resolución *Medidas para Mejorar la Situación y Garantizar el Respeto de los Derechos Humanos y la Dignidad de Todos los Trabajadores Migratorios*¹⁴. Este hecho indica que la supuesta división de tareas ya no resultaba actual, en especial desde el comienzo de los trabajos preparatorios sobre la Convención¹⁵.

El comienzo del proceso de codificación se caracterizaba por la oposición entre los países desarrollados y los países en desarrollo¹⁶. Los primeros abogaron por la OIT como foro de elaboración del instrumento. También

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. Vid. P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, *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, p. 86.

¹² Cfr. M. HASENAU, *ILO Standards on Migrant Workers: The Fundamentals of the UN Convention and Their Genesis*, en *International Migration Review*, 1991, vol. 25, n. 4, p. 693; R. CHOLEWINSKI, *op. cit.*, p. 138. Al respecto, cabe recordar que la OIT se convirtió en el 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 Asamblea General de la ONU y el 2 de octubre de 1946 por la Conferencia General de la OIT. Por lo tanto, el Acuerdo entró en vigor el 14 de diciembre de 1946.

¹³ Vid. el documento [A/RES/40/144](#). Las resoluciones de la Asamblea General están disponibles en www.un.org/es/library, sección [Resoluciones de la Asamblea General](#).

¹⁴ [A/RES/40/130](#).

¹⁵ En su Resolución [A/RES/34/172](#), de 17 de diciembre de 1979, la Asamblea General decidió crear el Grupo de trabajo para la elaboración de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos trabajadores migratorios y de sus familiares.

¹⁶ Cfr. R. BÖHNING, *The ILO and the New UN Convention on Migrant Workers: The Past and Future*, en *International Migration Review*, 1991, vol. 25, n. 4, pp. 700-701; R. CHOLEWINSKI, *op. cit.*, pp. 141-142.

la OIT reclamó su competencia en la materia¹⁷. 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 el rechazo del Convenio C143 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 C143 podría obstaculizar las remesas de los trabajadores en situación irregular, que ya 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 Estados¹⁸.

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 empresarios¹⁹. En el caso de los países en desarrollo, la voz de estos colectivos difícilmente podía escucharse. Además, la mayoría de los votos de este grupo de Estados en la ONU no

¹⁷ «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, GB.212/IO/1/8, p. 5, § 17).

¹⁸ En este contexto, valga citar el compromiso, en virtud del art. 6 del Convenio C143, 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». «Para los países en desarrollo en particular, las remesas representan una proporción significativa de los flujos financieros globales, siendo significativamente más importantes que la asistencia oficial para el desarrollo y que los flujos de mercado de capital; y representan más de la mitad de la inversión extranjera directa» (UNESCO, *op. cit.*, p. 27). Es significativo que, en 2007, el flujo de remesas hacia los países en desarrollo, registrado oficialmente, superaba en cuatro veces el volumen de la ayuda oficial para el desarrollo. En particular, las remesas constituyen un porcentaje elevado del PIB en muchos países, como, por ejemplo, en Moldavia, un 45%, y en Tayikistán, un 38% (*vid.* J. KLUGMAN (dir.), *Informe sobre Desarrollo Humano 2009. Superando barreras: Movilidad y desarrollo humanos*, PNUD, 2009, pp. 83 y 87). También es cierto que, con la crisis económica, se ha reducido notablemente su envío (*vid.* I. AWAD, *The global economic crisis and migrant workers: Impact and response*, ILO, 2009, pp. 31-36).

¹⁹ *Vid.* J.L. GIL Y GIL, T. USHAKOVA, *Le dialogue social sur le mode de l'OIT: consolidation et promotion du tripartisme*, 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 T. USHAKOVA, *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, 2017.

estaba asegurada en la OIT. Sin embargo, con carácter objetivo, el ámbito competencial de la OIT se limita a los derechos en el trabajo²⁰. Por otro lado, el bajo número de ratificaciones del Convenio C143, incluso entre los países desarrollados, demuestra que la ONU ofrece un marco más apropiado para elaborar una Convención con el 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 derechos 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 C097 relativo a los trabajadores migrantes, el Convenio C143 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes, la Recomendación R086 sobre los trabajadores migrantes, la Recomendación R151 sobre los trabajadores migrantes, el Convenio C029 relativo al trabajo forzoso u obligatorio y el Convenio C105 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

²⁰ 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, P. ALSTON, *Facing Up to the Complexities of the ILO's Core Labour Standards Agenda*, en *The European Journal of International Law*, 2005, vol. 16, n. 3, p. 470, afirma: «The role played by the ILO in influencing labour rights policies in various contexts is a matter of contention among the various analyses. I suggested that, under the new regime, the ILO “remains only nominally at centre stage”. But in Langille’s view, the ILO has never been “at centre stage” in any meaningful sense, and indeed the very idea “that there is a centre stage and that it is located in Geneva” is a bad one».

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 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 migrantes. 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 internacional²¹. 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 el bajo número de Estados parte. Todos los demás tratados de la ONU en materia de derechos humanos cuentan con más de cien, en el supuesto de los tratados más recientes, y cerca de doscientas ratificaciones, en el caso de los más antiguos. Además, si nos fijamos en los países que han ratificado la Convención, se trata de Estados de África y América Latina y, en menor medida, Asia. 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, los EE.UU., China o Rusia.

3. El polémico catálogo de derechos

La Convención representa la expresión normativa del enfoque basado en los derechos en materia migratoria, planteamiento que promociona en los últimos años la OIT y la misma ONU, mediante declaraciones e

²¹ 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.

instrumentos de carácter programático e informativo²². ¿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 migratoria²³, 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 salvaguardia de 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:

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.

Según la 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 familiares²⁴. Sin embargo, los debates en el proceso de adopción de la Convención esclarecen las posturas opuestas sobre el art. 79. Por un lado, los EE.UU. defendió la existencia de un principio firmemente establecido de soberanía de los Estados en sus respectivas políticas migratorias²⁵. Por otro, Suecia indicó la poca conveniencia de una disposición que pudiese mermar la obligación de todos los Estados de respetar los derechos humanos

²² Cabe hacer referencia a tales documentos 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 Resolución A/RES/71/1; el Pacto Mundial sobre los Refugiados de 2018, con Resolución A/RES/73/151, que confirma el Pacto tal y como figura en la Resolución A/RES/73/12 (Parte II), y el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular de 2018, con Resolución A/RES/73/195. Véase S. MORGADES GIL, *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*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 2022, n. 1, p. 26 ss.

²³ Véase C. PÉREZ GONZÁLEZ, *Las competencias del Estado sobre las personas*, en M. MARIÑO MENÉNDEZ (ed.), *Instrumentos y regímenes de Cooperación Internacional*, Trotta, 2012, pp. 25-27.

²⁴ R. CHOLEWINSKI, *op. cit.*, pp. 192-193.

²⁵ *Vid.* el *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*, 20 junio 1988, A/C.3/43/1, § 13.

fundamentales²⁶.

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 UE. 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 inclusivo²⁷. La ICRMW resalta el dinamismo del 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 quedar fuera del ámbito de aplicación de los instrumentos internacionales: los trabajadores de temporada, los trabajadores fronterizos o los trabajadores por cuenta propia²⁸. Además, la protección se extiende a los migrantes en situación

²⁶ *Ibidem*, § 20.

²⁷ Véase sobre la noción de “trabajador migrante” en el plano internacional T. USHAKOVA, *Los grandes retos de la migración altamente cualificada: las perspectivas internacional y europea*, en *Relaciones Laborales*, 2011, n. 22, pp. 103-105.

²⁸ 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.b establece que se entenderá

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 vulnerable²⁹. En la esfera de regulación entran, también, los familiares de los trabajadores migratorios, a saber, las personas casadas con los trabajadores o con una relación que, de acuerdo con las leyes vigentes, tenga efectos equivalentes al matrimonio, y los hijos a cargo y otras personas a cargo que sean reconocidas como familiares por la legislación en vigor.

El punto más polémico de la Convención es su pretensión ambiciosa de protección de 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 que, dicho sea de paso, 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. 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

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.

²⁹ Cfr. S. HUNE, *Drafting an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, en *International Migration Review*, 1985, vol. 19, n. 3, p. 573; V. CHETAIL, *International Migration Law*, Oxford University Press, 2019, p. 221.

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. El representante alemán calificó 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 laborales³⁰. Por su parte, la delegación de Austria formuló la reserva en cuanto al art. 25.3, fundamentándola en la legislación nacional que no permitía al trabajador sin la autorización de trabajo presentar reclamaciones relacionadas con el despido o la terminación del empleo³¹.

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 corresponderle³².

³⁰ Vid. el [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, A/C.3/42/1, § 196. No obstante, la disposición contó con el apoyo de las delegaciones de Finlandia, India, Italia, Holanda y la antigua Unión Soviética (*ibidem*, § 197).

³¹ *Ibidem*, § 208.

³² 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 ET (RDL 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 2º). 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 4º.2). La tesis de un despido objetivo se confirma en la doctrina jurídica española. Véase, al respecto, A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 2022, p. 653, y E. ROJO TORRECILLA, [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](#), en www.eduardorjotorrecilla.es, 5 febrero 2017. 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

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 irregular³³. 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 e indica 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 básicas.

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 los EE.UU. En la versión anterior a la adoptada en el texto, la fórmula referida a la atención «que resulte necesaria para

extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por LO 2/2009, aprobado por el RD 557/2011, de 20 de abril.

³³ De hecho, como comenta R. CHOLEWINSKI, *op. cit.*, p. 166, en el transcurso del debate sobre el proyecto del artículo, algunos Estados (Alemania e Italia) sugirieron trasladar este artículo a la Parte IV de la Convención, que se refiere a los derechos de los trabajadores migratorios en situación regular.

preservar su vida o para daños irreparables» tenía un alcance más amplio y aludía a la «reparación de la salud»³⁴.

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 sanitaria³⁵. 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»³⁶, agudizada por un entorno adverso.

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

³⁴ *Measures to Improve the Situation and Ensure the Human Rights and Dignity of All Migrant Workers*, 11 junio 1982, A/C.3/37/1, 11 junio 1982, § 32.

³⁵ *Vid.* el 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.

³⁶ Se hace referencia a la siguiente observación de C. THOMAS, *Convergences and Divergences in International Legal Norms on Migrant Labor*, en *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2011, vol. 32, n. 2, 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».

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.

4. Los mecanismos de control y de protección

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

Convención³⁷.

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)³⁸. 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 a la representación de los principales sistemas jurídicos (art. 72.2.a). La independencia 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)³⁹.

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 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 2021⁴⁰. Dichas interpretaciones del contenido de la Convención tienen que ser respetadas y seguidas de buena fe por los Estados parte⁴¹.

³⁷ Vid. sobre el Comité C. EDELENBOS, *Committee on Migrant Workers and implementation of the ICRMW*, en P. DE GUCHTENEIRE, A. PÉCOUD, R. CHOLEWINSKI (eds.), *op. cit.*; C. VILLÁN DURÁN, C. FALEH PÉREZ, *op. cit.*, p. 71 ss.

³⁸ «As of 1 January 2010, the Committee on Migrant Workers is currently composed of 14 independent experts» (*Membership of the Committee*, en www.ohchr.org, 12 octubre 2022). Véase más información sobre el Comité en la [página dedicada a su composición](#).

³⁹ Documento CMW/C/2, distribuido el 8 de febrero de 2019.

⁴⁰ Véase los textos de las observaciones generales en el [UN Treaty Body Database](#).

⁴¹ Vid. C. VILLÁN DURÁN, C. FALEH PÉREZ, *op. cit.*, p. 73.

La ratificación de la Convención implica la aplicación automática de la obligación de presentar los informes periódicos⁴². 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 interponer 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 interestatales⁴³. Las comunicaciones presentadas conforme a este artículo solo se podrán recibir y examinar si las presenta 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. 77⁴⁴. 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

⁴² 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».

⁴³ 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.

⁴⁴ 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.

las comunicaciones no encuentra el apoyo necesario, ni siquiera entre los Estados que han ratificado la Convención.

Cabe añadir que algunos Estados parte se han opuesto al procedimiento de solución de controversias con respecto a la interpretación o la aplicación de la Convención, previsto en el art. 92.1⁴⁵. Dicha disposición insta a someter a arbitraje, a petición de una de las Partes, toda controversia que no se solucione mediante negociación y, si en plazo de diez meses desde la fecha de presentación, las Partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la organización del arbitraje, cualquier de ellas podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia.

En suma, el breve análisis de los mecanismos de control permite afirmar 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.

5. Consideraciones finales

La Convención ONU de 1990 tiene que recordarse y “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 pandemia⁴⁶. Su marca

⁴⁵ 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.

⁴⁶ 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 aun 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».

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 válida 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.

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 Convención. 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 ICRMW⁴⁷. Además, en una época de la 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 misma⁴⁸.

⁴⁷ 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, A. SIRONI, *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; V. CHETAIL, *op. cit.*, p. 240.

⁴⁸ K. KOSER, *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*, cit., pp. 3-4, se sugiere «promover la

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.

El temor de la UE frente a los flujos migratorios justifica su postura, pero no acaba de convencer. Se observa un claro divorcio entre el discurso político de lucha contra la migración irregular y la práctica de una contratación informal de trabajadores sin derechos, o la reafirmación de un enfoque basado en los derechos, pero en virtud de un compromiso no vinculante.

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, el nivel de protección nacional resulta más alto, y 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. Pero sí cumple con una función fundamental en las sociedades modernas: impide que la regulación nacional rebaje el nivel de protección establecido internacionalmente.

6. Bibliografía

AA.VV. (2005), *Los servicios públicos de empleo*, en C. MOLINA NAVARRETE (coord.), *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos*, Mergablum

ACNUDH (2022), *Instrumentos jurídicos*, en www.ohchr.org, 16 marzo

ACNUDH (2019), *Tratados Internacionales de Derechos Humanos*, en acnudh.org, 26 julio

regularización de los 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».

- ACNUDH (2006), *La Convención internacional sobre los trabajadores migratorios y su Comité*, Folleto Informativo, n. 24 (Rev. 1)
- ALSTON P. (2005), *Facing Up to the Complexities of the ILO's Core Labour Standards Agenda*, en *The European Journal of International Law*, vol. 16, n. 3, 467-480
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ A. (2003), *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*, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n. 2, pp. 9-51
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ A. (1999), *Contenido jurídico de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990*, en *Migraciones*, n. 5, pp. 121-160
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ A. (1992), *Convenio de Naciones Unidas sobre la protección de los trabajadores migrantes, de 18 de diciembre de 1990*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, n. 2, pp. 711-713
- ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA P. (2022), *Las epidemias, las pandemias y el Derecho internacional: a propósito de la Resolución del IDI de septiembre de 2021*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, n. 1, pp. 15-23
- ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA P. (2010), *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
- AWAD I. (2009), *The global economic crisis and migrant workers: Impact and response*, ILO
- BATTISTELLA G. (2008), *La naissance d'une Convention. Les difficiles relations entre migrations et droits de l'homme*, en *Hommes & Migrations*, n. 1271, pp. 20-30
- BÖHNING R. (1991), *The ILO and the New UN Convention on Migrant Workers: The Past and Future*, en *International Migration Review*, vol. 25, n. 4, pp. 698-709
- CHETAIL V. (2019), *International Migration Law*, Oxford University Press
- CHOLEWINSKI R. (1997), *Migrant Workers in International Human Rights Law. Their Protection in Countries of Employment*, Oxford University Press
- DE GUCHTENEIRE P., PECOUD A. (2008), *La Convention des Nations Unies sur les droits des travailleurs migrants. Enjeux et Perspectives*, en *Hommes & Migrations*, n. 1271, pp. 6-19
- DE GUCHTENEIRE P., PECOUD A., CHOLEWINSKI R. (eds.) (2009), *Migration and Human Rights. The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*, Cambridge University Press
- EDELENBOS C. (2009), *Committee on Migrant Workers and implementation of the ICRMW*, en P. DE GUCHTENEIRE, A. PÉCOUD, R. CHOLEWINSKI (eds.), *Migration and Human Rights. The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*, Cambridge University Press

- FOUCAULT M. (1969), *Qu'est-ce qu'un auteur?*, en *Bulletin de la Société Française de Philosophie*, 1969, n. 3, pp. 73-104
- GIL Y GIL J.L. (dir.) (2017), *España y la OIT: 100 años de diálogo en un mundo cambiante*, Cinca
- GIL Y GIL J.L. (dir.) (2013), *Migraciones internacionales e impacto de la crisis económica: compromisos de la OIT*, Juruá
- GIL Y GIL J.L., USHAKOVA T. (2007), *Le dialogue social sur le mode de l'OIT: consolidation et promotion du tripartisme*, P. MARTIN (dir.), *Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe*, Presses Universitaires de Bordeaux
- HASENAU M. (1991), *ILO Standards on Migrant Workers: The Fundamentals of the UN Convention and Their Genesis*, en *International Migration Review*, vol. 25, n. 4, pp. 687-697
- HUNE S. (1985), *Drafting an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*, en *International Migration Review*, vol. 19, n. 3, pp. 570-615
- KLUGMAN J. (dir.) (2009), [Informe sobre Desarrollo Humano 2009. Superando barreras: Movilidad y desarrollo humanos](#), PNUD
- KOSER K. (2016), *International Migration. A very Short Introduction*, Oxford University Press
- MACDONALD E., CHOLEWINSKI R. (2008), *L'Union européenne face à la Convention sur les travailleurs migrants*, en *Hommes & Migrations*, n. 1271, pp. 54-64
- MARIÑO MENÉNDEZ M. (ed.) (2012), *Instrumentos y regímenes de Cooperación Internacional*, Trotta
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES J. (coord.) (2010), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Iustel
- MOLINA NAVARRETE C. (coord.) (2005), *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos*, Mergablum
- MONTOYA MELGAR A. (2022), *Derecho del Trabajo*, Tecnos
- MORGADES GIL S. (2022), *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*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, n. 1, pp. 25-45
- OGER H. (2008), *Les obstacles à la ratification de la Convention en France. Un refus politique au nom de l'Europe*, en *Hommes & Migrations*, n. 1271, pp. 42-52
- OIT (2022), [El impacto de la crisis de Ucrania en el mundo del trabajo: evaluación inicial](#), Nota Informativa OIT, 11 mayo
- OIT (2019), [Principios generales y directrices para la contratación equitativa. Definición de las comisiones de contratación y los gastos conexos](#)

OIT (2013), *Migración laboral internacional. Un enfoque basado en derechos*

OIT (2006), *Marco Multilateral para las Migraciones Laborales*

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

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](#), en www.eduardorojotorrecilla.es, 5 febrero

TARAN P.A. (2008), *La Convention, symbole d'une approche alternative des migrations internationales*, en *Hommes & Migrations*, n. 1271, pp. 32-41

THOMAS C. (2011), [Convergences and Divergences in International Legal Norms on Migrant Labor](#), en *Comparative Labor Law and Policy Journal*, vol. 32, n. 2, pp. 405-441

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

UNESCO (2005), [La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Migrantes](#)

USHAKOVA T. (2017), *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

USHAKOVA T. (2013), *La protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios en el marco de la ONU: ¿un intento fallido de regulación universal?*, en J.L. GIL Y GIL (dir.), *Migraciones internacionales e impacto de la crisis económica: compromisos de la OIT*, Juruá

USHAKOVA T. (2011), *Los grandes retos de la migración altamente cualificada: las perspectivas internacional y europea*, en *Relaciones Laborales*, n. 22, pp. 93-123

VILLÁN DURÁN C., FALEH PÉREZ C. (2022), *España ante la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, n. 1, pp. 65-80

Páginas web

Comité de Trabajadores Migrantes: <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/cmw>

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”, construyendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y de trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternational.it.

