

V. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

Contenido y componentes específicos

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho de toda persona a la seguridad social, incluido el seguro social (art. 9). En su observación general N° 19 (2007) sobre el derecho a la seguridad social, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indicó que ese derecho incluye:

el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, desempleo, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo (párr. 2).

El Comité también estableció las condiciones que deben cumplirse para que se haga efectivo ese derecho. En primer lugar, debe existir un sistema para cubrir los riesgos e imprevistos sociales pertinentes. En segundo lugar, el sistema debe abarcar, por lo menos, las siguientes nueve ramas de la seguridad social: atención de salud; enfermedad; vejez; desempleo; accidentes laborales; prestaciones familiares; maternidad; discapacidad; y sobrevivientes y huérfanos. En tercer lugar, las prestaciones “deben ser suficientes en importe y duración a fin de que todos puedan ejercer sus derechos a la protección y asistencia familiar, a un nivel de vida adecuado y a la atención de salud”. Por último, las prestaciones deben ser accesibles. Esto supone que todas las personas deben estar cubiertas por el sistema de seguridad social, incluidas las personas pertenecientes a los grupos más desfavorecidos o marginados. La accesibilidad también supone que las condiciones para acogerse a las prestaciones deben ser razonables, proporcionadas y transparentes.

El derecho a la seguridad social comprende planes contributivos y no contributivos. Los planes contributivos o basados en un seguro implican generalmente “el pago de cotizaciones obligatorias de los beneficiarios, los empleadores y a veces el Estado, juntamente con el pago de las prestaciones y los gastos administrativos con cargo a un fondo común”. Los planes no contributivos comprenden los planes universales y los programas específicos para prestar asistencia a las personas necesitadas. El Comité señaló que en casi todos los Estados habrá necesidad de planes no contributivos, “ya que es poco probable que pueda proporcionarse la protección necesaria a todas las personas mediante un sistema basado en un seguro”. Los planes privados y los basados en la autoayuda también pueden estar abarcados por el Pacto.

El Comité señaló además que “los Estados partes deben adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para que la cobertura de los sistemas de seguridad social se extienda a las personas que trabajan en la economía no estructurada”. Entre esas medidas figuran: “a) la eliminación de los obstáculos que impiden el acceso de esas personas a los planes de seguridad social no tradicionales, como el seguro comunitario; b) el otorgamiento de un nivel mínimo de cobertura de riesgos e imprevistos con una expansión progresiva con el tiempo; y c) el respeto y el apoyo a los planes de seguridad social desarrollados en el marco de la economía no estructurada, como los planes de microseguro y otros planes de microcrédito afines” (párr. 34).

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

- a) Asegurar el acceso a un sistema de seguridad social que ofrezca a todas las personas y familias un nivel mínimo indispensable de prestaciones que les permita obtener al menos la atención de salud esencial, alojamiento y vivienda básicos, agua y saneamiento, alimentos y las formas más elementales de educación;
- b) Asegurar el derecho de acceso a los sistemas o planes de seguridad social sin discriminación alguna, en especial para las personas y los grupos desfavorecidos y marginados;
- c) Respetar los regímenes de seguridad social existentes y protegerlos de injerencias injustificadas;
- d) Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales en materia de seguridad social;
- e) Adoptar medidas específicas para la aplicación de los planes de seguridad social, en particular de los destinados a proteger a las personas y los grupos desfavorecidos y marginados;
- f) Vigilar hasta qué punto se ejerce el derecho a la seguridad social (párr. 59).

A. Obstáculos jurídicos y prácticos que impiden a los migrantes en situación irregular disfrutar del derecho a la seguridad social

Se ha señalado el importante papel que, debido a su carácter redistributivo, desempeña la seguridad social en la reducción y el alivio de la pobreza, la prevención de la exclusión social y la promoción de la inclusión social. Es posible que quienes son reacios a reconocer el derecho de los migrantes en situación irregular a la seguridad social no tengan en cuenta las contribuciones que hacen los migrantes, incluidos los que se encuentran en situación irregular, a la economía y a los regímenes de seguridad social de los Estados en que están empleados. Sin embargo, incluso los migrantes que no participan directamente contribuyen muchas veces a financiar los planes y programas de protección social mediante el pago de impuestos indirectos¹⁵³. Algunos empleadores explotan a los trabajadores migratorios en situación irregular para reducir sus gastos de personal evitando las contribuciones a la seguridad social y pagando salarios más bajos¹⁵⁴.

Se ha calculado que en los Estados Unidos los trabajadores en situación irregular contribuyen con cerca de 6.000 a 7.000 millones de dólares al régimen de la seguridad social sin recibir ninguna prestación. Según una estimación, en 2002 los aproximadamente 3,8 millones de hogares encabezados por migrantes en situación irregular generaron 6.400 millones de dólares en cotizaciones a la seguridad social¹⁵⁵. El Consejo Nacional de Investigaciones ha calculado que los “inmigrantes indocumentados” (migrantes en situación irregular) pagan 80.000 dólares más por persona en concepto de impuestos que lo que consumen en prestaciones gubernamentales a lo largo de su vida¹⁵⁶.

¹⁵³ E/2010/89, párr. 46.

¹⁵⁴ M. Jandl, C. Hollomey y A. Stepien, “Migration and irregular work in Austria: results of a Delphi-study”, *International Migration Papers* N° 90 (Ginebra, OIT e International Centre for Migration Policy Development, 2007), pág. 25.

¹⁵⁵ E. Porter, “Illegal immigrants are bolstering social security with billions”, *New York Times*, 5 de abril de 2005. Puede consultarse en www.nytimes.com/2005/04/05/business/05immigration.html.

¹⁵⁶ National Research Council, *The New Americans: Economic, Demographic and Fiscal Effects of Immigration*, James P. Smith y Barry Edmonston, eds. (Washington, D.C., National Academies Press, 1997).

En el Reino Unido, una encuesta de la fuerza de trabajo de 2008 reveló que por lo general muy pocos migrantes de fuera de la Unión Europea accedían a la seguridad social, lo que indicaría que el porcentaje de los migrantes en situación irregular que reclamaba tales prestaciones era insignificante¹⁵⁷:

Prestación	Porcentaje de migrantes de fuera de la Unión Europea que reclaman la prestación
Apoyo a los ingresos (no en calidad de desempleado)	4
Enfermedad o discapacidad (con exclusión del crédito fiscal para las personas con discapacidad)	2
Pensión del Estado	2
Prestaciones familiares (sin incluir prestaciones por hijos y créditos fiscales)	0
Prestaciones por hijos	14
Prestación por vivienda/impuesto municipal (Gran Bretaña), descuento de alquiler/tasas (Irlanda del Norte)	5
Prestaciones relacionadas con el desempleo, créditos del seguro nacional	1
Otras	1

Hay tres motivos principales por los que los migrantes en situación irregular no pueden tener acceso a los regímenes de seguridad social. En primer lugar, en muchos casos esos migrantes no cumplen las condiciones necesarias. Es posible, por ejemplo, que se les pida que aporten pruebas de su situación legal y su residencia o que demuestren que han estado

¹⁵⁷ Los autores del estudio observan en consecuencia que "en el caso de los migrantes en situación irregular es aún menos probable [que reclamen las prestaciones] (casi por definición, no tienen derecho a hacerlo) [...]. De ello se desprende que el costo en función del beneficio que suponen los migrantes en situación irregular [para el Reino Unido] es muy pequeño". Laura Chappell y otros, "The impacts of irregular migration", Institute for Public Policy Research, 2011. Puede consultarse en http://migration.etuc.org/en/docs_en/6%20The%20impacts%20of%20irregular%20migration.pdf.

afiliados durante un largo período. En segundo lugar, muchos migrantes pierden el acceso efectivo a sus derechos a la seguridad social porque esos derechos no son fácilmente transferibles. En tercer lugar, muchos de los migrantes en situación irregular trabajan en sectores del mercado de trabajo que no están cubiertos por la seguridad social o en que la legislación en materia de seguridad social rara vez se cumple.

El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes observó que, en muchos casos, “los trabajadores migrantes, tanto regulares como irregulares [...] trabajan en condiciones precarias y discriminatorias, con contratos temporales que no les dan derecho a acceder a los servicios de la seguridad social”¹⁵⁸. La precariedad de su situación es aún mayor debido a que el acceso a la seguridad social suele condicionar el acceso a otros derechos fundamentales¹⁵⁹. Por ejemplo, es habitual que se exija un número de seguridad social para matricularse en escuelas o permanecer en centros de acogida a largo plazo, lo que penaliza a los migrantes en situación irregular, que no pueden incorporarse al sistema.

Los órganos creados en virtud de tratados han expresado preocupación por la cuestión, en particular por el hecho de que muchos Estados de destino excluyan a los migrantes en situación irregular del régimen público de seguridad social y no prevean ningún tipo de afiliación para los migrantes, ni siquiera con carácter voluntario. Con respecto al Canadá, por ejemplo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial expresó la inquietud de que “los migrantes indocumentados y los apátridas, en particular aquellos a los que se ha denegado la condición de refugiado pero que no pueden ser expulsados del Canadá, no tengan derecho a la seguridad social y la atención de salud, ya que para ello deben demostrar que residen en una de las provincias del Estado parte”¹⁶⁰. En su observación general N° 1 (2011), el Comité sobre los Trabajadores Migratorios también señaló que, en los casos en que los trabajadores domésticos están

¹⁵⁸ “Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Jorge Bustamante: Misión al Japón” (A/HRC/17/33/Add.3), párr. 70.

¹⁵⁹ Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general N° 19 (2007), párr. 28.

¹⁶⁰ CERD/C/CAN/CO/18, párr. 23.

excluidos de los programas de seguridad social, aumenta la vulnerabilidad de esos trabajadores y su dependencia de los empleadores (párr. 24).

El 18 de julio de 2012 el Tribunal Constitucional Federal de Alemania dictaminó que la Ley de Prestaciones de los Solicitantes de Asilo (1993), que establecía un nivel considerablemente inferior de prestaciones, incluso pagables en especie en lugar de en efectivo, para determinadas categorías de migrantes (entre ellos, los migrantes en situación irregular y los migrantes sujetos a una orden ejecutable de abandonar el país) y sus cónyuges, parejas de hecho inscritas e hijos menores de edad, era inconstitucional.

Además, desde 1993 no había aumentado el índice de pagos a ese grupo, pese al considerable incremento de los precios y al hecho de que el plazo durante el cual una persona tenía derecho a las prestaciones se había prorrogado a cuatro años.

El Gobierno sostenía que esas diferencias eran necesarias para luchar contra la migración irregular. El Tribunal rechazó ese argumento por no considerarlo pertinente, ya que el criterio que había que aplicar era que toda persona tiene derecho a un nivel mínimo de subsistencia. El Tribunal dictaminó que la Ley de Prestaciones de los Solicitantes de Asilo era incompatible con el derecho al nivel de dignidad humana establecido en la Constitución de Alemania, en que se afirma el principio del estado del bienestar.

La decisión del Tribunal obligó al Parlamento a revisar las disposiciones de la Ley de Prestaciones de los Solicitantes de Asilo. Las prestaciones en efectivo aumentaron y sustituyeron a las prestaciones en especie.

Los migrantes experimentan especial dificultad para acceder a los programas de asistencia social no contributivos que tienen carácter universal o están destinados a necesidades específicas. Algunos países niegan por completo la asistencia social a los migrantes en situación irregular; otros reconocen únicamente el derecho a formas mínimas de ayuda. Muchos países conceden a los migrantes en situación irregular determinadas prestaciones de asistencia social, que suelen incluir ayuda no pecuniaria para los adultos (como alimentos y prendas de vestir) y el acceso a la vivienda y a prestaciones asistenciales para los niños¹⁶¹.

¹⁶¹ O. Dupper, "Migrant workers and the right to social security: an international perspective", *Stellenbosch Law Review*, vol. 18, N° 2 (2007), pág. 251.

B. Marco jurídico y normativo: el derecho a la seguridad social 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. 27), al tratar el tema de la seguridad social, proclama el derecho de todos los trabajadores migratorios, con independencia de su situación migratoria, a recibir el mismo trato que los nacionales “en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables”. La Convención también establece que las autoridades competentes del Estado de origen y del Estado de empleo pueden adoptar “las disposiciones necesarias para determinar las modalidades de aplicación de esta norma”. Si los trabajadores migratorios no tienen derecho a determinadas prestaciones, “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”. Puede paliarse así la injusticia que se plantea cuando los migrantes están obligados a contribuir a un plan social pero no tienen derecho a recibir sus prestaciones. El Comité sobre los Trabajadores Migratorios indicó además en su observación general N° 2 (2013) que los Estados partes deben aducir razones objetivas en cada caso en que se considere imposible el reembolso de las cotizaciones y observó que “la decisión de no reembolsar las contribuciones aportadas por los trabajadores migratorios o sus familiares no debe entrañar una discriminación por motivo de su nacionalidad o su situación de inmigración” (párr. 69). El Comité ha considerado también que, en casos de pobreza y vulnerabilidad extremas, los Estados partes deben prestar asistencia social de urgencia a los trabajadores migrantes en situación irregular y a sus familiares¹⁶².

Poniendo de relieve la trascendencia del derecho a la seguridad social, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señaló su

¹⁶² CMW/C/ARG/CO/1, párr. 30.

“importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto”¹⁶³. En una línea semejante, la OIT observa que la seguridad social es “la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que de no ser así causarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos”¹⁶⁴.

En marzo de 2012 el gobierno metropolitano de Seúl anunció que prestaría asistencia médica a los migrantes en situación irregular que no tuvieran derecho a la seguridad social ni al seguro médico. Esa asistencia cubriría la cirugía, los gastos hospitalarios (hasta un nivel determinado), los servicios de interpretación y los servicios de enfermería durante un máximo de un mes según el estado del paciente. Se prevé que se disponga de servicios de enfermería en idiomas distintos del coreano, como el chino, el tailandés y el mongol.

Fuente: “Medical support set for undocumented migrants”, *Korea Herald*, 7 de marzo de 2012. Puede consultarse en www.koreaherald.com/national/Detail.jsp?newsMLId=20120307001296.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales declaró expresamente en su observación general N° 19 (2007) que “cuando los no nacionales, entre ellos los trabajadores migratorios, han cotizado a un plan de seguridad social, deben poder beneficiarse de esa cotización o recuperarla si abandonan el país. Los derechos de los trabajadores migratorios tampoco deben verse afectados por un cambio de lugar de trabajo” (párr. 36). Además, los migrantes deben tener derecho a acceder a “planes no contributivos de apoyo a los ingresos, apoyo a la familia y atención de la salud a un costo asequible”. Las restricciones al acceso

¹⁶³ Observación general N° 19 (2007), párr. 1.

¹⁶⁴ OIT, *Introducción a la seguridad social* (Ginebra, 1984), pág. 3.

a esos planes, incluido el requisito de un período de carencia, deben ser razonables y proporcionadas (párr. 37). En la misma observación el Comité también puso de relieve “la importancia de establecer acuerdos u otros instrumentos internacionales bilaterales o multilaterales recíprocos para coordinar o armonizar los planes de seguridad social contributivos para los trabajadores migratorios” (párr. 56). Cabe señalar que el Comité no hizo una distinción concreta entre migrantes en situación regular e irregular con respecto a esta cuestión.

En virtud del Convenio N° 143 de la OIT sobre las Migraciones en Condiciones Abusivas y la Promoción de la Igualdad de Oportunidades y de Trato de los Trabajadores Migrantes de 1975, los migrantes en situación irregular tienen derecho a la igualdad de trato con respecto a la seguridad social en la medida en que tengan derechos derivados de empleos anteriores (art. 9.1)¹⁶⁵. La Comisión de Expertos de la OIT en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha aclarado que las prestaciones mencionadas en el artículo 9.1 no estarían condicionadas a que los migrantes estuvieran en situación de empleo o residencia legales en el país en el momento del ejercicio de ese derecho, ya que en esas condiciones se privaría a la disposición de su efecto principal. Además, en especial con el fin de adquirir derechos respecto de prestaciones a largo plazo, debe entenderse que ese párrafo abarca también cualquier período de empleo legal en el país de que se trate que pueda haber precedido al empleo irregular, así como los períodos de empleo anteriores en otro país que normalmente se tendrían en cuenta con arreglo a acuerdos internacionales de carácter bilateral o multilateral¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Por otro lado, los trabajadores migratorios o sus familiares que se encuentren legalmente en un territorio disfrutarán de igualdad de oportunidades y de trato en materia de seguridad social (art. 10).

¹⁶⁶ OIT, *General Survey on the reports on the Migration for Employment Convention (Revised) (No. 97), and Recommendation (Revised) (No. 86), 1949, and the Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention (No. 143), and Recommendation (No. 151), 1975* (Ginebra, 1999), párr. 308. Puede consultarse en www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc87/r3-1b.htm.

En el Convenio N° 189 de la OIT de 2011 se pide a los Estados que adopten “medidas apropiadas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social, inclusive en lo relativo a la maternidad” (art. 14.1).

En los Estados Unidos de América viven alrededor de 12 millones de migrantes mexicanos, muchos de los cuales carecen de documentación y de seguro médico de cualquier tipo. En apoyo de esos migrantes, México elaboró la Estrategia Integral de Atención a la Salud del Migrante, que comprende un programa de divulgación para poner en contacto a los mexicanos y sus familias con el seguro médico en los estados de Colorado y Washington, la oferta a los migrantes mexicanos en los Estados Unidos de un seguro de bajo costo y servicios básicos de atención primaria de salud a través de 65.000 centros médicos y un programa de divulgación telefónica.

Fuente: OIM, “Empowerment of migrants by ensuring their health and well-being”, contribución al Foro Mundial sobre Migración y Desarrollo, mesa redonda 3.1, documento de antecedentes, noviembre de 2013, pág. 6. Puede consultarse en www.gfmd.org/iom-input-empowerment-migrants-ensuring-their-health-and-wellbeing.

El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que las políticas, los programas y las medidas para proteger a los niños de la pobreza y la exclusión social deben incluir a los niños en el contexto de la migración, sea cual fuere su situación. A ese respecto, declaró que debía reforzarse la capacidad de los sistemas nacionales de protección social para evitar y paliar todas las situaciones de vulnerabilidad relacionadas directa o indirectamente con la migración, y que los niños afectados por la migración y sus familias debían ser objeto específico de las políticas y los programas sociales en los países de origen, de tránsito y de destino, cualquiera que fuera su situación migratoria y sin ningún tipo de discriminación. Afirmó también que las políticas de protección social deben incluir disposiciones específicas para apoyar, entre otras cosas mediante servicios sociales basados en la comunidad, a las familias y las personas que atienden a los niños en situaciones de migración a fin de facilitar el desempeño de sus responsabilidades respecto de la crianza de los niños. Esas políticas

Derechos transferibles

Para que los migrantes tengan el debido acceso a las prestaciones sociales es necesario que los derechos sociales sean transferibles. En este sentido, muchos migrantes se ven penalizados de varias maneras. Con frecuencia pierden los derechos de seguridad social adquiridos en su país de origen cuando se trasladan al extranjero; al mismo tiempo, es posible que tengan restringido el acceso al régimen de seguridad social de su país de destino; por último, pueden perder los derechos adquiridos en su país de adopción si acaban por regresar a su país de origen. Por consiguiente, la efectividad de la cobertura de la seguridad social para los migrantes depende en gran medida de los acuerdos que hayan firmado los Gobiernos para hacer transferibles las prestaciones^a.

El Secretario General de las Naciones Unidas, en su informe sobre la migración internacional y el desarrollo, destacó la necesidad de la cooperación internacional a fin de garantizar la transferibilidad de los derechos sociales, y en particular las prestaciones del régimen de pensiones, sin distinción entre migrantes en situación regular e irregular. Concretamente declaró que “es preciso aumentar la colaboración entre los países de origen y destino para aumentar la transferibilidad de las prestaciones y garantizar que los migrantes no se vean penalizados por haber trabajado a lo largo de su vida activa en más de un país. Entre las mejores prácticas en este ámbito se encuentran la adición de los períodos de contribución y la garantía de que los migrantes reciban porcentajes de sustitución de ingresos justos en cada uno de los sistemas de pensiones a los que contribuyeron”^b.

En el Marco Multilateral de la OIT para las Migraciones Laborales se recomienda a los Estados partes que concierten acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales para ofrecer cobertura y otras prestaciones de seguridad social, así como la transferibilidad de las prestaciones de seguridad social, incluso a los trabajadores migrantes en situación irregular (directriz 9.9).

^a Véase OIT, *Migración laboral internacional. Un enfoque basado en los derechos* (Ginebra, 2010), págs. 111 a 113. Ejemplos de ello son el Acuerdo sobre Seguridad Social de la Comunidad del Caribe (CARICOM) y el Mercado Común del Caribe y la Convención General sobre Seguridad Social aprobada por la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO).

^b A/60/871, párr. 98.

deben prever también servicios especiales para los niños atendidos en modalidades alternativas de cuidado y ocuparse asimismo de mitigar los efectos psicosociales que la migración tiene en los niños¹⁶⁷.

En el plano regional, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa afirmó los dos principios siguientes: “no se debe negar a los migrantes en situación irregular la protección social a través de la seguridad social cuando sea necesaria para mitigar la pobreza y preservar la dignidad humana” y “los migrantes en situación irregular que hayan cotizado a la seguridad social deben poder beneficiarse de esas cotizaciones o ser reembolsados si son expulsados del país, por ejemplo”. También puso de relieve la difícil situación de los niños vulnerables, que “deben tener derecho a la protección social, de la que deben disfrutar en pie de igualdad con los niños nacionales”¹⁶⁸.

Aunque no haya emitido hasta la fecha ningún dictamen concreto sobre el acceso de los migrantes en situación irregular a las prestaciones sociales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha determinado que los Estados no tienen permitido hacer diferencias discriminatorias entre nacionales y no nacionales respecto de su acceso a las prestaciones de protección social de carácter contributivo y no contributivo¹⁶⁹. En el caso *Gaygusuz*, el Tribunal Europeo sostuvo que “habría que aducir razones de mucho peso para que el Tribunal pudiera juzgar compatible con el Convenio una diferencia de trato basada exclusivamente en motivos de nacionalidad”. Por consiguiente, consideró que las razones que ofrecía el Estado para justificar una diferencia de trato entre nacionales y no nacionales respecto del adelanto de emergencia de las prestaciones del régimen de pensiones contributivas eran insuficientes y, por lo tanto, ese trato desigual era discriminatorio¹⁷⁰. Con respecto al pago de las

¹⁶⁷ “Report of the 2012 Day of general discussion”, párr. 88.

¹⁶⁸ Resolución 1509 (2006) sobre los derechos humanos de los migrantes en situación irregular, párr. 13.3 y 4.

¹⁶⁹ *Kova Poirrez v. France*, demanda N° 40892/98, sentencia de 30 de septiembre de 2003, párrs. 39 y 46 a 50.

¹⁷⁰ *Gaygusuz v. Austria*, demanda N° 17371/90, sentencia de 16 de septiembre de 1996, párrs. 42, 50 y 52.

prestaciones por hijos a los no nacionales, el Tribunal ha condenado toda diferencia de trato entre quienes tienen un permiso de residencia estable y quienes no lo tienen¹⁷¹.

El Comité Europeo de Derechos Sociales ha indicado expresamente que debe prestarse asistencia social de emergencia a "todas las personas que la necesiten, incluidos quienes estén presentes en el territorio ilegalmente, mientras persista la necesidad y cada vez que sea necesario"¹⁷². El Comité llegó a la conclusión de que la denegación de esa asistencia constituiría una vulneración del artículo 13.4 de la Carta Social Europea, que protege el derecho de los no residentes a la asistencia de urgencia.

El primer Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social fue aprobado en la XVII Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Santiago de Chile en noviembre de 2007 y entró en vigor en 2011. Su objetivo es preservar los derechos de los trabajadores migrantes iberoamericanos, velando por que todos los trabajadores conserven sus derechos sociales y el acceso a la debida protección social con independencia de su situación legal. El Convenio, que es el primer instrumento internacional de este tipo en la comunidad iberoamericana, prevé la salvaguardia de los derechos de circulación y es aplicable a las prestaciones en efectivo por concepto de invalidez, vejez, sobrevivientes y accidentes y enfermedades laborales, pero excluye la atención médica prestada en virtud de la legislación nacional.

¹⁷¹ *Niedzwiecki v. Germany*, demanda N° 58453/00, sentencia de 25 de octubre de 2005, párr. 33.

¹⁷² Conclusiones sobre la aplicación por Luxemburgo de la Carta Social Europea, en particular su art. 13.4 (2009).

Mensajes clave

- Los migrantes en situación irregular que hayan cotizado a un plan de seguridad social deben poder beneficiarse de esa cotización o recuperarla si abandonan el país.
- Todas las restricciones sobre el acceso de los migrantes a los planes no contributivos, incluidos los períodos de carencia, deben ser no discriminatorias, razonables, proporcionadas y justificadas en cada caso particular.
- Debe brindarse acceso a los migrantes en situación irregular a los planes no contributivos de seguridad social, al menos cuando sea necesario para aliviar la pobreza y preservar la dignidad humana.
- Los Estados deben adoptar medidas para velar por que sus sistemas de seguridad social den cobertura a todas las personas que trabajan en la economía informal, con inclusión de los migrantes en situación irregular.
- Los países de origen y los países de destino deben cooperar para que los derechos sociales de los migrantes, incluidos los derechos de quienes se encuentran en situación irregular, sean más fácilmente transferibles.
- Todos los niños migrantes en situación irregular y los hijos de migrantes en situación irregular deben tener derecho a la protección social en pie de igualdad con los hijos de los nacionales.