

VI. EL DERECHO A TRABAJAR Y EL DERECHO A CONDICIONES DE TRABAJO EQUITATIVAS Y SATISFACTORIAS

Contenido y componentes específicos

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que “los Estados Partes [...] reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho” (art. 6.1).

También se reconoce en el Pacto “el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: [...] un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie [...]; condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias [...]; la seguridad y la higiene en el trabajo; igual oportunidad para todos de ser promovidos dentro de su trabajo [...]; el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas [...]” (art. 7).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha dejado en claro que el derecho a trabajar no significa “un derecho absoluto e incondicional a obtener empleo”. Lo que significa es que toda persona puede elegir o aceptar trabajo libremente, sin “ser obligado de alguna manera a ejercer o efectuar un trabajo”, que nadie puede “ser privado injustamente de empleo” y que las personas tienen “el derecho de acceso a un sistema de protección” que garantice el acceso al empleo^o.

Los conceptos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad hacen posible definir más claramente las obligaciones de los Estados respecto del derecho a trabajar. La *disponibilidad* exige al Estado que proporcione servicios especializados para ayudar a las personas a encontrar empleo. La *accesibilidad* exige al Estado que vele por que su mercado de trabajo sea accesible a toda persona que esté bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. La *aceptabilidad* y la *calidad* exigen al Estado que garantice que todas las personas tengan acceso a condiciones de trabajo justas, favorables y seguras.

El Comité indicó que las **obligaciones básicas** en relación con este derecho imponen a los Estados partes el deber de:

- a) Garantizar el derecho de acceso al empleo, en especial por lo que respecta a las personas y grupos desfavorecidos y marginados, de forma que ello les permita llevar una existencia digna.

- b) Evitar las medidas que tengan como resultado el aumento de la discriminación y del trato desigual en los sectores público y privado de las personas y grupos desfavorecidos y marginados o que debiliten los mecanismos de protección de dichas personas y grupos.
- c) Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales de empleo sobre la base de las preocupaciones del conjunto de los trabajadores en el marco de un proceso participativo y transparente que incluya a las organizaciones patronales y los sindicatos. Esta estrategia y plan de acción en materia de empleo deberán prestar atención prioritaria a todas las personas y los grupos desfavorecidos y marginados en particular, e incluir indicadores y criterios mediante los cuales puedan medirse y revisarse periódicamente los avances conseguidos en relación con el derecho al trabajo.

ª Observación general N° 18 (2005) sobre el derecho al trabajo, párr. 6.

A. Obstáculos jurídicos y prácticos que impiden a los migrantes en situación irregular disfrutar del derecho a trabajar y del derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias

Normalmente los migrantes en situación irregular no tienen permitido trabajar. En la práctica, sin embargo, muchos están empleados de forma irregular, sobre todo en la economía informal. Algunos de ellos incluso declaran su trabajo y pagan impuestos¹⁷³. La mayoría se encuentra en una situación de extrema vulnerabilidad. Corren un alto riesgo de ser explotados, con frecuencia trabajan en condiciones difíciles y a veces inhumanas y reciben salarios bajos en comparación con los nacionales o los migrantes en situación regular que realizan el mismo trabajo. En una de las muchas sendas que conducen a la situación irregular, los agentes de contratación pueden exigir a los migrantes que firmen contratos

¹⁷³ Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Fundamental Rights of Migrants in an Irregular Situation*, págs. 47 y 48. El informe menciona la legislación de Luxemburgo sobre los extranjeros, que exige a los empleadores que paguen sus salarios a los trabajadores indocumentados, así como una contribución social. Véase también Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Migrants in an Irregular Situation Employed in Domestic Work: Fundamental Rights Challenges for the European Union and its Member States* (Luxemburgo, 2011), pág. 22.

fraudulentos, o darles información falsa en el proceso de contratación. La legislación puede impedir a los migrantes cambiar de puesto de trabajo y puede atarlos a un único empleador. Para escapar de condiciones abusivas una vez en el país de empleo, los migrantes pueden verse obligados a pasar a una situación irregular.

Los trabajadores migratorios en todo el mundo, en especial los que están en situación irregular, sufren numerosas formas de explotación. Los sectores en que trabajan muchos de ellos, como la construcción, la agricultura, la elaboración de alimentos y la pesca o las labores domésticas y el cuidado de personas, pueden carecer de regulación y protección. Los migrantes en situación irregular son particularmente vulnerables al trabajo forzoso y la servidumbre, sobre todo la servidumbre por deudas. La Organización Internacional del Trabajo calcula que en todo el mundo están sometidos al trabajo forzoso 20,9 millones de personas, incluidos trabajadores migratorios¹⁷⁴. Los empleadores pueden pagar por debajo del salario mínimo o imponer deducciones excesivas, o bien obligar a los trabajadores migratorios a trabajar durante largas jornadas. En todos los sectores, los trabajadores migratorios en situación irregular pueden estar sujetos en el lugar de trabajo a malos tratos físicos y psicológicos que pueden llegar hasta el abuso sexual y la violencia de género.

Además, es posible que no puedan reclamar si los empleadores retienen su remuneración y que no tengan acceso a vías de recurso en caso de despido improcedente¹⁷⁵. En general les resulta difícil hacer valer sus derechos o pedir reparación por los abusos porque se encuentran en situación irregular, por lo que normalmente temen ser detenidos y

¹⁷⁴ "Trabajo forzoso" es la expresión utilizada por la comunidad internacional para referirse a las situaciones en las que las personas afectadas —mujeres y hombres, niñas y niños— son obligadas a trabajar en contra de su voluntad, coaccionadas por sus patronos o empleadores, por ejemplo mediante violencia o amenazas de violencia, o por medios más sutiles como la acumulación de sumas adeudadas, la retención de los documentos de identidad o la amenaza de denuncia a las autoridades de inmigración". OIT, "Estimación mundial sobre el trabajo forzoso 2012: Resumen ejecutivo".

¹⁷⁵ Véase A/HRC/17/33/Add.3, párr. 70. Véase también Haina Lu, "The personal application on the right to work in the age of migration", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 26, N° 1 (2008), pág. 68.

expulsados. Asimismo pueden enfrentar discriminación y otros obstáculos en relación con el acceso a la justicia y la posibilidad de utilizar vías de recurso.

Los trabajadores migratorios en situación irregular también están expuestos con frecuencia a condiciones de trabajo peligrosas; en general, varios estudios han demostrado que las tasas de accidentes laborales son más altas para los migrantes que para los nacionales. En 2011 la Oficina de Empleo en el Extranjero de Sri Lanka recibió 9.994 quejas de trabajadores migratorios en el extranjero, de las que 2.992 se referían a casos de enfermedad o de hostigamiento; en el mismo período se registró el fallecimiento de 302 trabajadores migratorios de Sri Lanka¹⁷⁶. Un estudio realizado en Austria determinó que aproximadamente el 30% de los trabajadores migratorios consideraban que estaban expuestos a un alto riesgo de accidentes y lesiones en el lugar de trabajo, frente al 13% de los nacionales austríacos¹⁷⁷.

Los migrantes en situación irregular con frecuencia no pueden demostrar que se encuentran en una relación laboral porque no tienen contrato o carecen de pruebas sobre el número de horas que han trabajado¹⁷⁸. En ese contexto, muchos tienen dificultades para ejercer su derecho a la indemnización por los salarios retenidos y son más vulnerables a los empleadores que retienen los salarios.

Además, los migrantes en situación irregular a menudo no logran obtener indemnización por los accidentes o las lesiones de trabajo. En Tailandia, la Ley de Indemnización de los Trabajadores de 1994 les impide recibir una indemnización porque se exige un permiso de trabajo estándar o un pasaporte que demuestre la entrada legal en el país para tener derecho

¹⁷⁶ Oficina de Empleo en el Extranjero de Sri Lanka, *Annual Statistical Report of Foreign Employment: 2011*.

¹⁷⁷ Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo, "Employment and working conditions of migrant workers", 2007.

¹⁷⁸ Véase, por ejemplo, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Fundamental Rights of Migrants in an Irregular Situation*, pág. 50.

a las prestaciones del Fondo de Indemnización de los Trabajadores¹⁷⁹. En algunos países europeos los migrantes en situación irregular no parecen tener derecho alguno a reclamar una indemnización por los accidentes de trabajo¹⁸⁰. Incluso cuando tienen ese derecho, puede ser difícil que presenten una reclamación porque tienen miedo a ser denunciados o no pueden demostrar la relación laboral o aportar testigos¹⁸¹.

Los niños migrantes son especialmente vulnerables a las condiciones de trabajo peligrosas. En relación con Tailandia, el Comité de los Derechos del Niño ha observado que los hijos de los trabajadores migratorios a menudo viven en condiciones de pobreza y muchos de ellos trabajan largas horas en condiciones peligrosas¹⁸². El Comité sobre los Trabajadores Migratorios expresó preocupaciones similares sobre los niños migrantes que trabajan en las plantaciones bananeras del Ecuador¹⁸³. La Comisión de Expertos de la OIT en Aplicación de Convenios y Recomendaciones señaló, respecto de la aplicación por Albania del Convenio sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación (Nº 182), que los niños migrantes no acompañados se veían expuestos muchas veces a graves riesgos, en particular de malos tratos, abusos físicos y sexuales y una serie de actividades ilícitas¹⁸⁴.

El Comité sobre los Trabajadores Migratorios señaló en su observación general Nº 1 (2011) que los trabajadores domésticos están particularmente expuestos a la explotación y a condiciones de trabajo equivalentes a la esclavitud. Subrayó que la vulnerabilidad de los trabajadores domésticos deriva principalmente de su situación de aislamiento y dependencia, que puede caracterizarse por los elementos siguientes:

¹⁷⁹ Human Rights Watch, *From the Tiger to the Crocodile: Abuse of Migrant Workers in Thailand* (Nueva York, 2010), pág. 73.

¹⁸⁰ Estonia, por ejemplo, en Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Fundamental Rights of Migrants in an Irregular Situation*, pág. 51.

¹⁸¹ *Ibid.*, pág. 52.

¹⁸² CRC/C/THA/CO/3-4, párrs. 72 y 73.

¹⁸³ CMW/C/ECU/CO/1, párr. 30.

¹⁸⁴ Observación sobre Albania, aprobada en 2008. Véase también, en relación con el Convenio Nº 182, la solicitud directa de la Comisión a Kuwait aprobada en 2012.

el aislamiento que representa la vida en un país extranjero, en el que a menudo se habla un idioma distinto, lejos de la familia; la falta de sistemas de apoyo básico y el desconocimiento de la cultura y la legislación nacional en materia de trabajo y migración; y la dependencia del migrante respecto del empleo y del empleador a causa de las deudas contraídas para migrar, su estatuto jurídico, las prácticas de los empleadores que restringen su libertad para abandonar el lugar de trabajo, el simple hecho de que su lugar de trabajo es también a veces su único alojamiento y la dependencia de los familiares que dejaron en su país de origen de las remesas enviadas por el migrante (párr. 7).

El Comité agregó que su vulnerabilidad se ve agravada si están en situación irregular, especialmente porque suelen correr el riesgo de expulsión si se ponen en contacto con las autoridades para solicitar protección frente a los abusos de un empleador.

B. Marco jurídico y normativo: el derecho a trabajar y el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias de los migrantes en situación irregular

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (art. 25) establece que los trabajadores migratorios gozarán de un trato igual al de los nacionales en lo tocante a remuneración, 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”. Los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de sus “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”. Será ilegal menoscabar el principio de igualdad, incluso en los contratos privados.

La protección de todos los trabajadores contra la explotación y los abusos constituye uno de los componentes fundamentales de los derechos humanos relacionados con el trabajo, especialmente en situaciones de vulnerabilidad y de un gran desequilibrio de poder entre los trabajadores y los empleadores. El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional del trabajo convergen en este asunto¹⁸⁵. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales puso de relieve en su observación general N° 18 (2005) que “el derecho al trabajo es esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana”, y que contribuye a la supervivencia del individuo y de su familia y a la plena realización del individuo y a su reconocimiento en el seno de la comunidad (párr. 1). Por lo tanto, el Comité confirmó que el término “trabajo” debía entenderse como “trabajo digno”, que implica respeto por “los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de seguridad laboral y remuneración”. El Consejo de Administración de la OIT ha indicado ocho Convenios de la OIT que son fundamentales para los derechos de las personas en el trabajo y, por lo tanto, son aplicables a todos los trabajadores¹⁸⁶.

Así, los principios de no discriminación e igualdad de trato han sido reconocidos por los marcos internacionales de derechos humanos y de

¹⁸⁵ E/2010/89, párr. 51.

¹⁸⁶ Se trata de los Convenios de la OIT N°s 29, 87, 98, 100, 105, 111, 138 y 182 sobre la libertad de asociación y de negociación colectiva, el trabajo infantil, el trabajo forzoso y obligatorio y la discriminación en materia de empleo y ocupación. Además, la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998 incluye la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación y la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva. Por otro lado, los Convenios N°s 97 y 143 de la OIT son aplicables específicamente a los trabajadores migrantes. Es preciso señalar que ambos prevén limitaciones en relación con los trabajadores migrantes en situación irregular: el Convenio N° 97 establece la igualdad de trato respecto de cuestiones como la remuneración y la seguridad social solo para los migrantes que se encuentren legalmente en el territorio (art. 6) y el Convenio N° 143 solo reconoce que el migrante en situación irregular deberá “disfrutar, tanto él como su familia, de igualdad de trato en lo concerniente a los derechos derivados de empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad social y otros beneficios” (art. 9).

derechos laborales como principios fundamentales en relación con los derechos de los migrantes en situación irregular.

En la Provincia china de Taiwán se prohíbe a los empleadores retener los documentos de identidad de los trabajadores migrantes, tales como pasaportes o permisos de residencia. Tampoco pueden retener su remuneración u otros bienes, causarles daños corporales o violar cualquier otro de los demás derechos de dichos trabajadores. A los empleadores que cometan dichos actos podrá prohibírseles emplear a trabajadores migrantes.

Fuente: OIT, Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales: Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos (Ginebra, 2007), anexo II, párr. 80.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su observación general N° 18 (2005), también afirmó que:

El principio de la no discriminación, según figura consagrado en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto y en el artículo 7 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, debe aplicarse en relación con las oportunidades de empleo de trabajadores migratorios y sus familias (párr. 18).

En los Estados Unidos, la legislación nacional del trabajo y del empleo (por ejemplo, sobre remuneración y horas de trabajo, trabajo infantil, seguridad y salud, actividad sindical y discriminación en el empleo) abarca a todos los trabajadores migrantes, incluidos los que están en situación irregular. Es ilegal que un empleador tome represalias contra los trabajadores migrantes denunciándolos a las autoridades de migraciones por haber exigido reparación con motivo de la violación de la legislación laboral. El Gobierno ha sancionado a empleadores por esa actuación. Los trabajadores migrantes en situación irregular tienen derecho en las mismas condiciones que los trabajadores nacionales a las reparaciones por el trabajo que ya han realizado.

Fuente: Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales, anexo II, párr. 69.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial sostuvo en su recomendación general N° 30 (2004) que los Estados partes debían adoptar medidas para “eliminar la discriminación contra los no ciudadanos en relación con las condiciones y requisitos laborales, incluidas las normas y prácticas de trabajo con fines o efectos discriminatorios” y para “evitar y resolver los graves problemas con que suelen enfrentarse los trabajadores no ciudadanos” (párrs. 33 y 34). Además, el Comité señaló que, “si bien los Estados partes pueden negarse a ofrecer empleo a los no ciudadanos que no posean un permiso de trabajo, todas las personas deberán poder disfrutar de los derechos laborales y de empleo, incluida la libertad de reunión y sindicación, desde que se inicie hasta que se termine una relación laboral” (párr. 35). El Comité sobre los Trabajadores Migratorios declaró de manera semejante en su observación general N° 2 (2013) que, “aunque los Estados partes pueden denegar a los trabajadores migratorios que carecen de permisos de trabajo el acceso a sus mercados laborales, una vez que se inicia una relación de empleo y hasta que termina, todos los trabajadores migratorios, incluidos aquellos en situación irregular, tienen derecho a las mismas condiciones de trabajo y de empleo que los nacionales” (párr. 62).

En un contexto similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que “el migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo”¹⁸⁷.

En la directiva 89/391/CEE Consejo de las Comunidades Europeas, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo se define “trabajador” como “cualquier persona empleada por un empresario [...]” (art. 3), lo que implica que el ámbito de aplicación no está restringido a los trabajadores nacionales o los trabajadores migratorios en situación regular.

¹⁸⁷ Opinión consultiva OC-18/03 sobre la condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados, párr. 134.

En el contexto específico de los trabajadores migratorios, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha hecho hincapié en que los Estados partes deben idear planes nacionales y adoptar otras medidas pertinentes para respetar y promover la igualdad de trato. Esto reviste especial importancia en el caso de los migrantes en situación irregular. El Comité también ha indicado que los Estados deben adoptar las medidas legislativas y de otra índole necesarias para reducir el número de trabajadores al margen de la economía formal que no disfrutan de la debida protección de la ley. En el mismo orden de ideas, el Marco Multilateral de la OIT para las Migraciones Laborales establece que los Gobiernos deben adoptar medidas para prevenir las prácticas abusivas, el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas, así como la migración irregular de trabajadores. También exhorta a los Gobiernos a que intensifiquen las medidas encaminadas a detectar e identificar prácticas abusivas contra los trabajadores migrantes; brinden acceso a los trabajadores, con independencia de su condición migratoria, a vías de recurso, en particular por incumplimiento de los contratos de trabajo e impago de los salarios; impongan sanciones a los empleadores abusivos; y alienten la eliminación de toda propaganda relativa a las migraciones laborales que pueda inducir a error¹⁸⁸.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoció en su observación general N° 18 (2005) la vulnerabilidad y explotación que suelen ir ligadas al empleo en la economía informal y exhortó a los Estados partes a "adoptar las medidas necesarias, tanto legislativas como de otro tipo, para reducir en la mayor medida posible el número de trabajadores en la economía sumergida, trabajadores que, a resultas de esa situación, carecen de protección. Estas medidas obligarán a los empleadores a respetar la legislación laboral y a declarar a sus empleados, permitiendo

¹⁸⁸ Véanse sus directrices 11.2 a 11.4 y 11.11. El principio 8 afirma que "se deberían promover y proteger los derechos humanos de todos los trabajadores migrantes, con independencia de su situación" y que los derechos humanos aplicables figuran en los ocho Convenios fundamentales de la OIT y en las convenciones pertinentes de las Naciones Unidas sobre derechos humanos. Véase también R. Cholewinski, "The human and labor rights of migrants: visions of equality", *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 22, N° 2 (invierno de 2008), pág. 206.

así a estos últimos disfrutar de todos los derechos de los trabajadores". Ofreciendo una valiosa orientación sobre el modo de garantizar que sean las cuestiones de protección las que dictan las políticas a este respecto, el Comité indicó a los Estados que velaran por que esas medidas reflejaran "el hecho de que las personas que viven en una economía sumergida lo hacen en su mayor parte debido a la necesidad de sobrevivir, antes que como una opción personal" (párr. 10).

En el contexto específico de los niños migrantes que trabajan, el Comité de los Derechos del Niño ha recomendado a los Estados que hagan lo necesario para que en sus políticas y medidas en materia de migración se tengan en cuenta la Convención sobre los Derechos del Niño y los Convenios de la OIT N° 138 sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo, N° 182 sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación y N° 189 sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos. También recomendó a los Estados que consideraran la posibilidad de establecer sistemas de vigilancia y denuncia para detectar y reparar las violaciones de los derechos del niño que tengan lugar en contextos de trabajo, en particular en la economía informal o en situaciones estacionales¹⁸⁹.

Trabajo digno

En su observación general N° 18 (2005), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales definió el trabajo digno como "el trabajo que respeta los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de seguridad laboral y remuneración. También ofrece una renta que permite a los trabajadores vivir y asegurar la vida de sus familias, tal como se subraya en el artículo 7 del Pacto. Estos derechos fundamentales también incluyen el respecto a la integridad física y mental del trabajador en el ejercicio de su empleo" (párr. 7).

Según la OIT, el trabajo decente exige cuatro elementos:

1. **Crear trabajo** — una economía que genere oportunidades de inversión, iniciativa empresarial, desarrollo de calificaciones, puestos de trabajo y modos de vida sostenibles.

¹⁸⁹ "Report of the 2012 Day of general discussion", párr. 90.

2. **Garantizar los derechos de los trabajadores** — para lograr el reconocimiento y el respeto de los derechos de los trabajadores. De todos los trabajadores, y en particular de los trabajadores desfavorecidos o pobres, que necesitan representación, participación y leyes adecuadas que estén a favor de sus intereses.
3. **Extender la protección social** — para promover tanto la inclusión social como la productividad al garantizar que mujeres y hombres disfruten de condiciones de trabajo seguras, que les proporcionen tiempo libre y descanso adecuados, que tengan en cuenta los valores familiares y sociales, que contemplen una retribución adecuada en caso de pérdida o reducción de los ingresos y que permitan el acceso a una asistencia sanitaria apropiada.
4. **Promover el diálogo social** — la participación de organizaciones de trabajadores y de empleadores, sólidas e independientes, es fundamental para elevar la productividad, evitar los conflictos en el trabajo y crear sociedades cohesionadas^o.

^o Véase <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/lang-es/index.htm> (consultado el 28 de abril de 2014).

Las preocupaciones más acuciantes en relación con el empleo de los trabajadores migratorios en situación irregular son su carencia fundamental de trabajo digno, por ejemplo a causa de los contratos fraudulentos o inexistentes, el impago de los salarios y el despido improcedente. En este contexto, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares establece que todos los trabajadores migratorios, independientemente de su situación, gozarán del mismo trato que los nacionales en lo tocante a remuneración, otras condiciones de trabajo y otras condiciones de empleo (art. 25.1). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho de toda persona a un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie (art. 7). La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares establece que los empleadores no quedarán exentos de ninguna obligación jurídica ni contractual ni sus obligaciones se verán limitadas en forma alguna a causa de irregularidades en la estancia o el empleo del trabajador (art. 25.3).

El Comité sobre los Trabajadores Migratorios ha pedido a los Estados partes que exijan a los empleadores que hagan constar explícitamente las condiciones de empleo de los trabajadores migratorios, incluidos aquellos en situación irregular, en un idioma que estos entiendan, en contratos equitativos suscritos con su libre y pleno consentimiento, con indicación de sus funciones específicas, el horario de trabajo, la remuneración, los días de descanso y otras condiciones de trabajo. En su observación general N° 2 (2013) indicó además que los Estados partes debían adoptar medidas eficaces contra el impago de los salarios, el aplazamiento del pago hasta la partida de los trabajadores, la transferencia de los salarios a cuentas inaccesibles para los trabajadores migratorios o el pago a los trabajadores migratorios, especialmente aquellos en situación irregular, de salarios inferiores a los que percibieran los nacionales (párr. 63). El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha pedido a los Estados que aseguren que los contratos de todas las trabajadoras migratorias tengan validez legal. En especial, deben garantizar que las ocupaciones en las que predominan las trabajadoras migratorias, como el trabajo doméstico y ciertos tipos de espectáculos, estén protegidas por la legislación laboral. El Convenio N° 158 de la OIT sobre la Terminación de la Relación de Trabajo por Iniciativa del Empleador de 1982 obliga a los empleadores a proporcionar motivos justificados para el despido y enuncia el derecho a la protección jurídica y la reparación por despido impropio.

Trabajo forzoso

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece de manera inequívoca que nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre (art. 8). De ello se hace eco la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, conforme a la cual “ningún trabajador migratorio o familiar suyo será sometido a esclavitud ni servidumbre” y “no se exigirá a los trabajadores migratorios ni a sus familiares que realicen trabajos forzados u obligatorios” (art. 11).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha puesto de relieve la vulnerabilidad de los trabajadores migratorios al trabajo forzoso al afirmar en su observación general N° 18 (2005) que “los Estados partes tienen la obligación de respetar el derecho al trabajo mediante, entre otras cosas, la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, y absteniéndose de denegar o limitar el acceso igualitario a trabajo digno a todas las personas, especialmente a las personas y grupos desfavorecidos y marginados, en particular presos o detenidos, miembros de minorías y trabajadores migratorios” (párr. 23).

La prohibición de la servidumbre y el trabajo forzoso está reconocida en el plano regional en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, con arreglo al cual “nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre” y “nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio” (art. 4). Para determinar que una trabajadora doméstica migrante en situación irregular había sido sometida a servidumbre y trabajo forzoso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo en cuenta, entre otros factores, que la víctima había estado en una situación de especial vulnerabilidad, al ser una adolescente en un país extranjero que se encontraba de manera irregular en el territorio del Estado y temía ser detenida por la policía. Además, no trabajaba de forma voluntaria ni disfrutaba de tiempo libre, y carecía de libertad de circulación¹⁹⁰. El Tribunal consideró responsable al Estado demandado de incumplir la prohibición de la servidumbre y el trabajo forzoso. Afirmó que los Gobiernos tienen la obligación positiva de adoptar y aplicar disposiciones de derecho penal que sancionen las prácticas a que se hace referencia en el artículo 4.

Derecho a la libertad de asociación

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirma el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección y el derecho de los sindicatos a funcionar libremente (art. 8). También reconoce el derecho de huelga, “ejercido de conformidad con las leyes de cada país” (art. 8.1 d)).

¹⁹⁰ *Siliadin v. France*, demanda N° 73316/01, sentencia de 26 de julio de 2005, párrs. 121 a 129.

En virtud de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares se reconoce el derecho de los migrantes en situación irregular o indocumentados a afiliarse libremente a cualquier sindicato, a participar en las reuniones y actividades sindicales y a solicitar ayuda y asistencia de los sindicatos (art. 26). En sus orientaciones a los Estados, el Comité sobre los Trabajadores Migratorios los ha alentado a que amplíen el alcance de este derecho; así, en su observación general N° 1 (2011), declaró que “las leyes de los Estados partes, especialmente de los países de empleo de los trabajadores domésticos migratorios, deben reconocerles el derecho a fundar organizaciones y a afiliarse a ellas, independientemente de su condición migratoria (art. 26), y se debe fomentar el ejercicio de ese derecho” (párr. 46)¹⁹¹.

Ver.di, uno de los principales sindicatos de Alemania para las ocupaciones en los servicios, ha establecido consultas semanales destinadas a los migrantes en situación irregular que necesitan asesoramiento jurídico o asistencia judicial. Mediante ese programa ha ayudado a migrantes en situación irregular a denunciar infracciones laborales ante el Tribunal del Trabajo, por ejemplo para reclamar salarios retenidos.

Fuente: Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Fundamental Rights of Migrants in an Irregular Situation*, pág. 56.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 22.1) y el Convenio N° 87 de la OIT sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación de 1948 (art. 2) protegen el derecho de toda persona a fundar sindicatos y, por consiguiente, son aplicables a los trabajadores migratorios en situación irregular. A este respecto,

¹⁹¹ Cabe señalar también de que el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha declarado que el Convenio N° 87 de la OIT otorga a los trabajadores migrantes el derecho a constituir sindicatos y afiliarse a ellos, independientemente de su situación migratoria (caso N° 2121 (España), queja presentada por la Unión General de Trabajadores de España, informe N° 327, vol. LXXXV, 2002, Serie B, N° 1, párr. 561). El artículo 2 del Convenio N° 87 reza así: “Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”.

y reconociendo las dificultades especiales a que hacen frente muchas veces los trabajadores domésticos en el disfrute del acceso efectivo a la libertad de asociación, el Convenio N° 189 de la OIT protege el derecho de todos los trabajadores domésticos y los empleadores de trabajadores domésticos a constituir “las organizaciones, federaciones y confederaciones que estimen convenientes” y afiliarse a ellas (art. 3.3). El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en su recomendación general N° 26 (2008), exhortó a los Estados partes a que garantizaran que el derecho constitucional y civil, así como los códigos laborales, otorgaran a las trabajadoras migratorias los mismos derechos y la misma protección que se concediera a todos los trabajadores del país, incluido el derecho a organizarse y asociarse libremente (párr. 26 b)).

Mensajes clave

- Los Estados deben velar por que los migrantes en situación irregular tengan acceso al empleo sin discriminación para que puedan vivir con dignidad.
- Los trabajadores migratorios en situación irregular serán tratados en pie de igualdad con los nacionales respecto de las condiciones de trabajo, la remuneración y las condiciones de empleo.
- Por lo que respecta al empleo, los Estados deben asegurar la igualdad de trato en las condiciones de trabajo entre nacionales y migrantes, incluidos los que se encuentren en situación irregular, sin ningún tipo de restricción, incluso en los contratos privados.
- Los trabajadores migratorios en situación irregular deben tener acceso a vías de recurso, en particular en casos de violencia y malos tratos físicos, psíquicos o sexuales cometidos por los empleadores, impago de salarios y despido ilícito.
- Los Estados deben establecer un sistema de inspección laboral y supervisión del lugar de trabajo y mantener sus facultades y atribuciones separadas de las de los órganos encargados de hacer cumplir las leyes de inmigración.
- Los trabajadores migratorios, incluidos los que estén en situación irregular, tienen el derecho a la libertad de asociación, en particular el derecho a fundar organizaciones y a afiliarse a ellas, y se los debe alentar a que se organicen.

Conclusión

Con muy pocas excepciones estrictamente definidas, todos los migrantes, incluidos los que se encuentran en situación irregular, tienen los mismos derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales, que todas las demás personas; todas las restricciones basadas en su situación migratoria deben tener un objetivo legítimo y ser proporcionadas al logro de ese objetivo. Los criterios de la igualdad y la no discriminación son aplicables al trato de los migrantes, incluidos los migrantes en situación irregular, al igual que a las demás personas. Este es el mensaje claro del marco internacional de derechos humanos.

No obstante, los migrantes, y en especial los migrantes en situación irregular, muchas veces se encuentran sin posibilidad en la práctica de disfrutar de manera efectiva de sus derechos a causa de muchos obstáculos jurídicos y prácticos. Un importante obstáculo es la obligación de los proveedores de servicios públicos de informar sobre la presencia de migrantes en situación irregular. Otros son obstáculos administrativos (como los requisitos de documentos de identidad, números de seguridad social y comprobantes de domicilio que los migrantes en situación irregular no pueden obtener), la complejidad de los sistemas administrativos, judiciales y de otro tipo, la falta de información y capacitación (tanto para los proveedores de servicios como para los migrantes en situación irregular), los escollos financieros, las barreras idiomáticas y el miedo a que el acceso a los servicios dé lugar a la detención o expulsión o el temor más generalizado de establecer contacto con las autoridades.

En la presente publicación se ha puesto de relieve que las normas internacionales de derechos humanos exigen a los Estados partes que procuren que todas las personas que se encuentren en su jurisdicción, incluidos los migrantes en situación irregular, tengan acceso a sus derechos económicos, sociales y culturales fundamentales.

Dentro de ese marco, el Comité de los Derechos del Niño ha formulado una serie de recomendaciones en las que pide a los Estados que se

aseguren de que todos los niños en el contexto de la migración tengan acceso en igualdad de condiciones que los niños nacionales a los derechos económicos, sociales y culturales y a los servicios básicos, sea cual fuere su situación migratoria o la de sus padres, y que recojan esos derechos de manera expresa en la legislación. Se exhorta a los Estados a que reformen a la mayor brevedad posible las leyes, las políticas y las prácticas que discriminen a los niños afectados por la migración y sus familias, en particular a los que estén en situación irregular, o les impidan el acceso efectivo a servicios y prestaciones tales como la atención de salud, la educación, la seguridad social a largo plazo y la asistencia social. El Comité ha recomendado también que se preste atención a paliar los efectos específicos de género de las restricciones en el acceso a los servicios, como los relativos a los derechos de salud sexual y reproductiva y la seguridad frente a la violencia¹⁹².

Gobernanza de la migración basada en los derechos humanos

El Grupo Mundial sobre Migración exhorta a los Estados a que examinen la situación de los migrantes en situación irregular en su territorio y a que procuren garantizar que sus leyes y reglamentos respeten y promuevan la efectividad de las normas y garantías internacionales de derechos humanos aplicables en todas las etapas del proceso de migración.

Fuente: Declaración del Grupo Mundial sobre Migración relativa a los derechos humanos de los migrantes en situación irregular.

La Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, un organismo independiente, concluyó en 2005 que no se pondrá freno a la migración irregular únicamente mediante políticas restrictivas. Exhortó a los Estados a que abordaran las condiciones que empujaban a las personas a emigrar de manera irregular, hicieran comparecer ante la justicia a quienes organizaran la migración irregular mediante el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas, sancionaran a los empleadores de migrantes

¹⁹² "Report of the 2012 Day of general discussion", párrs. 86 a 88.

en situación irregular y brindaran a los migrantes oportunidades de migración regular¹⁹³.

A este respecto, la adopción de políticas de migración basadas en los derechos humanos es un requisito fundamental. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha observado que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación al logro de los objetivos de sus políticas públicas, incluidos los relativos a la migración¹⁹⁴. Por consiguiente, las normas de derechos humanos recogidas en los instrumentos internacionales fundamentales de derechos humanos, así como principios tales como la participación, el empoderamiento y la rendición de cuentas, deberían guiar todas las etapas de la formulación de políticas sobre migración¹⁹⁵.

El marco internacional de derechos humanos ofrece orientación a los Estados sobre una serie de medidas relacionadas con la gobernanza de la migración. Concretamente, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares ofrece en su parte VI un marco expreso para la formulación de políticas de migración basadas en los derechos humanos. Por ejemplo, se encarece a los Estados partes a que mantengan servicios apropiados para atender las cuestiones relacionadas con la migración internacional de trabajadores y sus familiares y formular y ejecutar políticas en materia de migración, intercambiar información con otros Estados partes, suministrar información a los empleadores y los trabajadores acerca de las políticas, leyes y reglamentos y suministrar información y asistencia apropiada a los trabajadores migratorios y sus familiares (art. 65)¹⁹⁶.

¹⁹³ Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, "Migration in an interconnected world", págs. 32 a 40.

¹⁹⁴ Opinión consultiva OC-18/03 sobre la condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados.

¹⁹⁵ Véase "Promoción y protección de los derechos humanos, incluidos medios para promover los derechos humanos de los migrantes: Informe del Secretario General" (A/68/292), párrs. 9 a 13.

¹⁹⁶ El Marco Multilateral de la OIT para las Migraciones Laborales proporciona una orientación semejante. Su directriz 8.2 establece que se debería proporcionar información

Para evitar el riesgo de explotación y trabajo forzoso, en su observación general N° 1 (2011) el Comité sobre los Trabajadores Migratorios indicó a los Estados que debían adoptar medidas para asegurarse de que la situación migratoria de los migrantes no esté supeditada al patrocinio o la tutela de un empleador determinado (párr. 53). El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes también afirmó que el permiso de residencia de los trabajadores migratorios no debe estar vinculado a un único empleador, e instó a los Estados a que eliminaran los sistemas de patrocinio forzoso que tienen el efecto de imponer control sobre el migrante durante todo el período de residencia¹⁹⁷. Respecto de lo que se ha reconocido como una senda importante que conduce a una situación irregular, el derecho internacional de los derechos humanos impide el decomiso arbitrario de la documentación de los migrantes y hace hincapié en que los Estados deben prohibir por ley que los empleadores y agentes de contratación retengan los documentos de identidad de los migrantes.

Los migrantes en situación irregular seguirán siendo vulnerables a los atentados contra sus derechos a menos que estén protegidos por la ley y puedan exigir que se rindan cuentas. El principio de la rendición de cuentas requiere de los Estados que establezcan mecanismos reguladores sólidos e independientes para hacer cumplir los derechos y vigilar constantemente la situación de los migrantes. La vigilancia fomentará la transparencia e impedirá la explotación, la colusión y los malos tratos, en particular por parte de los empleadores y las autoridades del Estado. Los Estados deben prever también el debido desagravio en forma de indemnización, reparación o garantías de no repetición. Ese desagravio debe comprender asimismo la adopción de las medidas temporales que resulten necesarias, tales como el establecimiento de albergues para los trabajadores domésticos migrantes que hayan sufrido malos tratos.

a los trabajadores migrantes sobre sus derechos y obligaciones, y ayudarles a defender sus derechos, y su directriz 8.3 establece que los Gobiernos deberían establecer mecanismos de aplicación eficaces para la protección de los derechos humanos de los trabajadores migrantes y proporcionar formación sobre derechos humanos a todos los funcionarios gubernamentales que se ocupan de las migraciones.

¹⁹⁷ A/HRC/14/30/Add.2, párr. 106 f).

Toda persona que sea víctima de una vulneración de los derechos humanos debe tener acceso a recursos judiciales efectivos u otras vías de recurso apropiadas en el plano nacional. Los defensores del pueblo, las instituciones nacionales de derechos humanos y otras asociaciones profesionales, como los sindicatos, desempeñan un importante papel en la defensa de los derechos humanos de los migrantes, sea cual fuere su situación migratoria. Todas las víctimas de estas vulneraciones tienen derecho a una reparación adecuada. Consciente de la importancia de los recursos judiciales a este respecto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha recomendado, por ejemplo, a Italia que “modifique su legislación, a fin de que los migrantes indocumentados puedan reclamar derechos adquiridos en un empleo anterior e interponer denuncias, con independencia de su situación migratoria”¹⁹⁸. Los Estados deben ofrecer mecanismos cuasijudiciales o judiciales de reparación para que los migrantes puedan hacer valer sus derechos contra los agentes estatales y no estatales sin temor a ser detenidos y expulsados¹⁹⁹.

En México se han adoptado distintas medidas para garantizar el acceso a la justicia de los migrantes en situación irregular, como la creación en el estado de Chiapas de una fiscalía especializada al servicio de todos los migrantes, y los protocolos adoptados en 2010 por el Instituto Nacional de Migración para identificar y prestar asistencia a todo migrante víctima de un delito.

Fuente: A/68/292, párr. 88.

El Convenio N° 81 de la OIT relativo a la Inspección del Trabajo en la Industria y el Comercio de 1947 exige a los Estados que establezcan un sistema de inspección del trabajo en los establecimientos industriales.

¹⁹⁸ CERD/C/ITA/CO/16-18, párr. 23.

¹⁹⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado en claro que, para dar verdadero acceso a las garantías judiciales, los Estados tienen el deber de velar por que ninguna persona corra el riesgo de ser denunciada y expulsada o detenida al ejercer ese derecho. A fin de dar efecto a este derecho en la práctica, el Tribunal ha recomendado que todas las personas tengan acceso a un servicio público gratuito de defensa legal a su favor. Opinión consultiva OC-18/03 sobre la condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados, párr. 126. Véase también A/HRC/14/30/Add.2, párr. 106 g).

Este puede ser un modo eficaz de hacer frente a los abusos contra los migrantes en situación irregular. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones reconoció el papel de los inspectores del trabajo en 2009, cuando estudió el grado en que las inspecciones del trabajo en Italia protegían a los trabajadores contra condiciones de trabajo que vulneraban las leyes nacionales y las multas disuadían a los empleadores de quebrantar la legislación laboral cuando empleaban a migrantes en situación irregular. Para ser eficaces, según la Comisión de Expertos, los inspectores del trabajo tenían que ganarse la confianza de los empleados, incluidos los que estuvieran en situación irregular. Por lo tanto, la Comisión de Expertos recomendó a los Gobiernos que mantuvieran claramente separadas las facultades y atribuciones de los inspectores del trabajo de las de otros órganos encargados de combatir el empleo y la migración ilegales.

La directiva 2009/52/CE de la Unión Europea, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular facilita las denuncias de migrantes en situación irregular contra sus empleadores, por ejemplo con el fin de recuperar salarios pendientes de pago. Su artículo 13 exige a los Estados miembros que garanticen la existencia de “mecanismos eficaces para que los nacionales de terceros países empleados ilegalmente puedan denunciar a sus empleadores, directamente o a través de terceros designados por los Estados miembros, como los sindicatos u otras asociaciones o una autoridad competente del Estado miembro [...]”. A fin de facilitar la prueba de una relación de empleo, que es difícil de obtener para los migrantes en situación irregular, se invita a los Estados miembros a “establecer una presunción de duración de la relación de trabajo de al menos tres meses, de modo que la carga de la prueba recaiga en el empleador por lo que respecta al menos a un determinado período” (párr. 17 del preámbulo).

Además, se espera de los Estados que hagan frente a las causas fundamentales de la migración irregular y prevean canales apropiados de migración regular a todos los niveles de especialización, incluidos canales suficientes para la reunificación familiar, mediante la adopción y la aplicación de las medidas nacionales, bilaterales y multilaterales

pertinentes. En este contexto, en el Marco Multilateral de la OIT para las Migraciones Laborales se pide a los Estados que examinen la posibilidad de ampliar los canales para las migraciones laborales regulares, teniendo en cuenta las necesidades del mercado de trabajo y las tendencias demográficas. Las correspondientes directrices hacen referencia a la utilidad en este sentido de establecer sistemas y estructuras para realizar análisis periódicos y objetivos del mercado de trabajo y también de establecer políticas transparentes en materia de admisión, empleo y residencia para los trabajadores migrantes basadas en criterios bien definidos, incluidas las necesidades del mercado de trabajo²⁰⁰.

En Italia, cuando los trabajadores migrantes de fuera de la Unión Europea que están en situación regular pierden el empleo o renuncian a su empleo, el resultado no es automáticamente la retirada de su permiso de residencia. Tienen derecho a inscribirse en listas de colocación hasta el vencimiento de su permiso de residencia o durante un mínimo de seis meses.

Fuente: Ley de Inmigración (Nº 286) de 25 de julio de 1998, modificada por la Ley Nº 189 de 30 de julio de 2002.

Regularización

Se aconseja además a los Estados que lleven a cabo actuaciones que permitan a los migrantes en situación irregular disfrutar de una vida más segura y digna. Esto entraña la adopción de medidas para regularizar la situación de los migrantes en situación irregular y facilitarles el acceso a la economía formal. Aun recordando que en el derecho internacional no está contemplado derecho alguno a la regularización, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, en su artículo 69.2, pide a los Estados que consideren la posibilidad de regularizar la situación de dichas personas de conformidad con la legislación nacional y los acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables y que, al hacerlo, tengan debidamente en cuenta las circunstancias de su entrada, la duración de su estancia en los Estados de

²⁰⁰ Principio 5 y directrices 5.1 y 5.2.

empleo y otras consideraciones pertinentes, en particular las relacionadas con su situación familiar. El Comité sobre los Trabajadores Migratorios recordó en su observación general N° 2 (2013) que “la regularización es la medida más efectiva para acabar con la extrema vulnerabilidad de los trabajadores migratorios y sus familiares en situación irregular. Por consiguiente, los Estados partes deben considerar la adopción de políticas, incluidos programas de regularización, para evitar que los trabajadores migratorios y sus familiares se hallen en situación irregular o en peligro de caer en ella, o resolver tales situaciones” (párr. 16).

Un estudio de 2009 sobre la regularización de nacionales de terceros países que se encontraban en situación irregular en los Estados miembros de la Unión Europea destacó, entre los resultados de los programas de regularización, la integración y la cohesión sociales, el aumento de la protección de la familia, la reducción de la marginación, la prevención de la trata y la explotación, la obtención de datos fidedignos sobre las poblaciones inmigrantes y la regulación de los sectores informales de la economía, con una mejor protección de los trabajadores extranjeros y nacionales.

Fuente: International Centre for Migration Policy Development, “REGINE: Regularisations in Europe – Study on practices in the area of regularisation of illegally staying third-country nationals in the Member States of the EU” (Viena, 2009).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha observado que los migrantes que trabajan la economía informal están privados de protección jurídica y social y ha puesto de relieve que los Estados deben adoptar medidas efectivas para regularizar la situación de los migrantes en situación irregular y reducir el número de trabajadores al margen de la economía formal. En particular, los Estados deben: flexibilizar los sistemas de registro y de cupos; brindar acceso a los trabajadores migrantes a recursos efectivos contra las órdenes de expulsión; controlar estrictamente a las entidades privadas para asegurarse de que ofrezcan a los trabajadores migrantes condiciones sociales y de empleo justas y equitativas; y hacer más accesibles para los trabajadores migrantes los sistemas de prestaciones sociales²⁰¹.

²⁰¹ E/C.12/RUS/CO/5, párr. 17.

Entre 2007 y 2010 la Argentina llevó a cabo el programa de regularización Patria Grande, en que se otorgó la residencia temporal o permanente a 560.131 personas. Como resultado de ello han disminuido el desempleo y la pobreza. Los datos indican que entre 2006 y 2013 el desempleo y subempleo se redujo en la Argentina del 20% al 7,8%, mientras que la tasa de pobreza disminuyó del 54% al 13,2% y la pobreza extrema pasó del 27,7% al 3,5%.

Fuente: Ministerio de Relaciones Exteriores de la Argentina, "Informe elaborado en cumplimiento de la A/RES/67/172: La perspectiva de derechos humanos en el tratamiento de la cuestión migratoria en la República Argentina", julio de 2013 (depositado en archivo).

* * *

El 2 de julio de 2009 el Congreso Nacional del Brasil aprobó una nueva legislación (Ley N° 11961) para proporcionar permisos de residencia a los migrantes en situación irregular.

El motivo que se aduce a veces para justificar la denegación de los derechos económicos, sociales y culturales fundamentales a los migrantes es que esa denegación disuade o penaliza a los migrantes en situación irregular. Por ejemplo, muchos países receptores restringen el acceso de los migrantes a la atención de salud fundamentándose en que deben proteger sus sistemas de bienestar del uso abusivo y disuadir la inmigración. Los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos y los expertos han cuestionado esa práctica por motivos éticos y fácticos²⁰². Las investigaciones recientes en la Unión Europea indican que el efecto causal entre el gasto en bienestar social y la migración es estadísticamente insignificante; en otras palabras, no hay pruebas de que exista un "imán del bienestar"²⁰³. Del mismo modo, cada vez hay más indicios de que la detención administrativa no tiene un efecto disuasivo en la migración irregular²⁰⁴.

²⁰² Véase, por ejemplo, A/HRC/14/30, párr. 22.

²⁰³ Corrado Giuliatti y otros, "Unemployment benefits and immigration: evidence from the EU", *International Journal of Manpower*, número especial sobre "Migration, the Welfare State, and European Labor Markets", vol. 34, N° 1-2 (2013).

²⁰⁴ El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes ha observado que, pese a la introducción en todo el mundo de políticas de detención de migrantes cada vez más duras en los 20 últimos años, el número de entradas irregulares no ha disminuido

Los migrantes en situación irregular no son delincuentes [...] y no deben ser tratados como tales.

Fuente: A/HRC/20/24, párr. 13.

Además de que es poco probable que sean un factor disuasivo eficaz de la migración irregular, las políticas de penalización y exclusión social pueden causar consecuencias generalizadas y nocivas no solo en los derechos humanos y el bienestar de los migrantes como individuos sino también en las relaciones entre las comunidades receptoras y los migrantes en esa sociedad²⁰⁵. Desde esta perspectiva a largo plazo, redundaría en el interés de los Estados, dentro de su propio país y en sus relaciones con otros Estados, velar por que la migración beneficie, o por lo menos no perjudique, a las personas interesadas y afectadas por ella.

Todo indica, por lo tanto, que las medidas de control por sí mismas no serán suficientes para eliminar la migración irregular, de modo que la regulación de la migración exigirá un planteamiento más integral y basado en los derechos humanos. El respeto, la protección y el cumplimiento de los derechos de los migrantes en situación irregular, y en particular sus derechos a la salud, a un nivel de vida adecuado, a la educación, a la seguridad social y a un trabajo decente, son parte integrante de ese tipo de planteamiento²⁰⁶.

(A/HRC/20/24, párr. 8). En los últimos años se ha instado cada vez más a los Estados a que estudien distintas alternativas eficaces a la detención de migrantes, entre otras cosas, sobre la base del principio de la proporcionalidad en el derecho internacional, que establece que la detención debe considerarse como último recurso. Véase, por ejemplo, el informe de 2010 del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria al Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/16/47).

²⁰⁵ Por ejemplo, el programa Patria Grande de la Argentina (véase más arriba) tuvo lugar en el contexto del esfuerzo del país por paliar su grave crisis económica y del reconocimiento de los beneficios económicos que podrían lograrse mediante la regularización de los migrantes en situación irregular.

²⁰⁶ Grupo Mundial sobre Migración, *International Migration and Human Rights*, págs. 43 y 44.

Para mejorar la situación de los derechos humanos de los migrantes en situación irregular y velar por que se respete la dignidad de todos los migrantes, los Estados deben adoptar medidas, en la legislación y en la práctica, que respeten, protejan y cumplan los derechos humanos y eliminen las barreras y los obstáculos que impiden a los migrantes disfrutar de todos los derechos de los que son titulares en virtud del marco internacional de derechos humanos.