

# LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LOS MIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR



NACIONES UNIDAS



NACIONES UNIDAS  
DERECHOS HUMANOS  
OFICINA DEL ALTO COMISIONADO

# LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LOS MIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR



NACIONES UNIDAS



NACIONES UNIDAS  
**DERECHOS HUMANOS**  
OFICINA DEL ALTO COMISIONADO

Nueva York y Ginebra, 2014

## NOTA

Las denominaciones empleadas en esta publicación y la forma en que aparecen presentados los datos que contiene no entrañan la expresión de opinión alguna por parte de la Secretaría de las Naciones Unidas sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni sobre la delimitación de sus fronteras o límites.

Las firmas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras. La mención de una de tales firmas indica que se hace referencia a un documento de las Naciones Unidas.

<b>PRÓLOGO</b> .....	<b>1</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>3</b>
<b>I. PRINCIPIOS GENERALES</b> .....	<b>26</b>
A. Igualdad y no discriminación .....	27
B. Obligaciones de los Estados respecto de los derechos económicos, sociales y culturales .....	38
<b>II. EL DERECHO A LA SALUD</b> .....	<b>44</b>
A. Obstáculos jurídicos y prácticos que impiden a los migrantes en situación irregular disfrutar del derecho a la salud .....	46
B. Marco normativo y jurídico: el derecho a la salud de los migrantes en situación irregular.....	57
<b>III. EL DERECHO A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO, CON INCLUSIÓN DE LA VIVIENDA, EL AGUA Y EL SANEAMIENTO Y LA ALIMENTACIÓN</b> .....	<b>70</b>
A. Obstáculos jurídicos y prácticos que impiden a los migrantes en situación irregular disfrutar del derecho a un nivel de vida adecuado .....	75
B. Marco normativo y jurídico: el derecho a una vivienda adecuada de los migrantes en situación irregular .....	81
C. Marco normativo y jurídico: el derecho al agua y el saneamiento de los migrantes en situación irregular .....	85
D. Marco normativo y jurídico: el derecho a la alimentación de los migrantes en situación irregular.....	87

<b>IV. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.....</b>	<b>92</b>
A. Obstáculos jurídicos y prácticos que impiden a los migrantes en situación irregular disfrutar del derecho a la educación.....	94
B. Marco normativo y jurídico: el derecho a la educación de los migrantes en situación irregular.....	100
<b>V. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL.....</b>	<b>110</b>
A. Obstáculos jurídicos y prácticos que impiden a los migrantes en situación irregular disfrutar del derecho a la seguridad social.....	113
B. Marco jurídico y normativo: el derecho a la seguridad social de los migrantes en situación irregular .....	117
<b>VI. EL DERECHO A TRABAJAR Y EL DERECHO A CONDICIONES DE TRABAJO EQUITATIVAS Y SATISFACTORIAS .....</b>	<b>126</b>
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.....	128
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 .....	132
<b>CONCLUSIÓN .....</b>	<b>143</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA.....</b>	<b>155</b>

## PRÓLOGO

En la actualidad hay en el mundo más de 232 millones de migrantes internacionales. Si se reunieran para constituir un país, este sería el quinto país más poblado del planeta. Sin embargo, esta población es en gran medida invisible. Muchos migrantes, en particular los que se encuentran en situación irregular, tienden a vivir y trabajar en la penumbra, temerosos de quejarse, privados de derechos y libertades que solemos dar por supuestos y desproporcionadamente vulnerables a la discriminación y la marginación.

En 2010 las organizaciones internacionales que integran el Grupo Mundial sobre Migración, encabezadas por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, expresaron en una trascendental declaración conjunta su profunda preocupación por los derechos humanos de los migrantes internacionales que se encuentran en situación irregular. El Grupo observó que los migrantes en situación irregular tienen altas probabilidades de enfrentar discriminación, exclusión, explotación y abusos en todas las etapas del proceso de migración. Con frecuencia padecen períodos prolongados de privación de libertad o malos tratos y, en algunos casos, esclavitud, violación o asesinato. Resulta especialmente habitual que sean blanco de xenófobos y racistas y víctimas de empleadores sin escrúpulos y depredadores sexuales, y pueden convertirse en presa fácil de la trata y el tráfico ilícitos de migrantes. Vulnerables a causa de su situación irregular, estos hombres, mujeres y niños muchas veces no se atreven o no pueden pedir protección y socorro a las autoridades del país de origen, de tránsito o de destino. Es evidente que la situación irregular en que puedan encontrarse los migrantes internacionales no debe privarlos de su humanidad ni de sus derechos humanos.

El derecho internacional de los derechos humanos dispone que toda persona, sin discriminación, debe tener acceso a los derechos humanos fundamentales enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos. Cuando esté contemplada una diferencia de trato entre ciudadanos y no ciudadanos o entre diferentes grupos de no ciudadanos, esa diferencia debe ser compatible con las obligaciones internacionales

en materia de derechos humanos y aplicarse en aras de un objetivo legítimo, y la actuación que se emprenda para alcanzar ese objetivo debe ser proporcionada y razonable.

Los migrantes en situación irregular no son delincuentes. La evidencia demuestra que no migran con objeto de engañar al sistema de seguridad social o hacer un uso indebido de los servicios del país de destino. Es más probable encontrarlos trabajando en un hospital que utilizando sus instalaciones de manera injusta. Tienden a trabajar en sectores que entrañan suciedad y peligro, con frecuencia desempeñando labores de que los trabajadores locales no están dispuestos a ocuparse. Sin duda redundan en interés de los gobiernos la promoción y protección de los derechos humanos de todos los migrantes, incluidos los migrantes en situación irregular, ya que ninguna sociedad puede desarrollar su verdadero potencial cuando hay obstáculos jurídicos, sociales o políticos que impiden a sectores enteros contribuir a esa sociedad.

Esta publicación ofrece a los encargados de la formulación de políticas gubernamentales, las instituciones nacionales de derechos humanos, la sociedad civil, los abogados, los jueces y los propios migrantes un valioso recurso para comprender el alcance y el contenido de los derechos humanos de los migrantes en situación irregular. Haciendo especial hincapié en los derechos económicos, sociales y culturales, se propone poner en tela de juicio los supuestos comúnmente asumidos sobre el derecho de los migrantes en situación irregular a derechos humanos tan fundamentales como el derecho a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a la seguridad social y a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias. Los migrantes en situación irregular son seres humanos, y como seres humanos están protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos.



Navi Pillay

Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

## INTRODUCCIÓN

En la época actual se trasladan a otros países más personas que en ningún otro momento de la historia; hay en el mundo alrededor de 232 millones de migrantes internacionales<sup>1</sup>. La búsqueda de mejores condiciones de vida y de trabajo, el aumento de las desigualdades entre países y dentro de los países, la discriminación y otros atentados contra los derechos humanos, la pobreza, la degradación del medio ambiente, los conflictos y la violencia, así como la demanda de los mercados de trabajo, siguen empujando y atrayendo a migrantes para que crucen las fronteras internacionales. Las estimaciones indican que los migrantes que se encuentran en situación irregular representan entre el 15% y el 20% del conjunto de los migrantes internacionales<sup>2</sup>, es decir, de 30 a 40 millones de personas en todo el mundo. Contrariamente a una percepción muy extendida, esos migrantes no se desplazan solo entre el Sur y el Norte; en las últimas décadas la migración Sur-Sur ha ido en aumento, y según los investigadores muchos de esos migrantes se encuentran en situación irregular<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, División de Población, *Trends in International Migrant Stock: The 2013 Revision* (base de datos de las Naciones Unidas, POP/DB/MIG/Stock/Rev.2013); puede consultarse en [www.unmigration.org](http://www.unmigration.org).

<sup>2</sup> Organización Internacional para las Migraciones (OIM), *Informe sobre las migraciones en el mundo 2010 – El futuro de la migración: Creación de capacidades para el cambio* (Ginebra, 2010); puede consultarse en [http://publications.iom.int/bookstore/free/WMR\\_2010\\_SPANISH.pdf](http://publications.iom.int/bookstore/free/WMR_2010_SPANISH.pdf). Sin embargo, es muy difícil determinar con precisión el número de migrantes en situación irregular en los planos nacional, regional o internacional. En el *Informe sobre Desarrollo Humano 2009* se señala que la mayoría de las estimaciones sobre el número de migrantes se derivan de los censos y que “hay buenos motivos para sospechar que el recuento de los inmigrantes [en situación irregular] en los censos no es completo, ya que estos probablemente evitan ser entrevistados por temor a que dicha información sea compartida con otras autoridades de gobierno”. Véase Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Informe sobre Desarrollo Humano 2009: Superando barreras: Movilidad y desarrollo humanos* (Madrid, Mundi-Prensa Libros, S.A., 2009), pág. 25.

<sup>3</sup> Hay muchos factores que explican este fenómeno. Algunos son comunes a todas las regiones del mundo: la migración regular puede estar sujeta a condiciones estrictas; las normas de inmigración son confusas; se cobran tasas elevadas por la migración regular; los controles fronterizos son poco eficaces y existen grandes sectores de empleo informal. D. Ratha y W. Shaw, “South-South migration and remittances”, documento de trabajo N° 102 (Washington, D.C., Banco Mundial, 2007), págs. 26 y 27.

La mayoría de los migrantes en situación irregular entran en los países de destino a través de cauces regulares y solo posteriormente adquieren situación irregular, por ejemplo por exceder el período de validez de su permiso de estancia<sup>4</sup>. Solo una pequeña minoría cruza la frontera de forma clandestina. Sin embargo, gran parte del discurso popular e incluso oficial sobre la migración irregular está dominado por un paradigma de seguridad que responde al objetivo de “combatir” o “atajar” la migración irregular, muchas veces mediante la adopción de rigurosas medidas de control fronterizo y la criminalización de los migrantes en situación irregular.

### *Definiciones*

Si bien no existe una definición universalmente aceptada del término, “migración irregular” suele referirse a la circulación de migrantes internacionales que entran o permanecen en un país sin la debida autorización. Otros términos de uso común para calificar a los migrantes en situación irregular son “indocumentados”, “no autorizados”, “ilícitos” o incluso “ilegales”.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares establece lo siguiente:

A los efectos de la presente Convención, los trabajadores migratorios y sus familiares:

- a) Serán considerados documentados o en situación regular si han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte;

---

<sup>4</sup> En 2005 la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales calculó que cada año, de un total mundial en ese momento de alrededor de 200 millones de migrantes, solo entre 2,5 y 4 millones cruzaban fronteras internacionales sin autorización. “Migration at a glance”, 2005; puede consultarse en <http://web.mnstate.edu/robertsb/308/Migration%20at%20a%20glance.pdf>.

- b) Serán considerados no documentados o en situación irregular si no cumplen las condiciones establecidas en el inciso a) de este artículo (art. 5).

El Grupo Mundial sobre Migración, un órgano interinstitucional integrado por 16 organismos de las Naciones Unidas y otras entidades internacionales que se ocupan de la migración, define “migrante en situación irregular” como “toda persona que, debido a la entrada sin documentación o a la expiración de su visado, carece de condición jurídica en un país de tránsito o de destino. El término se aplica a los migrantes que infringen las normas de admisión del país y a cualquier otra persona no autorizada a permanecer en el país de destino”<sup>5</sup>.

### Las palabras importan

En 1975 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la resolución 3449 (XXX), en que pedía “a los órganos de las Naciones Unidas y a los organismos especializados interesados que [utilizaran] en todos los documentos oficiales la expresión ‘trabajadores migratorios no documentados o irregulares’ para definir a los trabajadores que se internaran ilegal o subrepticamente en otro país para obtener trabajo”.

En su observación general N° 2 (2013) sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares expresó la opinión de que las expresiones “en situación irregular” o “no documentados” eran la terminología adecuada que debía emplearse para hacer referencia a la situación de esos trabajadores. El uso del término “ilegal” para describir a los trabajadores migratorios en situación irregular era inadecuado y debía evitarse, ya que tendía a estigmatizarlos al vincularlos con la delincuencia.

“A quienes entran o trabajan en un país sin una autorización legal se les califica de ilegales, clandestinos, indocumentados o personas en situación irregular. ‘Migrantes ilegales’ [es una expresión que] tiene hoy una connotación

<sup>5</sup> Grupo Mundial sobre Migración, *International Migration and Human Rights: Challenges and Opportunities on the Threshold of the 60th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights* (2008), pág. 7.

normativa y se la relaciona con la idea de delincuencia" (Oficina Internacional del Trabajo, *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada* (Ginebra, 2004)).

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su resolución 1509 (2006), explica que prefiere utilizar la expresión "migrante en situación irregular" en lugar de términos como "migrante ilegal" o "migrante indocumentado". Este término es más neutral y no conlleva, por ejemplo, el estigma del término "ilegal".

En la presente publicación se utilizará el término "migrantes en situación irregular" para abarcar todas las categorías de migrantes internacionales en situación irregular, con inclusión de los migrantes indocumentados (observando que no todos los migrantes en situación irregular carecen de documentos) y los solicitantes de asilo rechazados.

### *Datos*

La migración irregular es un fenómeno complejo; los datos sobre la migración irregular y los migrantes en situación irregular suelen ser escasos. La mayoría de los sistemas de datos oficiales no recogen ni el número ni las circunstancias de los migrantes, y muchos de los datos internacionales sobre la migración no contabilizan con exactitud los migrantes en situación irregular. Se dispone de algunos datos sobre los migrantes en situación irregular que están reclusos o sometidos de algún otro modo a la acción del Estado, como, por ejemplo, el número de detenciones en los puestos de control fronterizo, los inmigrantes reclusos en centros de detención y el número de devoluciones, pero esta información rara vez es indicativa de la población total de migrantes en situación irregular. Los migrantes en situación irregular rara vez son incluidos en los censos de población, que siguen siendo la principal fuente de información estadística sobre las poblaciones migrantes.

Para establecer si están cumpliendo o no sus obligaciones dimanantes de los tratados y velar por que su conducta no esté dando lugar a desigualdades en el disfrute de los derechos humanos, los Estados tienen

*La demanda y el uso de indicadores en el ámbito de los derechos humanos forman parte de un proceso más amplio y sistemático de aplicación, vigilancia y realización de los derechos. Junto con los planes nacionales de acción en materia de derechos humanos, estudios de referencia y enfoques basados en derechos respecto del desarrollo y la buena gobernanza, la labor de supervisión de los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas y de las instituciones regionales y nacionales de derechos humanos, los indicadores son un instrumento concreto y práctico para promover la realización de los derechos humanos y medir su aplicación. Está reconocido que hay que abandonar el uso de estadísticas generales para avanzar hacia la definición de indicadores específicos para el ámbito de los derechos humanos.*

*Fuente: Indicadores de derechos humanos: Guía para la medición y la aplicación (HR/PUB/12/5). Esa publicación aborda el vínculo entre los derechos humanos y las estadísticas y propone un conjunto de instrumentos para mejorar los sistemas estadísticos nacionales y garantizar una implementación y vigilancia más sistemáticas de los derechos humanos.*

la obligación de vigilar los efectos de sus políticas y acciones, incluidas sus políticas sociales. Para ello, tienen el deber de reunir datos desglosados<sup>6</sup>. En efecto, en el Convenio N° 143 sobre las Migraciones en Condiciones Abusivas y la Promoción de la Igualdad de Oportunidades y de Trato de los Trabajadores Migrantes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se exhorta expresamente a los Estados a que reúnan información sobre la presencia de trabajadores y trabajadoras migrantes empleados de manera irregular<sup>7</sup>.

El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que la falta de datos sobre los niños en el contexto de la migración dificulta la formulación,

<sup>6</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general N° 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Los datos estadísticos que se reúnan deben estar desglosados por sexo, nacionalidad y otros descriptores.

<sup>7</sup> El Convenio dispone lo siguiente: "Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio deberá tratar de determinar sistemáticamente si en su territorio se encuentran trabajadores migrantes empleados ilegalmente y si existen movimientos migratorios con fines de empleo provenientes o con destino a su territorio, o en tránsito por este, en los cuales los migrantes se vean sometidos durante el viaje, a su llegada o durante su permanencia y empleo, a condiciones que infrinjan los instrumentos internacionales o acuerdos multilaterales o bilaterales pertinentes, o la legislación nacional" (art. 2.1).

aplicación y vigilancia de las políticas públicas que protegen los derechos económicos y sociales de los niños migrantes. Por ejemplo, no existen datos fidedignos sobre el número de niños que se encuentran en situación irregular. El Comité ha recomendado que todos los garantes de derechos otorguen mayor prioridad a paliar la falta de estadísticas y estimaciones nacionales sobre los migrantes en situación irregular, en particular los niños migrantes en situación irregular, concretamente en lo que respecta a: perfeccionar las actividades de reunión de datos desglosados, con salvaguardias para evitar el uso indebido de esos datos; asegurar que los hogares afectados por la migración estén identificados en los sistemas locales de estadísticas y datos, así como en las encuestas representativas a nivel nacional sobre las condiciones de vida, los gastos y la fuerza de trabajo; y velar por que la responsabilidad de seguir de cerca la situación de los niños migrantes sea compartida por todos los países afectados, es decir, los países de tránsito y de destino además de los países de origen<sup>8</sup>.

En cooperación con Caritas, el Servicio de Salud Pública de la ciudad de Reggio Emilia (Italia) ofrece atención ambulatoria y tratamiento médico a los extranjeros. El Centro per la salute della famiglia straniera (Centro para la Salud de las Familias Extranjeras) dispone de un servicio de mediación cultural y presta servicios a grupos específicos, en particular asistencia a mujeres y niños y servicios de obstetricia.

El Centro mantiene estadísticas precisas sobre sus pacientes, utilizando un código para identificar a los pacientes y mantener su historial preservando su anonimato. El Centro comparte su base de datos con el centro médico de Caritas Querce di Mamre, que ofrece servicios de atención en 11 especialidades (atención odontológica, atención general, atención a la mujer y el niño, servicios quirúrgicos, neurología, urología, cardiología, oftalmología, ortopedia, otorrinolaringología y dermatología). Los servicios de ambos centros están destinados principalmente los migrantes en situación irregular.

El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares también ha expresado su preocupación por la falta de datos sobre la situación de los migrantes en situación

<sup>8</sup> Véase Comité de los Derechos del Niño, "Report of the 2012 Day of general discussion on the rights of all children in the context of international migration", párrs. 63 a 67.

irregular, en particular sobre la matriculación en las escuelas, porque esta carencia puede impedir a los Estados evaluar y abordar con eficacia la situación de los niños migrantes<sup>9</sup>.

### *Sendas que conducen a la irregularidad*

La forma que adopta la migración irregular se ve influida por una combinación compleja de factores en que intervienen los intereses de los migrantes y los empleadores individuales, intereses económicos más amplios, intereses políticos, cuestiones de seguridad y los marcos jurídicos y normativos. La Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales observó en 2005 que “la cuestión de la migración irregular está indisolublemente vinculada a la de la seguridad humana. Muchas de las personas que migran de manera irregular lo hacen porque sus propios países están afectados por los conflictos armados, la inestabilidad política y el declive económico”<sup>10</sup>. En todo el mundo, los cauces legales para la migración son por lo general insuficientes, y los que existen suelen ser de difícil acceso<sup>11</sup>. Las personas con menos recursos se ven afectadas de manera desproporcionada por la falta de cauces regulares y los obstáculos que dificultan su utilización.

Hay muchas “sendas” que conducen a la irregularidad. Los migrantes, incluidos los solicitantes de asilo rechazados, pueden verse en la imposibilidad de regresar a su país de origen por temor a las violaciones de los derechos humanos. Procedimientos burocráticos engorrosos y costosos pueden causar la pérdida inintencionada o el retiro de la situación regular. En los países en que los permisos de trabajo y de residencia están vinculados al empleo, los migrantes tienen probabilidades de quedar en situación irregular cuando escapan de empleadores abusivos. En determinadas circunstancias, puede ocurrir que un migrante se encuentre

<sup>9</sup> CMW/C/DZA/CO/1, párr. 20.

<sup>10</sup> Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, “Migration in an interconnected world: New directions for action”, octubre de 2005, pág. 33. Puede consultarse en [www.queensu.ca/samp/migrationresources/reports/gcim-complete-report-2005.pdf](http://www.queensu.ca/samp/migrationresources/reports/gcim-complete-report-2005.pdf).

<sup>11</sup> Franck Düvell, “Paths into irregularity: the legal and political construction of irregular migration”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 13, N° 3 (2011).

al mismo tiempo en situación regular e irregular, por ejemplo, si ha entrado en un país con un visado para reunirse con miembros de su familia, pero posteriormente por motivos económicos se ve obligado a encontrar un empleo a pesar de no contar con un permiso de trabajo. Los migrantes pueden adoptar conscientemente la decisión de buscar cauces de entrada irregulares para reunirse con su familia o buscar empleo. Los niños se hallan muchas veces en situación irregular porque su situación jurídica está vinculada a la de sus padres, de modo que con frecuencia los niños nacidos de padres migrantes en su país de destino heredan su situación irregular.

*Los estudios indican que la mayoría de los migrantes en situación irregular habrán entrado en el país de destino de manera legal y solo posteriormente habrán pasado a estar en situación irregular. Algunos habrán permanecido una vez vencido su permiso por no haber podido mantener una presencia regular, mientras que otros habrán quedado en situación irregular a causa de los obstáculos burocráticos o se habrán visto arrastrados a la irregularidad al tratar de escapar de la explotación y los abusos de sus empleadores. Algunos migrantes en situación irregular tendrán necesidades de protección que ellos no han podido o no han querido señalar a las autoridades del Estado o que han sido desestimadas en procedimientos de asilo defectuosos.*

*Los derechos humanos no son una cuestión de beneficencia, ni suponen una recompensa por acatar las normas de inmigración. Los derechos humanos son derechos inalienables de todos los seres humanos, dondequiera que se encuentren y cualquiera que sea su situación.*

*Fuente: Navi Pillay, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Equal rights for all migrants: a call for ratification of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families", alocución ante el Instituto de Altos Estudios Internacionales y del Desarrollo, Ginebra, 14 de diciembre de 2011.*

### *Vulnerabilidad de los migrantes en situación irregular*

Independientemente de la manera en que hayan adquirido esa situación, los migrantes en situación irregular se ven desproporcionadamente expuestos a violaciones de los derechos humanos. En 2010 el Grupo Mundial sobre Migración expresó su profunda preocupación por los derechos humanos de los migrantes internacionales en situación irregular

en todo el mundo y llegó a la conclusión de que esos migrantes tienen especiales probabilidades de ser objeto de discriminación, exclusión, abusos y explotación. El Grupo señaló que la situación irregular en que puedan encontrarse los migrantes internacionales no debe privarlos de su humanidad ni de sus derechos humanos<sup>12</sup>.

Sin embargo, en todo el mundo, los migrantes en situación irregular se enfrentan a numerosas violaciones de sus derechos humanos fundamentales. Con frecuencia son objeto de detenciones arbitrarias y prolongadas a causa de las políticas restrictivas de detención de migrantes y pueden estar sujetos a condiciones deficientes de privación de libertad. Por ley o en virtud de reglamentos administrativos, muchos ven denegado el acceso a la atención de salud pública, a una vivienda adecuada, a la educación y a los servicios esenciales de seguridad social. Los niños migrantes en situación irregular a veces se encuentran ante la imposibilidad, en la legislación o en la práctica, de asistir a la escuela. Con frecuencia los migrantes en situación irregular no tienen derecho a recibir servicios adecuados de atención de salud o una vivienda digna, y es posible que no se les permita ejercer su derecho a la libertad de asociación. Muchos se sienten incapaces de informar a la policía cuando son víctimas de delitos, o evitan enviar a sus hijos a la escuela porque tienen miedo a ser expulsados.

Además, al verse obligados a permanecer al margen de la sociedad y muchas veces excluidos de la economía formal, la mayoría de los migrantes en situación irregular trabajan en sectores no especializados y no regulados del mercado de trabajo, en empleos que con frecuencia son sucios, peligrosos y difíciles. Es posible que se sumen a otros miembros de la familia que ya trabajan en esos sectores. Sus condiciones de trabajo son a menudo peligrosas y sus derechos laborales tienen escasa o nula protección. Con frecuencia son sometidos a condiciones de explotación, que pueden entrañar violencia, tortura y trabajo forzoso, contra las que pocas veces buscarán vías de recurso a causa de su situación irregular.

<sup>12</sup> Declaración del Grupo Mundial sobre Migración relativa a los derechos humanos de los migrantes en situación irregular, 30 de septiembre de 2010.

A pesar de ello, en las estrategias o planes de acción nacionales sobre vivienda pública, atención de salud o educación no se suelen tomar en consideración la situación y las necesidades de los migrantes en situación irregular. Esas políticas rara vez tienen en cuenta las aportaciones esenciales que hacen a la sociedad y la economía los migrantes, ni las muchas maneras en que pueden verse privados de sus derechos humanos.

Las autoridades públicas también suelen dar por cierto que la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales las obliga a proporcionar gratuitamente atención de salud, agua, educación, alimentación y otros bienes y servicios. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) ha puntualizado, sin embargo, que el marco de los derechos humanos no siempre exige al Estado que ofrezca asistencia social y ha observado que: "Tal como se señala en la Declaración Universal de Derechos Humanos, toda persona tiene derecho a la seguridad social en caso de desempleo, enfermedad, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. No obstante, eso no significa siempre que se tenga derecho a dádivas. La seguridad social debe impedir que las personas vivan en situaciones desesperadas y debe ayudarlas a recuperarse con miras a brindarles oportunidades para que sean miembros libres de la sociedad y realicen aportaciones a esta"<sup>13</sup>. Esto exige que los Estados consideren la posibilidad de adoptar una serie de medidas de distinto alcance, desde la oferta de prestaciones hasta la eliminación de las barreras sociales que impiden la plena participación de todos en la vida económica y social.

Los migrantes suelen ser acusados, a menudo sin motivo, de quitar puestos de trabajo a la población local, sobrecargar los sistemas de salud pública y adelantarse a otros en las listas de espera para la vivienda<sup>14</sup>. Los mecanismos de derechos humanos han expresado su

<sup>13</sup> ACNUDH, *Folleto informativo N° 33: Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales*, pág. 27.

<sup>14</sup> Estos mitos quedan claramente refutados por estudios que han analizado datos estadísticos sobre los migrantes en situación irregular en todo el mundo. Véase,

preocupación por el actual resurgimiento de partidos políticos con ideologías xenófobas y programas que incitan a la discriminación y la violencia contra los migrantes, culpándolos de la inseguridad y los problemas socioeconómicos<sup>15</sup>. La propagación de percepciones erróneas acerca de la magnitud y la naturaleza de la migración puede contribuir a los prejuicios y la xenofobia. El hecho de que actualmente la migración Sur-Sur sea casi tan común como la migración Sur-Norte y de que alrededor de un tercio de los migrantes tengan su origen y estén viviendo en el Sur mundial rara vez aparece en las primeras planas de los periódicos<sup>16</sup>. Por otro lado, encuestas de opinión han puesto de manifiesto que casi siempre se sobrestima el número absoluto de migrantes en las sociedades de destino<sup>17</sup>.

La migración irregular ha pasado a ocupar el primer plano de la agenda política en los países y regiones de todo el mundo, en que los migrantes se ven envueltos involuntariamente en controversias internas sobre la identidad nacional<sup>18</sup>. Los temores de que los extranjeros roben prestaciones y empleos y resten seguridad rara vez son solo temores respecto de los migrantes y la inmigración. La realidad es que suele haber un número menor de migrantes en situación irregular en las comunidades

---

por ejemplo, OIM, *Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2011: Comunicar Eficazmente sobre la Migración* (Ginebra, 2011), págs. 29 a 32. Puede consultarse en [http://publications.iom.int/bookstore/free/WMR2011\\_Spanish.pdf](http://publications.iom.int/bookstore/free/WMR2011_Spanish.pdf).

- <sup>15</sup> "Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Mutuma Ruteere" (A/HRC/20/33), párr. 28.
- <sup>16</sup> Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, División de Población, "Migrants by origin and destination: the role of South-South migration", *Population Facts*, N° 2012/3, junio de 2012. No obstante, es importante recordar que la xenofobia existe en los países de destino del Sur al igual que en los del Norte.
- <sup>17</sup> Un estudio de ocho países receptores de migrantes (Alemania, Canadá, España, Estados Unidos, Francia, Italia, Países Bajos y Reino Unido) reveló que, en todos ellos, los encuestados tendían a exagerar considerablemente su cálculo de la población migrante. Por ejemplo, los estadounidenses, en promedio, estimaban que la población nacida en el extranjero suponía el 37,8%, mientras que en realidad es tan solo del 12,5% (*Transatlantic Trends 2010*). Véase también OIM, *Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2011*, págs. xiv y xv.
- <sup>18</sup> OIT y otros, *International Migration, Racism, Discrimination and Xenophobia* (agosto de 2001), pág. 1.

de lo que temen sus habitantes, y por lo general esos migrantes están menos inclinados a reclamar prestaciones que la población residente. El debate sobre la migración, y en concreto la migración irregular, por lo tanto, se caracteriza cada vez más por la transferencia de temores sobre el desempleo, la viabilidad de los sistemas de bienestar social y otros aspectos de la globalización.

*Una cuestión fundamental es cómo hacer frente a la presencia generalizada de percepciones y opiniones adversas, resentimiento y xenofobia contra los extranjeros y, en particular, los trabajadores migratorios, especialmente cuando por lo general se dice que compiten injustamente por viviendas y empleos escasos y se aprovechan injusta o ilegalmente de los fondos de asistencia social, y se los asocia con la delincuencia.*

*Fuente:* Informe del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares sobre sus períodos de sesiones séptimo y octavo (A/63/48), anexo VI, párr. 13.

La crisis económica y financiera mundial ha acentuado la tendencia de muchos Estados a limitar las vías de migración regular, incluida la reunificación familiar, en ocasiones haciendo de los cauces irregulares la única posibilidad para la migración. Al adoptar tales decisiones políticas no se tienen en cuenta los hechos en distintos lugares del mundo que indican que, en general, las migraciones no tienen un efecto económico negativo en los países de destino<sup>19</sup>.

### *Criminalización de la migración irregular*

En virtud del derecho internacional, la entrada y la permanencia irregulares son infracciones administrativas y no delitos, y deben ser

<sup>19</sup> Bimal Ghosh, *The Global Economic Crisis and Migration: Where Do We Go from Here?* (Ginebra, OIM, 2011). En un estudio reciente realizado en el Reino Unido se puso de manifiesto que los migrantes que habían llegado a partir de 2000 tenían menos probabilidades de recibir prestaciones o viviendas sociales que los residentes nativos. Además, de 2001 a 2011, los migrantes hicieron una contribución neta considerable al sistema fiscal del país y, por lo tanto, ayudaron a aliviar la carga fiscal de los trabajadores nativos. Véase Christian Dustmann y Tommaso Frattini, "The fiscal effects of immigration to the UK", Discussion Paper Series, CDP N° 22/13 (Londres, Centre for Research and Analysis of Migration, noviembre de 2013).

sancionadas en consecuencia; no suponen por sí mismas delitos contra las personas, los bienes o la seguridad nacional. El Comité sobre los Trabajadores Migratorios afirmó en su observación general N° 2 (2013) que “no constituyen delito el cruce de la frontera de un país sin la debida autorización o documentación ni la permanencia en un país una vez vencido el plazo autorizado. La penalización de la entrada irregular en un país va más allá del interés legítimo de los Estados partes de controlar y reglamentar la migración irregular y da lugar a detenciones innecesarias. La entrada y estancia irregulares en un país pueden constituir infracciones administrativas, pero no son en sí mismas delitos contra las personas, los bienes o la seguridad nacional” (párr. 24). El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes está de acuerdo en que “la migración irregular no es un delito. Las autoridades de los Estados han ido recurriendo cada vez más a la terminología del delito cuando hablan de la migración irregular, e incluso algunos Estados optan por criminalizar la migración irregular o la ayuda a los migrantes en situación irregular. Cruzar las fronteras puede suponer una infracción de la ley, pero se trata de una infracción abstracta, puesto que trasladarse de un país a otro no pone en peligro de por sí a ninguna persona ni afecta a bien alguno”<sup>20</sup>.

Algunos Estados, tanto países de origen como de destino, han elaborado leyes y políticas para proteger los derechos de los migrantes en situación irregular. Según la Constitución del Ecuador de 2008, la migración es un derecho humano. El artículo 40 dispone expresamente que no se considerará a ningún ser humano como “ilegal” por su condición migratoria.

La criminalización de los migrantes que entran o permanecen en un país de forma irregular agrava su exclusión social y los empuja a vivir en condiciones aún más precarias<sup>21</sup>. Si bien los Estados gozan de una prerrogativa soberana para gestionar sus fronteras, es importante

<sup>20</sup> François Crépeau, Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, declaración ante la Asamblea General, Nueva York, 21 de octubre de 2011.

<sup>21</sup> Véase, por ejemplo, “Criminalisation of migration in Europe: human rights implications”, Issue Paper, CommDH/IssuePaper (2010) 1 (Estrasburgo (Francia), Consejo de Europa, Comisario para los Derechos Humanos, 4 de febrero de 2010). Puede consultarse en <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1579605>.

señalar que el derecho de los derechos humanos limita el ejercicio de esa prerrogativa.

El principio de no devolución, por ejemplo, prohíbe a los Estados expulsar de su territorio a cualquier persona, independientemente de su nacionalidad o situación jurídica, a un lugar en el que corra riesgo de persecución, tortura u otras violaciones graves de los derechos humanos<sup>22</sup>. Sigue siendo objeto de debate, por ejemplo, si la devolución de personas a países en que puedan estar privadas de servicios adecuados de atención de salud constituye o no un trato inhumano o degradante. En este contexto, la opinión del Comité sobre los Trabajadores Migratorios, formulada en su observación general N° 2 (2013), es que “este principio incluye el riesgo de sufrir torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, como unas condiciones de detención inhumanas y degradantes en el caso de los migrantes o la ausencia del tratamiento médico necesario en el país de retorno, así como riesgos para el disfrute del derecho a la vida [...]. También se aplica a situaciones en que las personas puedan ser reenviadas a terceros países. El Comité considera que debe protegerse a los migrantes y sus familiares en los casos en que la expulsión suponga una injerencia arbitraria en el derecho a la familia y a la vida privada” (párr. 50). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su jurisprudencia más reciente, parece indicar que solo en circunstancias excepcionales la expulsión de las personas con un trastorno de salud potencialmente mortal o en la fase terminal de una enfermedad que no puedan continuar el tratamiento en su país de origen podría equipararse a un trato inhumano y degradante contrario al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 3) y Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (art. 33).

<sup>23</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictaminó en 1998 que las personas con un trastorno de salud potencialmente mortal o en la fase terminal de una enfermedad que no pudieran continuar el tratamiento en su país de origen no podían ser devueltas, ya que la devolución podría precipitar la muerte en circunstancias difíciles, lo que, a su vez, constituiría una forma de trato inhumano, contrario al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Véanse *D. v. United Kingdom*, demanda N° 30240/96, sentencia de 2 de mayo de 1997; y *BB v. France*, demanda N° 39030/96, informe de la Comisión de 9 de marzo de 1998. Sin embargo, la última jurisprudencia del Tribunal

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en su recomendación general N° 26 (2008) sobre las trabajadoras migratorias, puso de relieve que “las trabajadoras migratorias indocumentadas están particularmente expuestas a ser víctimas de la explotación y el abuso por su situación irregular en materia de inmigración, lo que intensifica su marginación y el riesgo de que sean explotadas. Pueden ser sometidas a realizar trabajos forzados, y su acceso a los derechos laborales mínimos estará limitado por el temor a una denuncia. También pueden enfrentarse al hostigamiento policial. Si se las detiene, se las enjuicia por infringir las leyes de inmigración y se las recluye en centros de detención, donde están expuestas al abuso sexual y, finalmente, a la deportación” (párr. 22).

Las trabajadoras domésticas migratorias se enfrentan además a otros riesgos por el hecho de ser mujeres, por ejemplo a la violencia de género. El Comité sobre los Trabajadores Migratorios señaló en su observación general N° 1 sobre los trabajadores domésticos migratorios (2011) que esos riesgos y factores de vulnerabilidad son más graves aún en el caso de las trabajadoras y los trabajadores domésticos migratorios 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. El Comité recomendó además a los Estados que incorporaran una perspectiva de género y previeran recursos contra la discriminación basada en el género a la que se exponen las trabajadoras domésticas migratorias (párrs. 7 y 60).

---

parece indicar que este principio se aplica solo en circunstancias excepcionales. Véase *Ndangoya v. Sweden*, demanda N° 17868/03, sentencia de 22 de junio de 2004, y *Amegnigan v. the Netherlands*, demanda N° 25629/04, sentencia de 25 de noviembre de 2004. Ambas demandas fueron consideradas inadmisibles. En *N. v. the United Kingdom*, demanda N° 26565/05, sentencia de 27 de mayo de 2008, el Tribunal resolvió por mayoría que la expulsión de un nacional de Uganda seropositivo gravemente enfermo no daría lugar a una violación del artículo 3. El Tribunal argumentó que el alto umbral de exigencia no se cumplía en un caso como ese, en que “el perjuicio futuro alegado provendría no de actos u omisiones intencionados de las autoridades públicas u órganos independientes del Estado, sino de una enfermedad que ha sobrevenido naturalmente y de la falta de recursos suficientes para hacerle frente en el país de destino” (párr. 43).

Las limitaciones de los derechos de los migrantes adultos afectan a los derechos de sus hijos. Según el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), “las condiciones de trabajo de los trabajadores migratorios, las restricciones a su derecho a trabajar y la falta de políticas de regularización contribuyen a la marginación de los migrantes. Esta marginación, a su vez, priva a sus hijos del derecho a un nivel de vida adecuado”<sup>24</sup>.

### Protección de la familia

Hay un consenso universal respecto de que la familia, como unidad fundamental de la sociedad, tiene derecho a respeto, protección, asistencia y apoyo (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 16.3, y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10.1). La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares protege a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares contra injerencias arbitrarias o ilegales en la vida familiar (art. 14). El derecho del niño a la vida familiar está establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño (preámbulo y arts. 3, 7 a 10, 16 y 18). La Convención obliga a los Estados a velar por que los niños no sean separados de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. El derecho a la vida familiar tiene una importante función protectora para los niños en el contexto de la migración, en particular para los niños no acompañados y separados de su familia, por lo que es pertinente en los procedimientos de admisión, detención y expulsión.

La idea que subyace en muchas políticas en relación con la migración y la familia es que la reunificación de la familia o, de hecho, la propia vida familiar deben ocurrir únicamente en el país de origen de los migrantes en situación irregular. Por otro lado, la mayoría de los expertos en migración creen que las restricciones basadas en esa idea probablemente harán que aumente la entrada irregular de niños que desean reunirse con sus padres y prolongarán

<sup>24</sup> UNICEF y Universidad Nacional de Lanús (Argentina), “Economic, social and cultural rights of migrant children and children born to migrant parents: challenges, good practices and recommendations”, proyecto de documento, marzo de 2010. Puede consultarse en [www.ohchr.org/Documents/Issues/MHR/Consultation2010/3a.UNICEF\\_ESCR\\_Migrants.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/MHR/Consultation2010/3a.UNICEF_ESCR_Migrants.pdf).

la residencia en situación irregular de algunos niños en los países de destino<sup>a</sup>. Han constatado que, a falta de oportunidades para migrar de manera regular, muchas personas, entre ellos niños, se sienten obligadas a migrar en circunstancias precarias y peligrosas para reunirse con sus familiares, y para ello pueden eludir los controles de inmigración. Además, muchos hijos de migrantes en situación irregular nacidos en los países de destino corren el riesgo de perder a sus padres y su vida familiar si sus padres son expulsados.

En su observación general N° 6 (2005) sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, el Comité de los Derechos del Niño afirmó que el interés superior del niño debía ser la consideración primordial, en particular en las cuestiones de reunificación familiar. La reunificación familiar en el país de origen no debe procurarse cuando exista un "riesgo razonable" de que el retorno se traduzca en la violación de los derechos humanos fundamentales del niño (párr. 82). En su recomendación general N° 30 (2004) sobre la discriminación contra los no ciudadanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial pidió a los Estados partes que evitaran la expulsión de los no ciudadanos, especialmente de los residentes de larga data, que pudiera tener como resultado una interferencia desproporcionada en el derecho a la vida familiar (párr. 28). El Comité de los Derechos del Niño, en su informe del Día de debate general de 2012 sobre los derechos de todos los niños en el contexto de la migración internacional, celebrado en febrero de 2012, también recomendó a los Estados que velaran por que sus políticas, leyes y medidas en materia de migración respetaran el derecho del niño a la vida familiar y por que ningún niño fuera separado de sus padres por la acción o la inacción del Estado, a menos que así lo dictara el interés superior del niño. Esas medidas debían consistir, entre otras cosas, en la tramitación positiva, humanitaria y rápida de las solicitudes de reunificación familiar; la disponibilidad de opciones para regularizar su situación migratoria en la medida de lo posible; y las políticas de reunificación familiar, en todas las etapas de la migración, para que los niños que habían quedado atrás pudieran reunirse con sus padres (o los padres reunirse con sus hijos) en los países de tránsito o de destino (párr. 83).

El respeto del derecho a la vida familiar exige a los Estados que se abstengan de todo acto que cause la separación de las familias y adopten medidas positivas para afianzar la unidad de la familia y reunir a los familiares que hayan quedado separados. Los Estados también tienen la obligación de adoptar medidas especiales para localizar a los padres y reunirlos con sus hijos no acompañados o separados. El Relator Especial sobre los derechos

humanos de los migrantes ha recomendado a los países de origen y de destino que elaboren estrategias destinadas a lograr la reunificación familiar en un plazo razonable<sup>b</sup>.

<sup>a</sup> Comité de los Derechos del Niño, "2012 Day of general discussion on the rights of all children in the context of international migration", documento de antecedentes, agosto de 2012, pág. 22.

<sup>b</sup> A/HRC/11/7, párr. 87.

### *Sinopsis de la presente publicación*

Esta publicación tiene por objeto colmar una importante laguna de conocimientos sobre los derechos humanos de los migrantes en situación irregular. Teniendo presente el amplio abanico de cuestiones de derechos humanos ligadas a esos migrantes, se establecen en concreto los marcos jurídicos y normativos en relación con los derechos económicos, sociales y culturales de los migrantes en situación irregular, poniendo de relieve la orientación que proporcionan el derecho internacional de los derechos humanos y los marcos jurídicos conexos, como el derecho internacional del trabajo. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha descrito los derechos económicos, sociales y culturales como "los derechos humanos relacionados con el lugar de trabajo, la seguridad social, la vida en familia, la participación en la vida cultural y el acceso a la vivienda, la alimentación, el agua, la atención de la salud y la educación"<sup>25</sup>.

El propósito de la publicación es describir los obstáculos a que se enfrentan los migrantes en situación irregular en el ejercicio de esos derechos, así como las tendencias y las políticas nacionales en la materia, destacando, siempre que sea posible, ejemplos de prácticas prometedoras de todo el mundo. Estos ejemplos de prácticas estatales por supuesto no son exhaustivos, sino que pretenden poner de manifiesto las leyes, las políticas y otras iniciativas que son pertinentes para la situación de los derechos humanos de los migrantes en situación irregular.

<sup>25</sup> Folleto informativo N° 33: Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales, pág. 3.

El primer capítulo trata de los principios generales y, en particular, el principio de igualdad y no discriminación, y examina la índole de las obligaciones de los Estados en lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales. En los capítulos siguientes se analizan cinco derechos: a la salud; a un nivel de vida adecuado, que comprende la vivienda, la alimentación y el agua y el saneamiento; a la educación; a la seguridad social; y al trabajo. En cada capítulo se establecen el alcance y el contenido del derecho de que se trate en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, empezando por la norma universal recogida en la Carta Internacional de Derechos Humanos y continuando con los marcos jurídicos relacionados específicamente con los migrantes en situación irregular. Asimismo, en cada capítulo se ponen de relieve las “obligaciones básicas mínimas”<sup>26</sup> que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha determinado respecto de cada derecho, así como las recomendaciones y orientaciones de los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas<sup>27</sup> y las opiniones de los sistemas regionales de derechos humanos. También se examinan brevemente en los distintos capítulos los obstáculos jurídicos y prácticos que afrontan los migrantes en situación irregular, y todos los capítulos concluyen con una serie de mensajes clave dirigidos a los Estados y otras partes interesadas.

---

<sup>26</sup> En su observación general N° 3 (1990) sobre la índole de las obligaciones de los Estados partes, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sostiene que los Estados partes tienen obligaciones básicas mínimas en virtud del Pacto a fin de garantizar un nivel básico de disfrute de cada derecho económico, social y cultural. El Comité observa que “un Estado parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser” (párr. 10). Obsérvese que las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales también reafirman este principio.

<sup>27</sup> Comprenden los órganos creados en virtud de tratados, establecidos para vigilar el cumplimiento por los Estados de los tratados internacionales de derechos humanos, y los relatores especiales y otros expertos independientes nombrados por la antigua Comisión de Derechos Humanos y su sucesor, el Consejo de Derechos Humanos, para investigar e informar sobre problemas urgentes en materia de derechos humanos.

Es importante tener presente desde el principio que los migrantes que entran, viven y trabajan en situación regular también pueden ser vulnerables a la discriminación y las violaciones de los derechos humanos. En países de todo el mundo los migrantes en situación regular o irregular son objeto del mismo trato. Sin embargo, habida cuenta de su vulnerabilidad particular, la intención de la presente publicación es arrojar luz sobre la situación de los migrantes en situación irregular y disipar los mitos persistentes sobre sus derechos en virtud del derecho internacional de los derechos humanos. Además, reconociendo su vulnerabilidad específica, la situación de los niños se pone en un primer plano a lo largo de la publicación<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> En este contexto es importante señalar que en la publicación se incluye dentro de la categoría de “niños” en sentido amplio a los hijos de los migrantes en situación irregular que pueden ser ciudadanos del Estado receptor o estar en situación regular debido a otras circunstancias, pero que no disfrutan plenamente de sus derechos humanos a causa de la situación de sus padres.

## **Acontecimientos recientes relacionados con los derechos humanos de los migrantes en situación irregular**

Las políticas internacionales sobre la migración y la migración irregular han evolucionado en los últimos años.

El 27 de agosto de 2013 el Comité sobre los Trabajadores Migratorios aprobó su observación general N° 2 (2013) sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares.

En ella, el Comité hizo hincapié en que, cualquiera que sea la modalidad de su estancia, la situación irregular de los trabajadores migratorios no puede privarlos jamás de los derechos fundamentales que los asisten en virtud de la parte III de la Convención.

La observación general N° 2 (2013) ofrece orientación a los Estados partes sobre su conducta ante los trabajadores migratorios en situación irregular, concretamente con respecto a, entre otras cosas, la no discriminación, la protección contra la violencia, la protección contra la detención o prisión arbitraria, la protección contra el trato inhumano, la protección en los procedimientos de expulsión, la protección contra la explotación laboral, el derecho a la seguridad social, el derecho a la atención médica de urgencia y el derecho a la educación.

El artículo 77 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares confiere al Comité la competencia para recibir y examinar comunicaciones individuales. Ese mecanismo de denuncia entrará en funcionamiento cuando diez Estados partes hayan formulado la declaración necesaria en virtud del mencionado artículo.

\* \* \*

La entrada en vigor, el 5 de mayo de 2013, del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales supuso un hito importante. Si bien la Declaración Universal de Derechos Humanos había prometido el respeto de todos los derechos humanos para todos hace más de 60 años, durante mucho tiempo no se había conferido a los derechos económicos, sociales y culturales la misma atención o consideración jurídica. El Protocolo Facultativo viene a colmar esa laguna al reconocer la posibilidad de invocarlos ante los tribunales en pie de igualdad con los derechos civiles y políticos. En la práctica, por lo que respecta a los derechos humanos de los migrantes en situación irregular, el Protocolo Facultativo:

- Proporciona a los migrantes en situación irregular un mecanismo de rendición de cuentas internacional para hacer frente a las violaciones de sus derechos;
- Permite que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales interprete los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de casos concretos, con lo que puede aclarar su contenido y facilitar orientación a los Estados y los tribunales.

Un mecanismo de denuncia internacional constituye un incentivo para fortalecer la protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano nacional y generará una sólida normativa para la protección de los derechos de todos los migrantes. Exigirá a los Estados partes que proporcionen reparación en casos concretos, ofrecerá orientación a los tribunales nacionales y otros mecanismos de protección de los derechos humanos y analizará el contenido sustantivo de esos derechos y las obligaciones de los Estados al respecto. La jurisprudencia internacional también puede influir en la jurisprudencia nacional y regional.



# I. PRINCIPIOS GENERALES

## A. Igualdad y no discriminación

Los principios de igualdad y no discriminación son fundamentales en el derecho internacional de los derechos humanos y están directamente relacionados con el principio de universalidad, que afirma que todo ser humano tiene derechos fundamentales. Conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos, “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (art. 1) y “toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna” (art. 2). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales garantiza a “toda persona” los derechos que contiene, incluidos los derechos al trabajo, a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, a las libertades sindicales, a la seguridad social, a un nivel de vida adecuado, a la salud y a la educación<sup>29</sup>.

La discriminación está prohibida por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en todas las circunstancias. En virtud del Pacto, los Estados tienen una obligación inmediata y absoluta a este respecto. Sin embargo, aunque este principio está firmemente establecido en el derecho internacional de los derechos humanos, las percepciones erróneas sobre su aplicación a los no nacionales obstaculizan la plena puesta en práctica de los derechos económicos, sociales y culturales. Los migrantes en situación irregular, en particular, con frecuencia padecen discriminación, incluso aunque lo prohíban la legislación o los reglamentos aplicables.

---

<sup>29</sup> El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha definido la discriminación como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto. La discriminación también comprende la incitación a la discriminación y el acoso”. Observación general N° 20 (2009) sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, párr. 7.

*La discriminación dificulta el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de una parte considerable de la población mundial. El crecimiento económico no ha conducido por sí mismo a un desarrollo sostenible y hay personas y grupos de personas que siguen enfrentando desigualdades socioeconómicas, a menudo como consecuencia de arraigados patrones históricos y de formas contemporáneas de discriminación.*

*Fuente:* Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general N° 20 (2009), párr. 1.

El derecho internacional de los derechos humanos dispone que toda persona, sin discriminación, debe tener acceso a los derechos humanos fundamentales enunciados en los dos Pactos de derechos humanos. Los Estados están obligados a velar por que las diferencias de trato que existan entre los ciudadanos y los no ciudadanos o entre diferentes grupos de no ciudadanos cumplan un objetivo legítimo, y toda medida que adopten para lograr ese objetivo debe ser proporcionada y razonable por sí misma<sup>30</sup>. Por lo tanto, los Estados deben velar por que sus leyes, reglamentos y prácticas administrativas no discriminen a los migrantes.

En apoyo de esta postura, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha declarado que “la filosofía del Pacto [está] basada en el principio de la no discriminación”<sup>31</sup>. Toda diferencia de trato debe perseguir un fin legítimo que sea compatible con la naturaleza de los derechos consagrados en el Pacto y cumplir el propósito de promover el bienestar general en una sociedad democrática. También debe existir una relación de proporcionalidad clara y razonable entre el objetivo que el Estado pretende alcanzar y las medidas que adopte o evite adoptar para lograr ese objetivo<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Véase también Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005, serie C, N° 130, párr. 155: “el deber de respetar y garantizar el principio de [...] no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado. Es decir, los Estados tienen la obligación de garantizar este principio fundamental a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa”.

<sup>31</sup> E/C.12/1995/17, párr. 16.

<sup>32</sup> Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general N° 20 (2009), párr. 13.

La situación de los niños y otros grupos vulnerables que pueden ser objeto de discriminación por motivos múltiples (como las personas con discapacidad, las mujeres en situación de peligro o los migrantes de mayor edad) debe recibir un examen minucioso. Por ejemplo, en su observación general N° 20 (2009), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señaló que el derecho de todos los niños a la educación, una alimentación adecuada y una atención de salud asequible debía estar plenamente protegido (párr. 30).

### **Inscripción del nacimiento: el “derecho a tener derechos”**

La identidad jurídica es, con frecuencia, un requisito para acceder a diversos derechos fundamentales. Los hijos de migrantes en situación irregular, particularmente los nacidos en un Estado de acogida que no reconoce su existencia, son vulnerables durante toda su vida. De conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño, los niños deben ser inscritos “inmediatamente después de su nacimiento”, y tendrán derecho desde que nacen a un nombre y a adquirir una nacionalidad (art. 7.1). La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares especifica que “todos los hijos de los trabajadores migratorios tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad” (art. 29). Independientemente de la situación migratoria de los padres, los Estados están obligados a velar por que los niños reciban certificados de nacimiento y otros documentos de identidad.

El Comité sobre los Trabajadores Migratorios, en su observación general N° 2 (2013), señaló de modo semejante que los Estados partes tienen la obligación de velar por que los hijos de los trabajadores migratorios sean inscritos poco después de su nacimiento, independientemente de la situación migratoria de sus padres, y les sean expedidos certificados de nacimiento y otros documentos de identidad (párr. 79).

El derecho a ser inscrito al nacer determina si el niño podrá o no acceder, en la legislación y en la práctica, a los demás derechos humanos. Por consiguiente, la violación de este derecho puede dar lugar a una serie de consecuencias nefastas para los niños no inscritos en el registro. Según el Comité de los Derechos del Niño, en su observación general N° 7 (2005) sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia, “los servicios globales para la primera infancia comienzan con el nacimiento. El Comité observa que el registro de todos los niños al nacer continúa siendo un

reto de primera magnitud para muchos países y regiones. Ello puede repercutir negativamente en el sentimiento de identidad personal del niño, y los niños pueden ver denegados sus derechos a la atención de salud, la educación y el bienestar social básicos". Para garantizar a todos los niños los derechos a la supervivencia, al desarrollo y al acceso a servicios de calidad (art. 6), el Comité "recomienda que los Estados partes adopten todas las medidas necesarias para que todos los niños sean inscritos al nacer en el registro civil. Ello puede lograrse mediante un sistema de registro universal y bien gestionado que sea accesible a todos y gratuito [...]; todos los niños deben ser inscritos al nacer, sin discriminación de ningún tipo (art. 2). El Comité también recuerda a los Estados partes la importancia de facilitar la inscripción tardía de los nacimientos, y de velar por que todos los niños, incluso los no inscritos, tengan el mismo acceso a la atención de la salud, la educación y otros servicios sociales" (párr. 25).

Para hacer efectivo en la práctica el derecho a la inscripción del nacimiento, los Estados no deben exigir a los migrantes que presenten un permiso de residencia para inscribir a un hijo, dado que, de hecho, con ello privarían a los niños migrantes en situación irregular de su derecho a la inscripción de su nacimiento y, por ende, quizá también de la posibilidad de acceder a la educación, los servicios de salud, el empleo, la vivienda y otros derechos. El hecho de que los migrantes no cumplan la obligación de inscribir a sus hijos cuando nacen jamás debe justificar que esos niños sean excluidos de la educación u otros servicios.

El principio de no discriminación es afirmado por todos los instrumentos internacionales fundamentales de derechos humanos y la Carta de las Naciones Unidas. El alto grado de reconocimiento de ese principio como elemento clave de la protección de los derechos humanos llevó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a afirmar que "forma parte del derecho internacional general" y "ha ingresado en el dominio del *ius cogens*". Por lo tanto, es aplicable a todos los Estados, sean o no parte en un tratado internacional concreto<sup>33</sup>. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos

<sup>33</sup> Opinión consultiva OC-18/03 sobre la condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003, serie A, N° 18, párrs. 101 y 173.4.

Civiles y Políticos prohíben la discriminación en toda circunstancia<sup>34</sup>. En su recomendación general N° 30 (2004), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial pidió a todos los Estados partes que garantizaran que las leyes por las que se prohibiera la discriminación racial abarcaran a los no ciudadanos, independientemente de su condición de inmigrantes, y que su aplicación no tuviera efectos discriminatorios sobre ellos (párr. 7).

El derecho internacional de los derechos humanos, por lo tanto, limita estrictamente las circunstancias en que los Estados pueden permitir legítimamente diferencias de trato entre los ciudadanos y los no ciudadanos o entre distintos grupos de no ciudadanos (como los migrantes en situación regular e irregular), en particular en lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, y afirma que las diferencias de trato deben ser objetivas y razonables<sup>35</sup>. Si bien gozan de cierto margen de flexibilidad para determinar en qué medida estas distinciones en situaciones por lo demás similares justifican un trato diferente, los Estados deben justificar la forma en que ese trato diferente, basado exclusivamente en la nacionalidad o en la situación migratoria, es compatible con el principio de no discriminación.

El origen nacional figura expresamente entre los motivos prohibidos de discriminación en todos los instrumentos universales de derechos humanos

<sup>34</sup> El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone: "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" (art. 2.2). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone: "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" (art. 2.1).

<sup>35</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general N° 20 (2009), párr. 13; y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Gaygusuz v. Austria*, demanda N° 17371/90, sentencia de 16 de septiembre de 1996. Véase también Pia Oberoi, "Defending the weakest: the role of international human rights mechanisms in protecting the economic, social and cultural rights of migrants", *International Journal on Multicultural Societies*, vol. 11, N° 1 (2009).

que contienen una disposición sobre no discriminación, excepto 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. La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares también considera la nacionalidad como motivo de discriminación prohibido (art. 7).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que la discriminación varía según el contexto y evoluciona con el tiempo. Ha manifestado que se necesita un planteamiento flexible para tratar con otras formas de trato diferencial que no puedan justificarse de forma razonable y objetiva y tengan un carácter comparable a los motivos de discriminación prohibidos. La situación legal e inmigratoria se menciona expresamente con menos frecuencia como motivo prohibido de discriminación en los instrumentos fundamentales. Sin embargo, el Comité ha afirmado que los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todos, incluidos los no nacionales, como los refugiados, los solicitantes de asilo, los apátridas, los trabajadores migratorios y las víctimas de la trata internacional, *independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean* [sin cursiva en el original]<sup>36</sup>.

De modo semejante, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial declaró en su recomendación general N° 30 (2004) que las diferencias de trato basadas en la ciudadanía o en la condición de inmigrante constituirán discriminación si los criterios para establecer esa diferencia, juzgados a la luz de los objetivos y propósitos de la Convención, no se aplican para alcanzar un objetivo legítimo y no son proporcionales al logro de ese objetivo (párr. 4).

---

<sup>36</sup> Entre los motivos prohibidos figuran los de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Véase Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2.2; y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general N° 20 (2009), párrs. 27 y 30.

El Comité de los Derechos del Niño señaló en su observación general N° 6 (2005) que “el disfrute de los derechos estipulados en la Convención [debe ser aplicable] a todos los menores [...] con independencia de su nacionalidad o apatridia, y situación en términos de inmigración” (párr. 12).

### *No discriminación en la práctica*

La prohibición de la discriminación abarca la discriminación *formal* y la discriminación *sustantiva*<sup>37</sup>. Los Estados deben garantizar que ni su constitución ni sus leyes y políticas internas discriminen a una persona o un grupo en particular por motivos prohibidos. También deben adoptar medidas para prevenir, mitigar o eliminar los casos de condiciones y actitudes que generen o perpetúen la discriminación con respecto a los derechos consagrados en el Pacto. En su observación general N° 2 (2013), el Comité sobre los Trabajadores Migratorios afirmó que si solo se aborda la discriminación *de iure* no se asegurará la igualdad *de facto*. Pidió a los Estados partes que protejan los derechos de todos los trabajadores migratorios en virtud de la Convención adoptando medidas positivas para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que causen o perpetúen la discriminación de hecho contra esas personas (párr. 19).

Además, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que, en la práctica, la eliminación de la discriminación requiere que los Estados presten suficiente atención a los grupos o individuos que hayan sufrido injusticias históricas o prejuicios persistentes. No basta con comparar desde el punto de vista formal el trato que reciben las personas independientemente del contexto. Es importante destacar a este respecto que, habida cuenta de su grado particular de vulnerabilidad, exclusión y desventaja, entre esos individuos y grupos podrían incluirse los migrantes en situación irregular y las comunidades constituidas por ellos. La Alta Comisionada ha observado en este contexto que “el tratamiento a todas las personas por igual en términos formales puede suponer literalmente

<sup>37</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general N° 20 (2009), párr. 8.

una sentencia de muerte para quienes trabajan silenciosamente, todos los días, bajo el yugo de la discriminación estructural”<sup>38</sup>.

Los Estados también han sido llamados a abordar tanto la discriminación directa como la indirecta. Una ley, política o práctica puede parecer neutra a simple vista, pero tener efectos desproporcionados sobre los derechos de los migrantes. Por ejemplo, imponer la norma de que los niños que se matriculen en la escuela deben presentar una partida de nacimiento discrimina a los niños migrantes en situación irregular, que no tienen en su poder dicho documento o no pueden obtenerlo fácilmente. Los sistemas de salud basados en honorarios, que tienen el efecto de excluir de la atención de salud a los migrantes en situación irregular, también pueden ser discriminatorios<sup>39</sup>.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2.1) prohíbe la discriminación en toda circunstancia con respecto a los derechos que abarca. Además, exige a los Estados que aseguren la igual protección de la ley, una disposición que puede invocarse con independencia de otras garantías sustantivas<sup>40</sup>. El Comité de Derechos Humanos ha dejado claro que el principio de la igualdad de protección, sin discriminación alguna, se aplica a toda la legislación de los Estados (no solo a las cuestiones de que trata el Pacto) y ha reafirmado sistemáticamente que es aplicable a la legislación que afecte a los derechos económicos, sociales

<sup>38</sup> Navi Pillay, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “The equality imperative”, declaración formulada en la reunión de dirigentes sobre la manera de abordar las desigualdades en la agenda para el desarrollo después de 2015, Copenhague, 19 de febrero de 2013. Puede consultarse en [www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13024&LangID=e](http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13024&LangID=e).

<sup>39</sup> Véase Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Comisión de Migración, Refugiados y Población, “Undocumented migrant children in an irregular situation: a real cause for concern”, doc. 12718, 16 de septiembre de 2011.

<sup>40</sup> “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (art. 26). Véase también Comité de Derechos Humanos, observación general N° 18 (1989) sobre la no discriminación, párr. 12.

y culturales<sup>41</sup>. En su observación general N° 15 (1986) sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, el Comité explica que deben garantizarse todos y cada uno de los derechos reconocidos en el Pacto, sin discriminación entre nacionales y extranjeros (párr. 2).

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares contiene una disposición general sobre la prohibición de la discriminación con respecto a los derechos que abarca<sup>42</sup>. Los derechos a la igualdad de las condiciones de trabajo, a la seguridad social, a la atención médica de urgencia y a la educación, entre otros, son aplicables a todos los trabajadores migratorios y sus familiares, tanto si están documentados como si se encuentran en situación irregular. La parte IV de la Convención garantiza determinados derechos adicionales a los migrantes documentados y los migrantes en situación regular.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial afirma que las medidas especiales no se considerarán discriminatorias cuando se adopten con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos de personas y el logro de la plena igualdad<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Véase, por ejemplo, *J. Vos c. los Países Bajos*, comunicación N° 786/1997, dictamen aprobado el 29 de julio de 1999; *Pauger c. Austria*, comunicación N° 415/1990, dictamen aprobado el 26 de marzo de 1992; *Carlos Orihuela Valenzuela c. el Perú*, comunicación N° 309/1988, dictamen aprobado el 14 de julio de 1993; *Hendrika S. Vos c. los Países Bajos*, comunicación N° 218/1986, dictamen aprobado el 29 de marzo de 1989; *Blom c. Suecia*, comunicación N° 191/1985, dictamen aprobado el 4 de abril de 1988; y *Oulajin y Kaiss c. los Países Bajos*, comunicaciones N° 406/1990 y N° 426/1990, dictamen aprobado el 23 de octubre de 1992.

<sup>42</sup> "Los Estados Partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición" (art. 7).

<sup>43</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general N° 32 (2009) sobre el significado y alcance de las medidas especiales en la Convención

### *Limitaciones al principio del acceso universal a los derechos humanos*

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece dos excepciones al principio de universalidad: los migrantes en situación irregular no disfrutan de derechos políticos ni, con algunas salvedades importantes, de libertad de circulación<sup>44</sup>. Cualquier otra diferencia de trato entre nacionales y no nacionales, entre ellos los migrantes en situación irregular, deberá estar basada en criterios razonables y objetivos<sup>45</sup>.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también contempla una excepción a la regla general del acceso igual y universal. En su artículo 2.3 establece que:

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

Sin embargo, es importante señalar que el artículo 2.3 debe interpretarse de manera restrictiva: solo puede amparar a los países en desarrollo y se refiere únicamente a los derechos económicos<sup>46</sup>. Por lo tanto, los Estados no pueden tratar a los ciudadanos y los no ciudadanos de

Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, párr. 21.

<sup>44</sup> El Pacto reserva a los ciudadanos el derecho a votar y a participar en los asuntos públicos (art. 25), y concede el derecho a la libertad de circulación a los extranjeros a condición de que se encuentren legalmente en un país (art. 12). No obstante, el Comité de Derechos Humanos aclaró en su observación general N° 15 (1986) que todo extranjero puede acogerse a la protección del Pacto incluso respecto de cuestiones de ingreso o residencia cuando se planteen consideraciones de discriminación, trato inhumano y respeto de la vida de la familia (párr. 5). También es importante señalar que el Pacto garantiza a todos sin discriminación el derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a entrar en su propio país (art. 12.2 y 4).

<sup>45</sup> Comité de Derechos Humanos, *F. H. Zwaan-de Vries c. los Países Bajos*, comunicación N° 182/1984, dictamen aprobado el 9 de abril de 1987, párr. 13.

<sup>46</sup> Cabe señalar a este respecto que no existe un acuerdo universal sobre el contenido de los "derechos económicos". Si bien el derecho a trabajar puede verse como el ejemplo más claro de derecho económico, también es posible considerarlo como derecho social. En su observación general N° 11 (1999) sobre los planes de acción para la enseñanza primaria, el Comité declaró que "el derecho a la educación [...] se ha clasificado de

manera diferente en lo que respecta a los derechos sociales y culturales. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirmó en su observación general N° 20 que la falta de recursos no puede considerarse una justificación objetiva y razonable para no acabar con el trato discriminatorio, “a menos que el Estado parte se haya esforzado al máximo por utilizar todos los recursos de que dispone para combatirlo y erradicarlo con carácter prioritario” (párr. 13).

El artículo 4 del Pacto también es pertinente a este respecto:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, este podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, solo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.

Según los Principios de Limburgo relativos a la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 2.3 debería interpretarse por consiguiente de forma restrictiva<sup>47</sup>. En razón de que el artículo 4 tiene por objeto principalmente proteger los derechos de las personas y no limitar los derechos que afectan a su subsistencia o supervivencia o a la integridad de la persona, los Principios de Limburgo sugieren que “promover el bienestar general” debe interpretarse en el sentido de lograr “un incremento del bienestar del pueblo en su conjunto”. Esa interpretación no limitaría los derechos fundamentales de los migrantes. En virtud del Pacto, las intervenciones

---

distinta manera como derecho económico, derecho social y derecho cultural. Es todos esos derechos al mismo tiempo” (párr. 2).

<sup>47</sup> La historia de la redacción del Pacto indica que ese artículo se redactó específicamente para proteger los derechos de los nacionales de las antiguas colonias de reciente independencia con respecto a los grupos de residentes no nacionales (que tuvieran la nacionalidad de la antigua Potencia colonial) que controlaban sectores importantes de la economía de esos países. Por lo tanto, los Principios de Limburgo indican que, a los efectos de ese artículo, el término “países en desarrollo” deberá limitarse a los Estados que hayan adquirido la independencia del dominio colonial. Véase E/CN.4/1987/17, anexo, párrs. 42 a 44.

del Estado que restrinjan o limiten los derechos solo son permisibles para promover el “bienestar general” (y no, por ejemplo, para lograr objetivos en materia de inmigración o de control fronterizo).

## **B. Obligaciones de los Estados respecto de los derechos económicos, sociales y culturales**

Los Estados que son partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tienen la obligación de respetar, proteger y cumplir los derechos económicos, sociales y culturales de las personas bajo su jurisdicción. La obligación de *respetar* exige a los Estados que se abstengan de toda injerencia, directa o indirecta, en el disfrute por esas personas de sus derechos económicos, sociales y culturales. La obligación de *proteger* exige a los Estados que impidan a terceros toda injerencia en el disfrute por esas personas de sus derechos económicos, sociales y culturales. Por último, la obligación de *cumplir* exige a los Estados que adopten las medidas necesarias para crear las condiciones en que esos derechos puedan hacerse plenamente efectivos.

El artículo 2.1 del Pacto establece lo siguiente:

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

Por lo tanto, los Estados tienen el deber de hacer uso de tantos recursos como puedan ofrecer para alcanzar gradualmente los derechos económicos, sociales y culturales. El artículo reconoce que la falta de recursos puede impedir que se hagan efectivos esos derechos, y que algunos derechos solo pueden alcanzarse a largo plazo. Al mismo tiempo, la falta de recursos no justifica la inacción o la postergación indefinida

de la aplicación de medidas. Un Estado que esté limitado por la falta de recursos sigue teniendo la obligación de “adoptar medidas”, en especial medidas para proteger a los grupos más desfavorecidos, vulnerables y marginados de la sociedad. En muchos países, dichos grupos incluyen a los migrantes, en particular los migrantes en situación irregular.

Por consiguiente, los Estados tienen determinadas obligaciones inmediatas en relación con los derechos económicos, sociales y culturales. Concretamente, tienen el deber de:

- Eliminar la *discriminación*;
- *Adoptar medidas* para hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales;
- Cumplir las *obligaciones básicas mínimas*;
- Evitar la adopción de *medidas regresivas*.

La prohibición de la discriminación se ha tratado más arriba.

Los Estados tienen la obligación de *adoptar medidas específicas para alcanzar los derechos económicos, sociales y culturales*, y deben utilizar todos los medios adecuados para hacerlo, incluidas medidas legislativas, administrativas, judiciales, económicas, sociales y educativas, a condición de que su actuación sea compatible con los derechos reconocidos en el Pacto<sup>48</sup>. Los Estados tienen amplias facultades discrecionales con respecto a la elección de los medios; sin embargo, corresponde al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determinar si las medidas que introduzca un Estado son suficientes y adecuadas y se ajustan a las obligaciones que impone el Pacto<sup>49</sup>.

Las medidas legislativas por sí solas tal vez no sean suficientes. En caso de que su legislación vulnere el Pacto, el Estado tiene el deber de

<sup>48</sup> E/CN.4/1987/17, anexo, párr. 17.

<sup>49</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general N° 3 (1990), párrs. 2 y 4.

modificar esa legislación sin demora<sup>50</sup>. Además (conforme a los principios de indivisibilidad e interdependencia), en su observación general N° 3 (1990) el Comité sostuvo que, cuando los derechos reconocidos en el Pacto se hayan incorporado en la legislación nacional, debe proporcionarse acceso a recursos legales para los casos de violación (párr. 5). Para cumplir lo dispuesto en el artículo 2.3 a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y velar por la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales en la práctica, deben estar disponibles recursos judiciales u otros recursos efectivos sin discriminación.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispuso en su observación general N° 3 (1990) que los Estados partes tienen la obligación de asegurar la satisfacción de por lo menos *niveles esenciales* de cada uno de los derechos del Pacto para todas las personas sometidas a su jurisdicción como cuestión prioritaria (párr. 10). Esto significa que esas personas deben tener acceso, por ejemplo, a alimentos esenciales, atención de salud esencial, abrigo y vivienda básicos y enseñanza gratuita como mínimo en el nivel primario. Además, incluso cuando los recursos sean muy limitados, es imprescindible proteger a los miembros vulnerables de la sociedad. A ese respecto, el Comité ha observado que el costo de los programas específicos para proteger los derechos fundamentales de esos grupos no tiene por qué ser alto.

En virtud del derecho internacional existe una fuerte presunción de que las *medidas regresivas* que se adopten en relación con los derechos económicos, sociales y culturales constituyen una violación del Pacto. A fin de que esas medidas estén justificadas, según sostuvo el Comité en su observación general N° 19 (2007) sobre el derecho a la seguridad social, el Estado que adopte deliberadamente medidas regresivas deberá probar que las ha adoptado tras un examen minucioso de todas las posibles alternativas, que hubo una verdadera participación de los grupos afectados y que las medidas adoptadas no darán lugar a discriminación (párr. 42). Se ha expresado preocupación por el hecho de que, a raíz

<sup>50</sup> E/CN.4/1987/17, anexo, párr. 18.

de la crisis económica mundial y las medidas de austeridad conexas, los Estados han decretado disposiciones por las que se limitan las prestaciones de atención de salud que anteriormente estaban disponibles para los migrantes, lo que podría considerarse contrario a la obligación de evitar la adopción de medidas regresivas que repercutan en la salud. Por ejemplo, en 2012 se llevó a cabo en España una reforma por la que el acceso a la atención de salud para los migrantes adultos en situación irregular, anteriormente más amplio, quedaba limitado tan solo a los servicios de urgencias y de atención a las mujeres embarazadas<sup>51</sup>.

Los órganos encargados de vigilar la aplicación de los tratados y otros mecanismos de derechos humanos siempre han caracterizado a los migrantes en situación irregular como grupo vulnerable que tiene derecho a protección especial cuando los Estados atiendan las obligaciones dimanantes de los tratados<sup>52</sup>. Hay un amplio consenso respecto de que los migrantes en situación irregular corren inevitablemente el riesgo de sufrir violaciones de los derechos humanos debido a su situación irregular en el país de destino, y son vulnerables en grado desproporcionado a la discriminación, la exclusión y diversas formas de malos tratos<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> Real Decreto-ley N° 16/2012, de 20 de abril de 2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, en vigor desde el 1 de septiembre de 2012. El Comité Europeo de Derechos Sociales considera que esta denegación del acceso a la atención de salud para los extranjeros adultos (mayores de 18 años) presentes en el país de forma irregular es contraria al artículo 11 de la Carta Social Europea, y señala que "la crisis económica no puede servir de pretexto para una restricción o denegación del acceso a la atención de salud que afecte a la esencia misma de ese derecho" (conclusiones sobre la aplicación por España de la Carta Social Europea, en particular art. 11 (2013)).

<sup>52</sup> Véase, por ejemplo, Comité sobre los Trabajadores Migratorios, observación general N° 1 (2011), párrs. 7 y 21.

<sup>53</sup> Véase la Declaración del Grupo Mundial sobre Migración relativa a los derechos humanos de los migrantes en situación irregular.

### **Mensajes clave**

- En virtud del derecho internacional de los derechos humanos, los migrantes en situación irregular tienen derecho a disfrutar de todos los derechos económicos, sociales y culturales.
- Los Estados tienen prohibido discriminar a los migrantes en situación irregular por razón de su nacionalidad o su situación legal.
- Los Estados tienen derecho a aplicar distinciones legítimas (entre nacionales y no nacionales, o entre migrantes en situación regular e irregular) siempre que puedan demostrar en cada caso particular que esa distinción persigue un objetivo legítimo y que los medios empleados para lograr ese objetivo no son desproporcionados.
- Los Estados están obligados a adoptar medidas específicas para que los migrantes en situación irregular puedan disfrutar de sus derechos económicos, sociales y culturales.
- La adopción de medidas regresivas en relación con los derechos económicos, sociales y culturales de los migrantes en situación irregular está prohibida.
- Los migrantes en situación irregular tienen derecho a especial protección de sus derechos económicos, sociales y culturales en su calidad de grupo vulnerable.



## **II. EL DERECHO A LA SALUD**

### Contenido y componentes específicos

Se considera que el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene la expresión más completa y definitiva del derecho a la salud. El artículo protege el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Los Estados que son partes en el Pacto tienen la obligación de velar por el suministro de: acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, así como a la educación en materia de salud; programas de reconocimientos periódicos; tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades frecuentes, preferiblemente en la propia comunidad; medicamentos esenciales; y tratamiento y atención apropiados de la salud mental. También tienen la obligación de prevenir, tratar y controlar las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole. En virtud del artículo 12.2 d), deben crear "condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad".

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señaló en su observación general N° 14 (2000) que el derecho a la salud incluye el derecho a la atención de salud oportuna y apropiada y a los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable; condiciones sanitarias adecuadas; el suministro adecuado de alimentos aptos para el consumo, nutrición y vivienda; condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente; y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva.

El Comité también describió las obligaciones de los Estados en materia de salud en términos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Con respecto a la *disponibilidad*, los Estados deben velar por que los establecimientos y servicios operativos de atención de salud y los factores determinantes básicos de la salud estén disponibles en cantidades suficientes. La *accesibilidad* exige a los Estados que los establecimientos y servicios sean físicamente accesibles y asequibles, sin discriminación alguna. Además, debe ser posible obtener información en materia de salud (con sujeción a la confidencialidad de los datos personales). Con respecto a la *aceptabilidad*, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados. Por último, deben ser de *buen calidad*.

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 a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados;
- b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre;
- c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicos, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable;
- d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la Organización Mundial de la Salud (OMS);
- e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud;
- f) Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública; el proceso mediante el cual se conciba la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados (párr. 43).

## **A. Obstáculos jurídicos y prácticos que impiden a los migrantes en situación irregular disfrutar del derecho a la salud**

Para los migrantes en situación irregular, tanto en los países de tránsito como en los de destino, por lo general es muy difícil acceder a casi todas las formas de atención y servicios de salud, con inclusión de la atención materno-infantil, la atención de urgencia, los medicamentos y el tratamiento de las enfermedades crónicas y los problemas de salud mental. Además, la salud de los migrantes en situación irregular se ve amenazada muchas veces por las condiciones precarias e inseguras en que viven y trabajan, así como cuando se encuentran en centros de detención de inmigrantes.

El acceso de los migrantes en situación irregular a la atención de salud se ve obstaculizado por la falta de legislación adecuada y por el temor

de los propios migrantes a ser denunciados y detenidos o expulsados. En algunos países son las preocupaciones en materia de salud pública las que motivan las decisiones políticas de prestar determinados servicios a los migrantes en situación irregular, en particular la vacunación, la atención prenatal y el tratamiento de las enfermedades transmisibles.

Es un hecho reconocido que los migrantes, incluidos los migrantes en situación irregular, suelen presentar mejores indicadores de salud que las poblaciones locales o de acogida (el denominado “efecto del migrante sano”)<sup>54</sup>. Sin embargo, por diversas razones, su estado de salud a menudo se deteriora a lo largo del tiempo. En primer lugar, los migrantes en situación irregular pueden encontrarse con numerosas dificultades, como la privación de libertad, la falta de una vivienda satisfactoria, la falta de acceso al agua y el saneamiento, las condiciones de trabajo difíciles y el estrés y la inseguridad a causa de su situación<sup>55</sup>. En segundo lugar, su salud mental puede verse afectada por el aislamiento social que experimentan como consecuencia de haber sido separados de sus redes familiares y sociales, así como por la inseguridad en el empleo, las condiciones de vida difíciles y la explotación. Por último, muchos migrantes en situación irregular experimentan violencia sexual y de género, se vuelven vulnerables a las enfermedades o pierden el acceso a sus documentos básicos de salud en el transcurso de los viajes, por lo general largos y precarios, que hacen hasta llegar a su país de destino. El Relator Especial sobre el derecho a la salud ha señalado que los migrantes en situación irregular “pueden verse expuestos a riesgos extremos para su salud durante el tránsito hasta el Estado de destino debido a las condiciones peligrosas en las que tienen que viajar, muchas

<sup>54</sup> B. Gushulak, P. Pace y J. Weekers, “Migration and health of migrants”, en *Poverty and Social Exclusion in the WHO European Region: Health Systems Respond*, Th. Koller, ed. (Copenhague, Oficina Regional de la OMS para Europa, 2010), pág. 258.

<sup>55</sup> C. Wyssmüller y D. Efonayi-Mäder, “Undocumented migrants: their needs and strategies for accessing health care in Switzerland – Country Report on People & Practices”, *Swiss Forum for Migration and Population Studies*, 2011, pág. 15. Puede consultarse en <http://research.icmpd.org/1354.html>.

veces hacinados o escondidos en buques o camiones. También pueden ser víctimas de violencia física y sexual a lo largo del viaje<sup>56</sup>.

Se ha puesto de manifiesto asimismo que los migrantes en situación irregular forman parte de los grupos especialmente vulnerables que afrontan “trabas adicionales para acceder a los medicamentos, debido a su incierta situación jurídica, diferencias culturales y lingüísticas [y] su exclusión de los sistemas de seguro médico y de seguridad social”<sup>57</sup>.

En la mayoría de los casos, la posibilidad de que una persona sea admitida a los servicios de salud aparte del tratamiento de urgencia está vinculada a algún tipo de prueba de su situación: justificante de residencia legal, seguro, empleo, registro administrativo, etc.<sup>58</sup>. En Turquía, por ejemplo, el acceso a los servicios más básicos, incluidos los servicios de salud, depende de que la persona posea un número de identidad de extranjero que los migrantes en situación irregular no pueden obtener<sup>59</sup>. En Costa Rica, ningún migrante en situación irregular puede estar seguro de que recibirá atención de salud porque el procedimiento para obtenerla requiere una tarjeta de residencia o un permiso de trabajo, a pesar de que la Sala Constitucional ha dictaminado reiteradamente que todos los habitantes deben tener garantizado el acceso a los servicios de salud, independientemente de su situación migratoria o su derecho a sumarse al sistema de seguridad social<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> A/HRC/23/41, párr. 3.

<sup>57</sup> “Consulta de expertos sobre el acceso a los medicamentos como elemento fundamental del derecho a la salud” (A/HRC/17/43), párr. 34.

<sup>58</sup> Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Fundamental Rights of Migrants in an Irregular Situation in the European Union* (Luxemburgo, 2011), págs. 73 y 74.

<sup>59</sup> “UN Special Rapporteur on the human rights of migrants concludes second country visit in his regional study on the human rights of migrants at the borders of the European Union: Visit to Turkey”, 29 de junio de 2012. Puede consultarse en [www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12307&LangID=e](http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12307&LangID=e).

<sup>60</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Nicaragua c. Costa Rica*, caso interestatal 1-06, informe N° 11/07, 8 de marzo de 2007, párr. 112.

En cambio, en algunos países las normas permiten a los migrantes en situación irregular el acceso a determinadas formas de atención de salud. La Ley de Migraciones de la Argentina (2004), por ejemplo, otorga a todos los trabajadores migratorios el acceso a los servicios de salud, sea cual sea su situación legal<sup>61</sup>.

Para los migrantes en situación irregular en muchos países, el costo es el obstáculo principal. Muchas veces se exige a estos migrantes el desembolso anticipado de los servicios médicos y se los obliga a pagar gastos de hospitalización en función de su nacionalidad o de su situación migratoria en casos en que los nacionales no tienen que pagar<sup>62</sup>. Mientras que en muchos países la atención de urgencia no puede denegarse cuando surge la necesidad, en algunos de ellos se espera de los migrantes en situación irregular que paguen la totalidad de los gastos después del tratamiento, una perspectiva que puede actuar como factor de disuasión, retrasar el acceso considerablemente y poner vidas en peligro<sup>63</sup>.

Pero hay otros obstáculos que también son importantes. Los médicos a veces son obligados a certificar la necesidad de tratamiento, y es posible que se pida a los pacientes que cumplan determinadas condiciones por adelantado (por ejemplo, aportar un documento de identidad, presentar un justificante de residencia o demostrar que disponen de suficientes recursos económicos).

<sup>61</sup> CMW/C/ARG/CO/1, párrs. 27 y 28.

<sup>62</sup> "Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Jorge Bustamante" (A/HRC/17/33), párr. 31.

<sup>63</sup> Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Fundamental Rights of Migrants in an Irregular Situation*, pág. 75. Según la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de los 19 países de la Unión Europea que facilitan el acceso a la atención médica de urgencia, 11 exigen a los migrantes que paguen por ese servicio. Otro estudio europeo reveló que, según el personal de los departamentos de accidentes y urgencias, muchos migrantes en situación irregular tenían dificultades para acceder a los servicios de salud a que tenían derecho ya que, por ejemplo, tenían que pagar costos extraordinarios o no podían permitirse los medicamentos esenciales de seguimiento. Véase Marie Dauvin y otros, "Health care for irregular migrants: pragmatism across Europe – a qualitative study", *BMC Research Notes*, vol. 5, N° 99 (2012). Puede consultarse en [www.biomedcentral.com/1756-0500/5/99](http://www.biomedcentral.com/1756-0500/5/99).

En muchos casos, el personal de salud y los migrantes carecen de información sobre los derechos de los migrantes en situación irregular en materia de atención de salud. Este problema está vinculado en parte a la complejidad de las normas jurídicas y los procedimientos de acceso aplicables a los migrantes en situación irregular. Además, los migrantes pueden no comprender la información médica que reciben y rara vez tienen acceso a intérpretes calificados<sup>64</sup>.

La Asociación Salud y Familia de Cataluña (España) colabora con las autoridades públicas y con otras organizaciones no gubernamentales (ONG) para ayudar a los migrantes a acceder a servicios de atención de salud y orientarse dentro del sistema de salud. El proyecto también informa a las organizaciones del ámbito de la salud sobre las normas que rigen el acceso de los migrantes en situación irregular a la atención de salud. Salud y Familia cuenta con un programa de maternidad sin riesgo para las mujeres migrantes y sus familias en Cataluña y un programa de información y bienvenida para las familias migrantes recién llegadas, y facilita el acceso a mediadores interculturales en sus oficinas y en 5 hospitales y 19 centros de atención primaria.

Los migrantes, especialmente los que están en situación irregular, pueden ser remitidos a ONG o a proveedores privados de servicios de salud. En Suecia, varias ONG han abierto dispensarios en que profesionales de la salud tratan a título voluntario a migrantes en situación irregular; el primero se inauguró en 1996 y actualmente las cuatro mayores ciudades de Suecia cuentan con dispensarios de este tipo, que prestan servicios médicos, psicológicos y odontológicos<sup>65</sup>. En la República de Corea, los migrantes en situación irregular pueden recibir atención de urgencia

<sup>64</sup> "Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Jorge Bustamante" (A/HRC/17/33), párr. 36.

<sup>65</sup> En junio de 2012, tras una persistente campaña de la sociedad civil, el Gobierno de Suecia anunció planes para hacer extensiva la prestación de servicios de atención de salud a los niños migrantes en situación irregular, en pie de igualdad con los niños suecos. Los derechos para los adultos, al igual que en el caso de los solicitantes de asilo adultos, solamente se hacen extensivos a la atención de urgencia. "Sweden to give illegal immigrants healthcare", *The Local*, 28 de junio de 2012. Puede consultarse en [www.thelocal.se/41702/20120628/](http://www.thelocal.se/41702/20120628/).

gratuita y los hospitales están facultados para reclamar al Gobierno el reembolso de los gastos. Sin embargo, debido a lo prolongado del procedimiento de reembolso, es práctica común que los hospitales pidan a los migrantes en situación irregular que paguen por adelantado, un obstáculo insuperable para muchos. Si el migrante no puede pagar, muchas veces las ONG firman una declaración en que asumen la responsabilidad financiera del tratamiento médico<sup>66</sup>. Si bien esas buenas prácticas sin duda pueden mejorar el acceso a la salud de los migrantes en situación irregular, es importante señalar que la dependencia de proveedores alternativos también puede dar lugar a que se creen sistemas de salud paralelos en que se preste a los migrantes atención de salud de calidad inferior. Asimismo, la falta de acceso a servicios oficiales puede obligar a los migrantes a adoptar otras estrategias respecto de la salud, como la automedicación.

En algunos países, los servicios sociales y los profesionales de la salud tienen la obligación de denunciar a los migrantes en situación irregular ante las autoridades de inmigración. Por ejemplo, en Alemania, a los migrantes en situación irregular no les resulta fácil solicitar a la oficina de bienestar social una tarjeta médica o un reembolso de los gastos de los servicios de urgencia por este motivo. Conforme a la ley, los migrantes en situación irregular tienen el mismo acceso a la atención de salud que los solicitantes de asilo. Sin embargo, la cobertura se limita a los servicios de urgencia debido a que el procedimiento para reembolsar los gastos de atención de urgencia es confidencial, mientras que el correspondiente a los demás servicios no lo es<sup>67</sup>.

Incluso en los casos en que tienen derecho por ley a acceder a la atención de salud, los migrantes pueden enfrentar numerosos obstáculos económicos y prácticos a causa de los problemas de comunicación, la insuficiencia

<sup>66</sup> Irene Kohlmann, ponencia presentada en el Foro Internacional sobre el Derecho de los Migrantes a la Salud desde la Óptica de los Derechos Humanos: Salud de los migrantes, actuación de la sociedad civil y elaboración de estrategias desde perspectivas de derechos humanos, Seúl, 25 a 27 de septiembre de 2009.

<sup>67</sup> Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Fundamental Rights of Migrants in an Irregular Situation*, págs. 74 y 75.

de los sistemas de remisión de pacientes, la negativa de algunos médicos generalistas a atenderlos, la falta de conocimiento de la legislación pertinente por parte de los proveedores de servicios de atención de salud y el hecho de que no se tengan presentes las necesidades específicas en materia de salud de los migrantes en situación irregular. Todos estos son obstáculos evidentes de carácter práctico para recibir atención de salud.

En el Reino Unido, muchos migrantes no se inscriben en la consulta de un médico de cabecera porque desconocen su derecho a ello o porque han sido rechazados sin motivo. Mientras que los médicos de cabecera pueden elegir si desean o no aceptar nuevos pacientes, las personas que deseen inscribirse no están jurídicamente obligadas a acreditar su identidad o su situación migratoria. Por consiguiente, los migrantes deberían estar en condiciones de inscribirse en la atención primaria con independencia de su situación migratoria. Junto con varias organizaciones asociadas, el alcalde de Londres ha publicado un folleto en que se explica la forma en que los grupos excluidos, y en particular los migrantes en situación irregular, pueden tener acceso a la atención primaria de salud en Londres.

En otros lugares, los profesionales de la salud pueden hacer extensivas a los migrantes en situación irregular determinadas políticas de salud encaminadas a mejorar el acceso de los migrantes a la atención de salud o la calidad de la atención que reciben. Son ejemplos de esas iniciativas el programa "Checking for Change" en Escocia (Reino Unido) y la red "Hospitales Amigos de los Migrantes", patrocinada por la Dirección General de Salud y Consumidores de la Comisión Europea. Esas iniciativas pueden aumentar la conciencia de los profesionales de la salud acerca de las necesidades de los migrantes en materia de salud y mejorar la atención que reciben los migrantes en situación irregular.

El estigma general vinculado a las enfermedades mentales junto con la falta de conciencia o comprensión al respecto en muchas sociedades hacen que con frecuencia las necesidades en materia de salud mental de los migrantes en situación irregular queden desatendidas. La situación legal irregular y el constante temor a ser descubiertos y expulsados, las condiciones de vida deficientes, la exclusión social y la falta de

comunicación con las redes familiares y sociales, así como las condiciones de trabajo abusivas, pueden afectar a la salud mental de los migrantes en situación irregular<sup>68</sup>.

Muchos países solo conceden a los niños migrantes en situación irregular la misma atención de salud que los adultos migrantes en la misma situación tienen derecho a recibir. Los niños, por lo tanto, se encuentran con los mismos obstáculos jurídicos y prácticos que los adultos para el disfrute del derecho a la salud. A veces se otorga a los niños no acompañados o separados de sus padres o tutores condiciones de trato más favorables que a los que migran de manera irregular con su familia.

Otros obstáculos prácticos son el temor de los niños migrantes o de sus padres a ser denunciados, la falta de intérpretes y el desconocimiento. Muchos niños en situación irregular no están inscritos en programas para niños de familias de bajos ingresos que ofrecen servicios de atención de salud independientemente de la capacidad de pago por el motivo de que sus padres tienen miedo a ser denunciados a las autoridades. En algunos países, el padre o la madre en situación irregular pueden tener dificultades para obtener un certificado de nacimiento de su hijo, lo que también puede privar al niño de la atención de salud. Algunos de los obstáculos más comunes son los estrictos requisitos de documentación, el rechazo injustificado por desconocimiento de los derechos y el miedo a ser detenidos, en particular en los países en que los funcionarios públicos están obligados a denunciar a los migrantes en situación irregular<sup>69</sup>. La situación irregular de los padres y sus condiciones laborales o económicas deficientes también pueden afectar a la salud y el bienestar de los niños migrantes.

<sup>68</sup> Véanse H. Murphy, "Migration, culture and mental health", *Psychological Medicine*, vol. 7, N° 4 (noviembre de 1977); y D. Bhugra, "Cultural identities and cultural congruency: a new model for evaluating mental distress in immigrants", *Acta Psychiatrica Scand*, vol. 111, N° 2 (febrero de 2005).

<sup>69</sup> En Alemania, por ejemplo, puede comunicarse a las autoridades la situación irregular de los niños a menos que estén recibiendo atención de urgencia. Véase Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Fundamental Rights of Migrants in an Irregular Situation*, pág. 79.

En general, es importante recordar que la carencia de atención de salud tiene efectos de larga duración en el desarrollo del niño. Es motivo de especial preocupación la inmunización infantil. La no vacunación de los niños puede repercutir a largo plazo en su salud<sup>70</sup>.

En lo que respecta a las mujeres y las niñas, el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes ha puesto de manifiesto que las mujeres y las niñas migrantes experimentan muchas veces problemas de salud relacionados con el embarazo y la salud ginecológica más graves que los que afectan a la población de acogida. El acceso insuficiente a la atención prenatal puede aumentar la incidencia de los nacimientos prematuros, la preeclampsia y otras complicaciones<sup>71</sup>.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en su recomendación general N° 26 (2008), puso de relieve la vulnerabilidad de las mujeres migrantes a los problemas de salud, en particular en relación con la salud sexual y reproductiva, y señaló que “es posible que las trabajadoras migratorias se vean obligadas a someterse a pruebas de embarazo, so pena de deportación si el resultado es positivo, que se les imponga el aborto o que no dispongan de acceso a servicios seguros de salud e interrupción del embarazo cuando corre peligro la salud de la madre, e incluso tras agresiones sexuales. Puede ser que no haya permisos y prestaciones de maternidad, o que sean inadecuados, y que no exista atención obstétrica asequible, con el consiguiente riesgo para la salud” (párr. 18).

Los migrantes también pueden tener que someterse a pruebas obligatorias de otras afecciones, como el VIH/SIDA o la tuberculosis, aunque la justificación de esos controles se ha puesto en tela de juicio desde la

<sup>70</sup> “Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración” (A/HRC/15/29), párr. 63.

<sup>71</sup> A/HRC/14/30, párr. 31.

perspectiva tanto de los derechos humanos como de la salud pública<sup>72</sup>. Los intentos de evitar o eludir esas pruebas obligatorias han sido reconocidos como una de las sendas que conducen a los migrantes a la situación irregular. Además, el Relator Especial sobre el derecho a la salud ha observado que “los trabajadores migratorios cuyas pruebas para el VIH den resultado positivo pueden permanecer en una situación irregular, haciéndolos más vulnerables a los abusos de los empleadores y reduciendo su posibilidad de acceder a tratamiento médico”<sup>73</sup>.

### *Detención de migrantes*

En la actualidad muchos Estados se plantean la gestión de la migración principalmente desde la perspectiva de la represión, la criminalización o el control de las fronteras, por lo que han elaborado políticas que conducen a la detención administrativa de los migrantes en algún momento del proceso de inmigración. Sin embargo, las investigaciones ponen cada vez más en tela de juicio el efecto disuasorio de la detención, al mismo tiempo que resultan cada vez más evidentes sus efectos perjudiciales en la salud de los migrantes.

El deterioro de la salud mental y física de los migrantes en situación irregular con frecuencia está vinculado a las condiciones de privación de libertad, en particular la reclusión prolongada. Los migrantes privados de libertad son particularmente vulnerables porque dependen totalmente de los administradores de los centros de detención públicos o privados para que les brinden o faciliten el acceso a los servicios de atención de salud. Se ha tenido noticia de condiciones de privación de libertad que suponen una amenaza para la vida de los migrantes en algunos países; en muchas ocasiones, las condiciones de privación de libertad pueden ser bastante

<sup>72</sup> En particular habida cuenta de la complejidad y diversidad de las corrientes de migración contemporáneas y del hecho de que las enfermedades pueden estar latentes, o bien estar presentes sin haber manifestado síntomas todavía. Véanse H. Hogan y otros, “Screening of new entrants for tuberculosis: responses to port notifications”, *Journal of Public Health*, vol. 27, N° 2 (junio de 2005); y R. Coker, “Compulsory screening of immigrants for tuberculosis and HIV”, *British Medical Journal*, vol. 328 (7 de febrero de 2004).

<sup>73</sup> A/HRC/23/41, párr. 33.

peores que las que se aplican a la población reclusa no migrante<sup>74</sup>. Es posible que en los centros de detención de inmigrantes no haya servicios de atención de salud o que sean de difícil acceso y de mala calidad.

Un estudio reveló que la salud física de los migrantes se deteriora en proporción a la duración de la privación de libertad: una cuarta parte de quienes habían permanecido reclusos durante un mes dijo tener problemas de salud pero, en el caso de los reclusos durante cuatro a cinco meses, el porcentaje era del 72%<sup>75</sup>. La detención administrativa a largo plazo aparece vinculada a los problemas de salud mental, en parte debido a la falta de acceso a la atención y los servicios de salud mental<sup>76</sup>. El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes ha denunciado que:

frecuentemente se descuida la salud mental y física de los migrantes retenidos. No siempre hay médicos y enfermeros disponibles y es posible que estos no estén facultados para tratar debidamente a sus pacientes, entre otras cosas cuando necesitan ser hospitalizados. Además, no todos los centros de detención ofrecen servicios de atención de la salud reproductiva a las mujeres, especialmente las mujeres embarazadas<sup>77</sup>.

Los niños son especialmente vulnerables en los centros de detención, en particular cuando se dan condiciones inhumanas y degradantes<sup>78</sup>. El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes ha expresado su preocupación por el hecho de que los niños migrantes que

<sup>74</sup> Human Rights Watch, *Rights on the Line: Human Rights Watch Work on Abuses against Migrants in 2010* (2010).

<sup>75</sup> Jesuit Refugee Service, *Becoming Vulnerable in Detention* (junio de 2010), pág. 9.

<sup>76</sup> K. Robjant, R. Hassan y C. Katona, "Mental health implications of detaining asylum seekers: a systematic review", *British Journal of Psychiatry*, vol. 194, N° 4 (abril de 2009).

<sup>77</sup> "Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau" (A/HRC/20/24), párr. 25.

<sup>78</sup> Human Rights Watch, *The EU's Dirty Hands* (2011). Véase también Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, demanda N° 30696/09, sentencia de 21 de enero de 2011, párrs. 229 a 234.

sufren de problemas de salud graves y los niños con discapacidad sean confinados en centros de detención como práctica habitual. El Relator Especial pudo constatar que los problemas de salud de los niños migrantes en los centros de detención se veían agravados por las deficiencias de los servicios y tratamientos médicos<sup>79</sup>. Los centros de detención tienden a ser administrados por autoridades policiales o penitenciarias o por empresas privadas de seguridad que no cuentan con la debida capacitación en materia de derechos humanos de los niños y de los migrantes ni de prestación de servicios de salud.

## **B. Marco normativo y jurídico: el derecho a la salud de los migrantes en situación irregular**

El principio de no discriminación, afirmado entre otros instrumentos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 2) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.2), garantiza a los migrantes en situación irregular el derecho a la salud. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales declaró expresamente en su observación general N° 14 (2000) que los Estados tienen la obligación de velar por que todas las personas, incluidos los migrantes, tengan igual acceso a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos, con independencia de su situación legal y su documentación (párr. 34). En términos similares, refiriéndose al artículo 5 e) iv) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en su recomendación general N° 30 (2004), recomendó a los Estados que respetaran el derecho de los no ciudadanos a la salud, entre otras cosas absteniéndose de negar o limitar su acceso a los servicios de salud preventiva, curativa y paliativa (párr. 36).

En Trinidad y Tabago, todos los migrantes tienen derecho a la atención de salud, con independencia de su situación migratoria.

*Fuente:* A/HRC/15/29, párr. 81 a).

<sup>79</sup> A/HRC/14/30, párr. 38.

Las obligaciones que figuran en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares son más restrictivas. Su artículo 28 reconoce el derecho de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares a la atención médica de urgencia, que se concederá en las mismas condiciones que a los nacionales y no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo. El Comité sobre los Trabajadores Migratorios, en su observación general N° 2 (2013), señaló a este respecto que, leído conjuntamente con otros instrumentos internacionales de derechos humanos, ese artículo puede imponer obligaciones más amplias a los Estados que sean partes en ambos instrumentos (párr. 72).

### **Atención médica de urgencia**

La mayoría de los países solo ofrecen a los migrantes en situación irregular el acceso a la atención médica de urgencia. La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares establece que los trabajadores migratorios y sus familiares deberán poder recibir “cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud”, con independencia de que exista “irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo” (art. 28).

En muchos países, tal vez en la mayoría, la legislación aplicable no define claramente cuándo una afección puede ser considerada de urgencia y, por lo tanto, la decisión recae en los profesionales de la salud que prestan el tratamiento<sup>a</sup>. Si bien esta situación puede brindar un cierto grado de flexibilidad para que los médicos ofrezcan tratamiento a los migrantes, también puede dar lugar a casos de selección arbitraria, discriminación y falta de rendición de cuentas<sup>b</sup>. En Suiza, el Tribunal Federal ha declarado que el artículo 12 de la Constitución Federal, según el cual toda persona tiene derecho a recibir asistencia cuando la necesite, implica que todas las personas deben tener acceso a la “atención médica básica”. En la práctica, sin embargo, los servicios que ofrecen los municipios y los cantones varían considerablemente<sup>c</sup>. En Polonia hay equipos de socorro médico que prestan atención de urgencia gratuita, pero los departamentos de urgencias de los hospitales no necesariamente hacen lo mismo, porque la legislación no establece quién deberá asumir los costos<sup>d</sup>. La obligación de pagar en su totalidad o en parte el costo de la atención médica también puede ser un impedimento para acceder a la atención médica de

urgencia. En los Estados Unidos, la Ley para el Tratamiento de las Urgencias Médicas y los Trabajos de Parto exige a los hospitales que examinen y establezcan a todas las personas, incluidos los migrantes en situación irregular, que acudan a una sala de urgencias, sea cual fuere su capacidad de pago.

Expertos en derechos humanos han puesto en tela de juicio si los Estados que permiten a los migrantes en situación irregular recibir únicamente atención médica de urgencia están cumpliendo o no sus obligaciones en materia de derechos humanos y si esas restricciones pueden estar justificadas desde una perspectiva de salud pública. Los grupos vulnerables como los niños, las personas de edad y las mujeres embarazadas necesitan el acceso sin restricciones a los servicios médicos de urgencia. Según el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes:

Si bien los Estados han elaborado diferentes criterios para determinar en qué consiste la atención de la salud de urgencia, lamentablemente en ellos se omite tratar la cuestión fundamental de no supeditar la atención de la salud a la situación de inmigración de la persona interesada. A este respecto, no se justifica un mero compromiso de brindar una atención de urgencia, no solo desde una perspectiva de derechos humanos, sino también desde el punto de vista de la salud pública, puesto que no recibir ningún tipo de atención preventiva y primaria puede generar riesgos sanitarios tanto para los migrantes como para la comunidad de acogida<sup>6</sup>.

El Comité sobre los Trabajadores Migratorios señaló en su observación general N° 2 (2013) que, aunque la atención médica no deba ser necesariamente gratuita, la igualdad de trato impone que se apliquen las mismas reglas de pago de honorarios o de exención de pago a los trabajadores migratorios y a sus familiares que a los nacionales. Los Estados partes deben prohibir prácticas como cobrar tasas excesivas a los trabajadores migratorios en situación irregular o exigir el pago inmediato o el comprobante de pago antes de suministrar el servicio. Nunca debe negarse la atención médica de urgencia debido a la incapacidad de pagar los honorarios (párr. 73).

En la resolución 1637 (2008) sobre los refugiados del mar en Europa: las corrientes de migración mixtas por mar hacia el sur de Europa, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa instó a los Estados a que garantizaran a los migrantes en situación irregular, los refugiados y los solicitantes de asilo no únicamente la atención de salud de urgencia, que abarca el tratamiento imprescindible que no pueda retrasarse razonablemente y la atención necesaria, como la vacunación y el seguimiento, sino también la atención básica de salud, incluida la atención odontológica esencial, y añadió que

debe prestarse también asistencia psicológica a las personas con necesidades especiales, como las víctimas de la tortura y la violencia, en particular la violencia sexual.

- ª El proyecto NowHereland ha establecido tres categorías de derecho de acceso a la atención de salud para los migrantes en situación irregular en Europa: “sin acceso”, “acceso parcial” (derechos expresos a determinados servicios o para determinados grupos) y “pleno acceso”. NowHereland tiene por objeto crear una base de conocimientos sobre las buenas prácticas en la prestación de servicios de atención de salud a los migrantes indocumentados en Europa. Véase más información en [www.nowhereland.info/](http://www.nowhereland.info/).
- b En el Reino Unido se ha denunciado que algunos pacientes han sido remitidos a los supervisores de casos de pacientes extranjeros y se les ha denegado el tratamiento “necesario inmediatamente” o “urgente”, a pesar de que la guía sobre esta materia establece que las decisiones respecto de la atención urgente debe adoptarlas un médico. Véase D. Biswas y otros, “Access to health care for undocumented migrants from a human rights perspective: A comparative study of Denmark, Sweden, and the Netherlands”, *Health and Human Rights*, vol. 14, N° 2 (diciembre de 2012).
- c V. Bilger y otros, *Health Care for Undocumented Migrants in Switzerland: Policies – People – Practices* (International Centre for Migration Policy Development, 2011).
- d Plataforma para la Cooperación Internacional sobre Migrantes Indocumentados (PICUM), “PICUM Submission to the CRC General Comment on the right of the child to the highest attainable standard of physical and mental health”, 6 de enero de 2012.
- e A/HRC/14/30, párr. 28.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares establece que, por lo que se refiere a sus condiciones de trabajo, los trabajadores migratorios deberán disfrutar de un trato en materia de salud que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales (art. 25). Con respecto a las prestaciones de salud relacionadas con su trabajo, por lo tanto, los migrantes en situación irregular deben ser tratados en las mismas condiciones que los nacionales. En el Convenio de la OIT sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos (N° 189) de 2011 se establece que “todo trabajador doméstico tiene derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable” y se insta encarecidamente a los Estados a este respecto a garantizar la seguridad y la salud en el trabajo de los trabajadores domésticos (art. 13.1).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sostuvo en su observación general N° 14 (2000) que una de las obligaciones básicas

En Suiza, en virtud de la Ley Federal del Seguro Médico, las empresas aseguradoras están obligadas a aceptar a todos los solicitantes para el nivel básico de prestaciones, independientemente de su condición de residentes. El nivel básico incluye el tratamiento médico ambulatorio y hospitalario, los medicamentos recetados, la atención de salud durante el embarazo y el parto y el tratamiento en caso de accidente. Además, todas las personas que ejerzan una actividad remunerada, incluidos los migrantes en situación irregular, deben ser aseguradas por su empleador contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Desde 2009, en virtud de la Ley del Seguro Médico, los proveedores de servicios de salud en los Países Bajos pueden solicitar el reembolso del 80% al 100% del costo de la atención dispensada, según el tratamiento. En principio, muchos servicios son accesibles para los migrantes en situación irregular como resultado de este plan. La lista abarca la atención primaria, secundaria y terciaria, la atención antes y después del parto, la atención psiquiátrica, la salud de los jóvenes y la detección y el tratamiento del VIH y otras enfermedades infecciosas.

en relación con el derecho a la salud consiste en que los Estados elaboren y apliquen una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para proteger, respetar y cumplir el derecho a la salud de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados. Es evidente que en muchos países esos grupos podrían incluir a los migrantes en situación irregular.

El sometimiento a determinadas pruebas obligatorias, por ejemplo de la infección por el VIH, la tuberculosis y el embarazo, como parte de la política de inmigración es incompatible con el derecho a la salud, ya que vulnera los requisitos del consentimiento informado y no respeta los derechos a la autonomía, la intimidad, la dignidad y la confidencialidad de la información sobre la salud. Las limitaciones al derecho a la salud y al consentimiento informado, incluidas las que parezcan aplicarse en claro interés de la salud pública, deben fundamentarse en pruebas científicas, constituir la opción disponible menos restrictiva y respetar la dignidad, los derechos y las libertades humanos<sup>80</sup>.

<sup>80</sup> "Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental" (A/64/272), párrs. 30 y 31.

El Comité de Ministros del Consejo de Europa instó a los Estados miembros a que adoptaran una serie de medidas concretas para proteger eficazmente los derechos a la salud de los migrantes y declaró que “los procedimientos innecesariamente complejos o laboriosos para obtener la prestación de servicios de salud deberían simplificarse”, y que las personas u organismos encargados de la atención de salud no deberían estar obligados a informar a las autoridades cuando los migrantes en situación irregular acudieran a ellos buscando ayuda. Las recomendaciones que figuran a continuación sientan las bases para una estrategia nacional en materia de salud para los migrantes.

El Comité de Ministros recomienda a los Estados que:

- a) De conformidad con la legislación nacional relativa a la recopilación y utilización de datos personales, reúnan información sobre las características demográficas, sociales, educacionales y económicas de los migrantes y su situación legal en el país de acogida;
- b) Sigam de cerca sistemáticamente el estado de salud de los migrantes e investiguen las causas de las discrepancias;
- c) Examinen todas las políticas y las prácticas que afectan a las condiciones de vida y de trabajo de los migrantes a fin de reducir en lo posible los riesgos para su salud;
- d) Teniendo presentes la organización, los principios generales y la capacidad financiera del sistema de seguridad social del Estado miembro de que se trate, proporcionen a los migrantes los correspondientes derechos a utilizar los servicios de salud y velen por que esos derechos sean conocidos y respetados;
- e) Promuevan el conocimiento de los migrantes acerca de las cuestiones relativas a la salud y el sistema de salud, y adopten medidas para aumentar la accesibilidad de los servicios de salud;
- f) Superen las barreras lingüísticas adoptando medidas apropiadas, como servicios de interpretación y acceso a material informativo traducido siempre que sea necesario;
- g) Adapten lo mejor posible las disposiciones sobre los servicios de salud a las necesidades, la cultura y la situación social de los migrantes.

*Fuente:* Recomendación CM/Rec(2011)13 sobre movilidad, migración y acceso a la atención de salud.

Con objeto de eliminar los obstáculos que supone la imposición a los profesionales de la salud de la obligación de informar sobre la presencia de migrantes en situación irregular, el Comité sobre los Trabajadores Migratorios afirmó en su observación general N° 2 (2013) que “los Estados partes no deben utilizar la atención de la salud como instrumento de control de la inmigración, lo que impediría en la práctica que los trabajadores migratorios en situación irregular recurrieran a los servicios de salud por temor a la expulsión. Para ello, los Estados [...] no exigirán a las instituciones de salud pública ni a los proveedores de servicios de salud que entreguen a las autoridades de inmigración, o compartan con ellas de otro modo, información sobre la situación migratoria de un paciente” (párr. 74).

A fin de dar efecto a la prohibición de utilizar la atención de salud como instrumento de control de la inmigración, el Comité sobre los Trabajadores Migratorios sostiene en su observación general N° 2 (2013) que los Estados partes no deben llevar a cabo operaciones de control de la inmigración en los centros de atención de salud o en sus proximidades, puesto que ello limitaría el acceso de los trabajadores migratorios y sus familiares a dicha atención (párr. 74). La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea también ha afirmado que los migrantes en situación irregular que acudan en busca de asistencia médica no deben ser detenidos en establecimientos médicos o en sus proximidades<sup>81</sup>.

En 2008, la Asamblea Mundial de la Salud recomendó a los Estados que promovieran políticas de salud que tuvieran en cuenta a los migrantes y fueran no discriminatorias en el acceso a la promoción de la salud, la prevención de enfermedades y la atención para los migrantes, detectando y corrigiendo las deficiencias en la prestación de servicios de salud<sup>82</sup>.

<sup>81</sup> Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, “Apprehension of migrants in an irregular situation: fundamental rights considerations”, principio 2.

<sup>82</sup> Asamblea Mundial de la Salud, Salud de los migrantes, documento WHA61.17.

La Ley de Migraciones N° 25871 de la Argentina de 2004 brinda acceso a la atención de salud a los migrantes en situación irregular. Establece un amplio conjunto de derechos que se otorgan también a esos migrantes. Su artículo 8 afirma que no podrá negarse o restringirse en ningún caso el acceso al derecho a la salud, la asistencia social o la atención sanitaria a todos los extranjeros que lo requieran, cualquiera que sea su situación migratoria. El mismo artículo exige a los proveedores de atención de salud que asesoren a los migrantes en situación irregular sobre el modo de regularizar su situación. Para que la falta de documentación no les impida acceder a los servicios de salud, el Decreto N° 616/2010 dispone que el Ministerio de Salud dictará normas y adoptará otras medidas para garantizar que los migrantes, incluidos los migrantes en situación irregular, tengan acceso a los servicios de salud y asistencia social (art. 8). Las personas que necesiten atención médica pueden acreditar su identidad empleando documentos expedidos por su país de origen o su consulado.

Los Estados tienen obligaciones específicas para con los niños en relación con el derecho a la salud. En virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, deben ocuparse de “la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños” (art. 12.2 a)). Además, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indicó en su observación general N° 14 (2000) que los Estados deben garantizar la atención de salud anterior y posterior al parto para las madres (párr. 14).

El Comité de los Derechos del Niño ha pedido a los Estados partes que velen por que todos los niños en el contexto de la migración disfruten de igualdad de acceso a los servicios y prestaciones básicos, como la atención de salud, independientemente de su situación migratoria o la de sus padres, recogiendo sus derechos en forma expresa en la legislación. Según el Comité, debe prestarse atención a hacer frente a los efectos específicos de género que pueda causar la reducción del acceso a los servicios, tales como los derechos de salud sexual y reproductiva<sup>83</sup>. Además, el Comité ha reconocido que los niños no acompañados y separados de sus padres o tutores tienen el mismo derecho de acceso a la

<sup>83</sup> “Report of the 2012 Day of general discussion”, párr. 86.

atención de salud que los niños que son nacionales del país<sup>84</sup>. El Comité ha exhortado a los Estados a que creen y apliquen medidas adecuadas y accesibles para paliar el trauma que sufren los niños durante la migración. Se debe prestar especial atención a lograr que los servicios de salud mental estén disponibles para todos los niños, en particular al realizar la estimación, evaluación y determinación del interés superior del niño<sup>85</sup>.

En agosto de 2013, el Gobierno de Tailandia puso un seguro de salud de bajo costo a disposición de todos los migrantes, independientemente de su situación migratoria. Además, también se puso a disposición de los niños migrantes de hasta 7 años de edad un seguro especial que costaba 365 baht por año (unos 12 dólares de los Estados Unidos). El contenido del seguro era el mismo que recibían los ciudadanos tailandeses cubiertos por el ampliamente elogiado Plan de Cobertura Universal de Salud, incluido el acceso a los servicios de inmunización y los medicamentos antirretrovirales. Los padres migrantes pueden adquirir un seguro para sus hijos mayores de 7 años al mismo precio que los adultos (2.200 baht, unos 70 dólares por año).

El Comité Europeo de Derechos Sociales sostuvo que una limitación por la que solo se prestaban servicios de salud a los niños que hubieran sido residentes en Francia durante un plazo determinado o se encontraran en una situación que pusiera en peligro su vida vulneraba los derechos de los niños migrantes en situación irregular<sup>86</sup>. Considerando que la atención de salud es un requisito indispensable para la preservación de la dignidad humana, el Comité determinó que toda legislación que niegue el derecho a la asistencia médica a los niños migrantes, sea cual sea su situación migratoria, es contraria a la Carta Social Europea.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer señaló en su recomendación general N° 26 (2008) que las mujeres sufren a menudo desigualdades que constituyen una amenaza para su salud. Tal vez no tengan acceso a los servicios sanitarios, incluidos los de salud reproductiva, porque los planes de seguro y de salud nacional no están

<sup>84</sup> Observación general N° 6 (2005).

<sup>85</sup> "Report of the 2012 Day of general discussion", párr. 89.

<sup>86</sup> *International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France*, reclamación N° 14/2003.

a su disposición, o porque hay que pagar honorarios que no están a su alcance. El Comité observó que las mujeres tienen necesidades de salud diferentes de las de los hombres, y pidió en particular a los Estados partes que velaran por la no discriminación de las mujeres migrantes durante el embarazo, incluido el acceso a servicios seguros de salud reproductiva y a atención obstétrica asequible (párrs. 17 y 18).

### *El derecho a la salud en el contexto de la expulsión y la detención de migrantes*

La detención y la expulsión de los migrantes en situación irregular pueden estar prohibidas por motivos de salud. El Comité de Derechos Humanos ha llegado a la conclusión de que puede considerarse que un Estado que se niegue a poner en libertad a un migrante que haya adquirido una enfermedad grave a causa de su prolongada privación de libertad ha violado el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prohíbe la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. La expulsión de esa persona “a un país donde no es probable que reciba el tratamiento necesario” para la enfermedad causada equivaldría a una violación del mismo artículo<sup>87</sup>. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha llegado a la conclusión de que un Estado vulneraría el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos al expulsar a una persona gravemente enferma a su país de origen si allí esa persona no fuera a recibir cuidados de enfermería o atención médica y no tuviera familia dispuesta o capacitada para cuidar de ella o proporcionarle alimentos, vivienda o apoyo social<sup>88</sup>.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que un Estado que decida proceder a la expulsión de un migrante o de miembros de su familia debe tener en cuenta las repercusiones en los niños afectados y los efectos negativos sobre su salud a fin de cumplir con las obligaciones que le impone el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>89</sup>.

<sup>87</sup> *C. c. Australia*, comunicación N° 900/1999, dictamen de 28 de octubre de 2002, párrs. 8.4 y 8.5.

<sup>88</sup> *D. v. the United Kingdom*, demanda N° 30240/96, sentencia de 2 de mayo de 1997.

<sup>89</sup> *Zakayev and Safanova v. Russia*, demanda N° 11870/03, sentencia de 11 de febrero de 2010.

Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han confirmado que los Estados están obligados a proteger la salud y el bienestar de las personas privadas de libertad proporcionando de manera habitual atención médica y los debidos cuidados especializados<sup>90</sup>. Si la privación de libertad causa graves problemas de salud, los detenidos deben ser puestos en libertad.

El Comité de los Derechos del Niño señaló que los niños no deben ser tratados como delincuentes ni sometidos a medidas punitivas a causa de su situación migratoria o la de sus padres y recomendó a los Estados que pusieran fin rápida y completamente a la detención de niños a causa de su situación migratoria<sup>91</sup>. El Comité de Derechos Humanos también ha observado que el interés superior del niño debe ser la consideración primordial que indique el camino a seguir y que, en consecuencia, cuando se trate de niños debe utilizarse una medida menos invasiva que la detención<sup>92</sup>.

Las Directrices sobre los Criterios y Estándares Aplicables a la Detención de Solicitantes de Asilo y las Alternativas a la Detención de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), que también son aplicables por analogía a los migrantes en situación irregular, disponen que debe ofrecerse un reconocimiento médico y de salud mental a los solicitantes de asilo tan pronto como sea posible después de su llegada, y realizado por profesionales médicos competentes. Durante su detención, los detenidos deben recibir evaluaciones periódicas de su salud física y bienestar mental<sup>93</sup>.

<sup>90</sup> Véanse, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Tehrani and others v. Turkey*, demandas N<sup>os</sup> 32940/08, 41626/08 y 43616/08, sentencia de 13 de abril de 2010, párr. 83, y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Vélez Loor vs. Panamá*, sentencia de 23 de noviembre de 2010, serie C, N<sup>o</sup> 218, párr. 220.

<sup>91</sup> "Report of the 2012 Day of general discussion", párrs. 78 a 81.

<sup>92</sup> *Bakhtiyari c. Australia*, comunicación N<sup>o</sup> 1069/2002, dictamen de 29 de octubre de 2003.

<sup>93</sup> Directriz 8 vi). Véanse también las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y, por analogía normativa, las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes (Reglas de Bangkok).

## Mensajes clave

- La legislación nacional debe otorgar a los migrantes en situación irregular acceso a una atención de salud adecuada, incluidos servicios de salud preventivos, curativos y paliativos, y proteger su acceso a los factores determinantes básicos de la salud.
- Como mínimo, todos los migrantes, incluidos los migrantes en situación irregular, deben tener el mismo acceso a la atención médica de urgencia que los nacionales.
- Los migrantes en situación irregular deben tener acceso a los medicamentos y fármacos esenciales. Todos los niños en ese contexto deben recibir oportunamente inmunización contra las principales enfermedades infecciosas.
- Las instituciones de atención de salud deben tener prohibido comunicar datos sobre la situación legal de sus pacientes a las autoridades de inmigración. Los proveedores de atención de salud deben estar claramente informados de que no se les exige hacerlo. Los migrantes deben recibir garantías concretas de que no se informará a las autoridades de inmigración si solicitan asistencia médica. Las operaciones de control de la inmigración no deben llevarse a cabo en las instituciones de atención de salud ni en sus proximidades.
- El suministro de acceso oportuno, asequible y no discriminatorio a los servicios de salud mental preventivos, curativos y de rehabilitación y a la educación forma parte del contenido normativo del derecho a la salud, y debe estar a disposición de los migrantes en situación irregular, en particular las personas en especial situación de riesgo a este respecto, como las víctimas de la tortura, el trauma y la violencia.
- Los Estados deben proteger la salud y el bienestar de las personas en detención proporcionándoles de manera habitual atención médica y atención especializada adecuada, incluidos servicios de salud mental. Los detenidos que adquieran trastornos graves de salud durante la detención deben ser puestos en libertad.
- La expulsión de un migrante en situación irregular que pueda interrumpir un tratamiento médico vital podría constituir un trato inhumano y degradante, por lo que debe evitarse.



# **III. EL DERECHO A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO, CON INCLUSIÓN DE LA VIVIENDA, EL AGUA Y EL SANEAMIENTO Y LA ALIMENTACIÓN**

### Contenido y componentes específicos

Con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento” (art. 11.1).

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce “el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social”. La responsabilidad primordial de garantizar ese derecho recae en los padres. Sin embargo, los Estados partes deben adoptar las medidas necesarias para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a ese derecho. Su deber comprende la prestación de asistencia material y programas de apoyo “particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda” (art. 27).

Los componentes del derecho a un nivel de vida adecuado están relacionados entre sí y vinculados con el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, así como con la dignidad inherente a todo ser humano. Así se recoge en el texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad” (art. 25.1). Por lo tanto, el contenido específico del derecho a un nivel de vida adecuado debe entenderse, entre otras cosas, en el contexto del derecho a la seguridad social.

Los componentes más importantes del derecho a un nivel de vida adecuado —los derechos a una vivienda adecuada, al agua y el saneamiento y a la alimentación— se examinan con más detalle a continuación.

#### *El derecho a una vivienda adecuada*

Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el derecho a la vivienda no debe interpretarse en un sentido estricto con referencia a un cobijo (paredes y techo) sino que debe entenderse como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad.

El Comité ha identificado determinados aspectos del derecho a una vivienda adecuada que hay que tener en cuenta al evaluar si se ha cumplido o no con ese derecho:

- a) *Seguridad jurídica de la tenencia.* Los Estados partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados.
- b) *Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.* Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos y de drenaje y a servicios de emergencia.
- c) *Gastos soportables.* Los Estados partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda. De conformidad con el principio de la posibilidad de costear la vivienda, se debería proteger por medios adecuados a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres.
- d) *Habitabilidad.* Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes.
- e) *Asequibilidad.* La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. [...] Los Estados deben asumir obligaciones apreciables

destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho.

- f) *Lugar*. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales.
- g) *Adecuación cultural*. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda.

#### *El derecho al agua y el saneamiento*

El derecho humano al agua potable y el saneamiento se deriva del derecho a un nivel de vida adecuado y está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, así como al derecho a la vida y la dignidad humana<sup>9</sup>. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que “el derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos”. El Comité también ha advertido que un suministro adecuado de agua potable es necesario para la salud y está íntimamente relacionado con los derechos a una vivienda y a una alimentación adecuadas.

El Comité ha indicado que las **obligaciones básicas** en relación con este derecho entrañan para los Estados partes el deber de:

- a) Garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico a fin de prevenir las enfermedades;
- b) Asegurar el derecho de acceso al agua y las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria, en especial a los grupos vulnerables o marginados;
- c) Garantizar el acceso físico a instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua salubre; que tengan un número suficiente de salidas de agua para evitar unos tiempos de espera prohibitivos; y que se encuentren a una distancia razonable del hogar;
- d) Velar por que no se vea amenazada la seguridad personal cuando las personas tengan que acudir a obtener el agua;
- e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de agua disponibles;

- f) Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales sobre el agua para toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados y periódicamente revisados [...]; el proceso mediante el cual se conciben la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberán prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados;
- g) Vigilar el grado de realización, o no realización, del derecho al agua;
- h) Poner en marcha programas de agua destinados a sectores concretos y de costo relativamente bajo para proteger a los grupos vulnerables y marginados;
- i) Adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, en particular velando por el acceso a unos servicios de saneamiento adecuados.

#### *El derecho a la alimentación*

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales garantiza el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, incluida la alimentación, y reconoce el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre (art. 11). El derecho a la alimentación adecuada solo puede darse por alcanzado cuando “todo hombre, mujer o niño, ya sea solo o en común con otros, tiene acceso físico y económico [...] a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla”.

El Comité ha indicado que el derecho a una alimentación adecuada exige a los Estados que velen por:

- a) La *disponibilidad* de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada. Por disponibilidad se entienden las posibilidades que tiene el individuo de alimentarse mediante la producción o adquisición de alimentos.
- b) La *accesibilidad* de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos. La accesibilidad comprende la accesibilidad física y económica.

° Véase la resolución 15/9 del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento. Véase también la resolución 64/292 de la Asamblea General sobre el derecho humano al agua y el saneamiento.

*Fuentes:* Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observaciones generales N° 4 (1991) sobre el derecho a una vivienda adecuada, N° 15 (2002) sobre el derecho al agua y N° 12 (1999) sobre el derecho a una alimentación adecuada.

## **A. Obstáculos jurídicos y prácticos que impiden a los migrantes en situación irregular disfrutar del derecho a un nivel de vida adecuado**

Para los migrantes en situación irregular suele resultar muy difícil alcanzar un nivel de vida adecuado. Las condiciones de inseguridad en que viven la mayoría de ellos entrañan que rara vez tengan acceso a una vivienda adecuada, a la alimentación y al agua y el saneamiento; el acceso insuficiente a uno de esos derechos tiende a socavar el disfrute de los demás derechos. En particular en las zonas urbanas, donde suelen vivir los migrantes en situación irregular, muchos se ven obligados, en virtud de la ley o las circunstancias, a vivir en zonas marginadas, degradadas y con falta de mantenimiento, que adolecen de escasez de servicios e instalaciones.

El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes puso de relieve los obstáculos particulares que se plantean a los migrantes en situación irregular para acceder a una vivienda adecuada y observó que, a causa de las restricciones en el acceso a la vivienda en el mercado privado o a la vivienda pública, los migrantes en situación irregular suelen no tener hogar o vivir en condiciones de hacinamiento, inseguridad e insalubridad<sup>94</sup>.

### *Vivienda adecuada*

Los migrantes en situación irregular no pueden alquilar fácilmente viviendas privadas de buena calidad. Este hecho se constata particularmente en los países que tipifican la migración irregular como delito, ya que alquilar alojamiento a migrantes en situación irregular puede constituir un acto delictivo. Por ejemplo, la Unión Europea exige a sus Estados miembros que sancionen a cualquier persona que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional a permanecer en el territorio de un Estado miembro, vulnerando su legislación sobre estancia de extranjeros<sup>95</sup>.

<sup>94</sup> A/HRC/14/30, párr. 47.

<sup>95</sup> Directiva 2002/90/CE del Consejo de la Unión Europea, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares,

Los migrantes en situación irregular se enfrentan a numerosos otros obstáculos respecto de la vivienda, incluso cuando están legalmente facultados para alquilar. Los propietarios pueden estar obligados a denunciar la presencia de extranjeros a la policía; los inquilinos tal vez tengan que inscribirse ante la oficina local de población o las autoridades fiscales; para concluir un contrato de arrendamiento, los inquilinos pueden tener que presentar documentos que, como migrantes en situación irregular, no poseen o no pueden obtener (por ejemplo, permiso de residencia, número de la seguridad social, justificante de ingresos o contrato de trabajo). La Relatora Especial sobre una vivienda adecuada ha afirmado que la irregularidad de sus sueldos y de sus condiciones de trabajo suele impedir a los migrantes en situación irregular acceder al mercado inmobiliario en pie de igualdad con los ciudadanos locales<sup>96</sup>.

Las dificultades para encontrar alojamiento empujan muchas veces a los migrantes en situación irregular a aceptar viviendas en mal estado, poco higiénicas, en condiciones de hacinamiento o por un precio excesivo. En ocasiones los migrantes incluso se turnan para dormir en una misma cama<sup>97</sup>. En algunos países los empleadores tienen que proporcionar vivienda a sus empleados. En esos casos, ocurre con frecuencia que el alojamiento que se proporciona es inadecuado o el empleador retiene una parte importante del salario de los trabajadores en concepto de pago por el uso de la vivienda<sup>98</sup>. Los trabajadores domésticos que viven en el

---

art. 1.1 b). Según la Agencia de los Derechos Fundamentales, los siguientes países de la Unión Europea penalizan el alquiler de alojamiento a migrantes en situación irregular: Chipre, Dinamarca, Estonia, Grecia e Italia. En varios otros países de la Unión Europea, las personas que alquilen viviendas a los migrantes en situación irregular pueden ser castigadas por el tipo delictivo general de facilitación de la entrada o la residencia irregulares. Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Fundamental Rights of Migrants in an Irregular Situation*, pág. 61.

<sup>96</sup> A/65/261, párrs. 30 y 31.

<sup>97</sup> Sobre las "camas calientes" véanse "Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos" (E/2010/89), párr. 37, e "Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Miloon Kothari, sobre su misión a España" (A/HRC/7/16/Add.2), párr. 74.

<sup>98</sup> E/2010/89, párr. 37.

hogar de sus empleadores pueden verse obligados a aceptar condiciones de vida muy deficientes, que a menudo suponen dormir en pasillos o armarios.

En otros casos, los migrantes en situación irregular viven en cabañas o en edificios abandonados o sin terminar, o incluso al aire libre. En varios países, el acceso a los albergues para personas sin hogar está limitado a los nacionales del país o a los migrantes documentados<sup>99</sup>. Incluso en los casos en que se admite a los migrantes en situación irregular, las normas que obligan a los albergues a informar a las autoridades sobre sus huéspedes pueden impedir en la práctica que los migrantes utilicen sus servicios.

Según la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada, “la combinación entre la falta de información sobre las alternativas y planes de vivienda, los procedimientos burocráticos, los reglamentos por los que se rige la vivienda y los derechos del inquilino suele hacer difícil que los migrantes obtengan una vivienda adecuada aunque la legislación nacional y local no se lo impida”<sup>100</sup>. El acceso a la vivienda social es casi imposible en muchos países. El escaso conocimiento del idioma local y la falta de acceso a servicios de interpretación son un obstáculo más al logro de una vivienda adecuada para muchos migrantes en situación irregular.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial señaló en su recomendación general N° 30 (2004) que la ubicación de las viviendas de los migrantes puede aumentar su marginación (párr. 32). El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha expresado su preocupación, por ejemplo en el caso de Francia, por “la desproporcionada concentración de personas pertenecientes a minorías raciales, étnicas y nacionales, en especial los trabajadores migratorios y los inmigrantes y sus descendientes, en las zonas residenciales pobres que se caracterizan por la existencia de grandes complejos de viviendas

---

<sup>99</sup> Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Fundamental Rights of Migrants in an Irregular Situation*, pág. 64.

<sup>100</sup> A/65/261, párr. 31.

sociales de insuficiente calidad y mal mantenidos, escasas oportunidades de empleo, insuficiente acceso a los centros de salud y a los transportes públicos, escuelas sin una dotación suficiente de recursos y una alta incidencia de delincuencia y violencia”<sup>101</sup>.

Los desalojos forzosos afectan especialmente a grupos muy vulnerables, entre ellos los migrantes en situación irregular. Con frecuencia ocurren sin el debido preaviso ni consulta previa o sin que se suministre un alojamiento de sustitución. A raíz de los desalojos, los migrantes en situación irregular pueden convertirse en personas sin hogar y quedar relegados a zonas en que no tienen acceso a servicios básicos ni a medios de subsistencia. También pueden ser objeto de detención y de expulsión arbitraria a su país de origen. El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes ha puesto de relieve que los desalojos forzosos no solo van en detrimento del derecho de los migrantes a una vivienda adecuada, sino que también afectan a su disfrute de los derechos a la salud, a la alimentación, al agua y a la educación<sup>102</sup>.

Se tiene noticia de que muchas veces las autoridades locales se niegan a aceptar a los migrantes en situación irregular en centros para personas sin hogar o indigentes y no les prestan asistencia alguna, salvo en los casos más extremos de vulnerabilidad (por ejemplo, en caso de reciente maternidad), y aun así por períodos limitados únicamente. Por consiguiente, los niños migrantes a menudo se ven obligados a vivir con sus padres en condiciones precarias o insalubres (viviendas en estado ruinoso y ocupadas por encima de su capacidad, fábricas abandonadas, cabañas en las orillas de los ríos, etc.)<sup>103</sup>. A veces se ofrecen soluciones de vivienda a un niño, pero no a su familia, lo que sitúa al niño y a la familia ante un dilema inaceptable.

<sup>101</sup> E/C.12/FRA/CO/3, párrs. 21, 41 c) y 43.

<sup>102</sup> A/HRC/14/30, párr. 52.

<sup>103</sup> PICUM, *Los niños indocumentados en Europa: Víctimas invisibles de las restricciones a la inmigración* (Bruselas, 2008), pág. 74.

También es un grave motivo de preocupación el hecho de que, cuando alcanzan la mayoría de edad, los niños en situación irregular no tengan oportunidad de regularizar su situación y además puedan quedar excluidos del acceso a la asistencia social<sup>104</sup>.

### *Recursos mínimos de subsistencia (alimentos y agua)*

Con frecuencia los Estados no se aseguran de que los migrantes en situación irregular tengan acceso a los recursos mínimos que necesitan para subsistir, concretamente una cantidad suficiente de alimentos y agua potable.

Los trabajadores domésticos migratorios que viven con sus empleadores se encuentran en una situación especialmente vulnerable en lo que respecta a la alimentación, sobre todo cuando están en situación irregular. Los empleadores utilizan a veces la privación de alimentos para castigar o maltratar a sus trabajadores domésticos. También puede ocurrir que la alimentación que se les da sea insuficiente o de mala calidad, lo que repercute en su salud. Los migrantes en situación irregular pueden carecer de acceso a la asistencia alimentaria (como los cupones de alimentos) por ley o por su temor a ser detenidos y expulsados si tratan de invocar su derecho ante las autoridades.

### *Condiciones de vida en los centros de detención de migrantes*

Como se ha señalado anteriormente, la situación de los migrantes en situación irregular que se encuentran en un centro de detención de migrantes con frecuencia es motivo de preocupación. Los migrantes privados de libertad, que dependen totalmente del Estado para conseguir alimentos y agua, pueden verse obligados a vivir en condiciones deficientes.

La Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes llamó la atención sobre el hecho de que muchas veces los migrantes privados

---

<sup>104</sup> Por ejemplo, en los Países Bajos el Gobierno decidió dejar de prestar apoyo económico y de vivienda a los niños migrantes no acompañados cuando cumplieran 18 años. Human Rights Watch, *World Report 2012 – Events of 2011* (Nueva York, 2012), pág. 453.

de libertad carecen de acceso a una alimentación adecuada<sup>105</sup>. Los alimentos también pueden tener importantes connotaciones culturales para algunos migrantes, y a ese respecto la Relatora Especial señaló que muchos centros de detención no hacen lo necesario para proporcionar a los migrantes alimentos adecuados desde el punto de vista cultural<sup>106</sup>.

La Ley de Migración de México (2011) garantiza que los migrantes en los centros de detención (estaciones migratorias) disfruten de un nivel de vida adecuado. En el artículo 107 se enumeran los requisitos concretos que deben cumplirse, entre otros:

1. Servicios de asistencia médica, psicológica y jurídica.
2. Una alimentación adecuada, que incluya tres comidas al día de calidad suficiente. Las comidas deberán atender las necesidades especiales de las niñas, los niños y los adolescentes, las personas de edad, las mujeres embarazadas o lactantes, las personas con trastornos de salud específicos y otras personas vulnerables, y respetar las tradiciones religiosas.
3. Instalaciones separadas para hombres y mujeres. Los niños deben mantenerse junto a su madre o su padre u otras personas que los acompañen, excepto en los casos en que ello no convenga al interés superior del niño, niña o adolescente.
4. Espacio suficiente; debe evitarse el hacinamiento en las instalaciones.
5. Espacios de recreación deportiva y cultural.

El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria ha planteado también las malas condiciones en que se mantiene a los migrantes en situación irregular en muchos centros de detención. En su informe sobre una misión a Malasia, indicó que el centro de detención de migrantes tenía problemas de hacinamiento, acceso insuficiente al agua potable y saneamiento deficiente. También recogió denuncias sobre la insuficiencia de la alimentación y la falta de ventilación. Las condiciones de falta de higiene y hacinamiento facilitaban el contagio de enfermedades transmisibles, en particular enfermedades de la piel<sup>107</sup>.

<sup>105</sup> E/CN.4/2003/85/Add.4, párr. 61.

<sup>106</sup> E/CN.4/2003/85, párr. 53.

<sup>107</sup> A/HRC/16/47/Add.2, párr. 81.

En relación con Guatemala, el Comité sobre los Trabajadores Migratorios ha expresado su preocupación por las condiciones inadecuadas en los albergues para migrantes. Señaló en particular la falta de espacios libres y de ventilación y las limitaciones de los servicios sociales básicos<sup>108</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que las malas condiciones de detención a que fue sometido un migrante en situación irregular, en particular el extremo hacinamiento, la insuficiencia de los servicios de saneamiento y las deficiencias de los servicios de atención de salud, constituyeron tratos crueles, inhumanos y degradantes. En la misma sentencia, la Corte consideró que la falta de condiciones mínimas para garantizar una cantidad suficiente de agua potable en un centro de detención constituye un incumplimiento por el Estado de su deber de garantizar los derechos fundamentales a quienes se encuentren bajo su control<sup>109</sup>.

## **B. Marco normativo y jurídico: el derecho a una vivienda adecuada de los migrantes en situación irregular**

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha instado a los Estados partes a que cumplan sus obligaciones básicas en virtud del Pacto y velen por que se respete, se proteja y se cumpla el nivel mínimo esencial en lo que respecta a los derechos a la vivienda, la salud y la educación para los migrantes en situación irregular.

El Comité declaró expresamente en su observación general N° 4 (1991) que “el derecho a una vivienda adecuada se aplica a todos” y que asegurar el derecho a una vivienda adecuada es fundamental para la dignidad inherente a la persona humana (párrs. 6, 7 y 9). Además, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial reconoce “el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce [del] derecho a la vivienda” (art. 5 e) iii)). El Comité de

---

<sup>108</sup> CMW/C/GTM/CO/1, párrs. 24 y 25.

<sup>109</sup> *Vélez Loor vs. Panamá*, párrs. 227 y 216.

Derechos Económicos, Sociales y Culturales también ha recomendado “la aplicación efectiva de la legislación existente para luchar contra la discriminación en la vivienda, incluidas las prácticas discriminatorias de agentes privados”<sup>110</sup>.

La comunidad autónoma de Cataluña (España) elaboró un plan para el derecho a la vivienda en 2004-2007, en que, a diferencia del plan estatal, se incluía a los migrantes entre los grupos que necesitaban medidas específicas.

*Fuente:* A/HRC/7/16/Add.2, párr. 77.

En la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares no se reconoce expresamente que los migrantes en situación irregular tengan el derecho a una vivienda<sup>111</sup>. No obstante, el análisis de la Convención a la luz de otros instrumentos universales de derechos humanos, habida cuenta de la prohibición universal de la discriminación, indica que los Estados partes tienen, al menos, cierta obligación contraída en virtud de la Convención de garantizar que los migrantes en situación irregular puedan disponer de una vivienda<sup>112</sup>.

<sup>110</sup> E/C.12/FRA/CO/3, párr. 41 c).

<sup>111</sup> El derecho a una vivienda adecuada solo se reconoce expresamente en el artículo 43.1 d), según el cual los migrantes documentados o en situación regular gozarán del mismo trato que los nacionales con respecto al “acceso a la vivienda, con inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres”.

<sup>112</sup> En este contexto, la observación general N° 2 (2013) del Comité sobre los Trabajadores Migratorios es reveladora: “El Comité observa que la Convención establece únicamente un nivel mínimo de protección. El artículo 81, párrafo 1, dispone que nada impedirá a los Estados partes conceder derechos o libertades más favorables que los que se recogen en la Convención a los trabajadores migratorios y sus familiares, incluidos los que se encuentren en situación irregular, en aplicación del derecho y de la práctica del Estado parte en cuestión, o de cualquier tratado bilateral o multilateral vigente para ese Estado. El Comité entiende que la obligación del Estado enunciada en la Convención debe ir unida al respeto de los tratados fundamentales de derechos humanos y otros instrumentos internacionales pertinentes en los que sea parte dicho Estado. Esos tratados, si bien son autónomos e independientes, son complementarios y se refuerzan entre sí” (párr. 7).

Además, su artículo 10, que prohíbe los tratos inhumanos y degradantes, debería inducir a los Estados a adoptar medidas positivas para garantizar que los migrantes en situación irregular no se vean obligados a vivir en condiciones de vivienda que sean inhumanas o degradantes y contrarias a la dignidad humana.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial señaló en su recomendación general N° 30 (2004) que los Estados partes deben “suprimir los obstáculos que impidan a los no ciudadanos disfrutar de los derechos económicos, sociales y culturales, sobre todo en [la esfera de la] vivienda” y “garantizar la igualdad en el disfrute del derecho a una vivienda adecuada a los ciudadanos y los no ciudadanos, especialmente evitando la segregación en materia de vivienda y velando por que las agencias inmobiliarias se abstengan de utilizar prácticas discriminatorias” (párrs. 29 y 32).

Con arreglo a la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, los trabajadores migratorios, incluidos los que se encuentren en situación irregular, no deben recibir un trato que sea menos favorable con respecto a sus condiciones de trabajo que los nacionales del Estado en que estén empleados (art. 25). Esta norma es aplicable a la situación de los trabajadores migratorios, incluidos los trabajadores domésticos, a quienes sus empleadores les suministren la vivienda. El Convenio N° 189 de la OIT dispone que, si residen en el hogar para el que trabajan, los trabajadores domésticos tienen derecho a disfrutar de condiciones de vida decentes que respeten su privacidad (art. 6).

El Comité Europeo de Derechos Sociales ha evaluado el derecho a la vivienda de los migrantes en situación irregular a tenor de la norma de la no discriminación y ha señalado que las condiciones de vivienda extremadamente precarias pueden afectar al disfrute por esos migrantes de su derecho a la vida y a la dignidad. En un caso relativo a las medidas de seguridad de emergencia adoptadas en Italia respecto de migrantes romaníes y sintis (en situación regular e irregular), el Comité llegó a la

conclusión de que Italia había vulnerado diversas disposiciones de la versión revisada de la Carta Social Europea, en particular el derecho a la vivienda (art. 31), el derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social (art. 30), el derecho de las familias a la protección social, jurídica y económica (art. 16) y el derecho de los migrantes a la protección y la asistencia (art. 19)<sup>113</sup>. Hizo hincapié en los efectos de la exclusión social en el acceso a la atención de salud y en la repercusión en la salud de la falta de vivienda adecuada.

La Relatora Especial sobre una vivienda adecuada ha declarado que “no debe denegarse el acceso a la vivienda a los migrantes indocumentados, que también tienen derecho a un nivel mínimo de asistencia en materia de alojamiento que sea consonante con su dignidad humana”<sup>114</sup>. Según el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, “los Estados deberían, como mínimo, asegurar a los inmigrantes en situación irregular que corren el riesgo de quedar sin hogar un nivel de vivienda que garantice su dignidad, y suministrar recursos a los albergues que ofrecen asistencia a esos inmigrantes”<sup>115</sup>. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha observado que las estrategias de vivienda nacionales rara vez incluyen a los migrantes, y prácticamente nunca incluyen a los migrantes en situación irregular<sup>116</sup>.

El Comité Europeo de Derechos Sociales ha reconocido que los niños en situación irregular y los niños indocumentados tienen derecho a la vivienda. En *Defence for Children International (DCI) c. los Países Bajos*, declaró que el derecho a la vivienda está íntimamente vinculado con los derechos a la vida, a la protección social y al respeto de la dignidad humana y con la protección del interés superior del niño, con independencia de la situación del niño en materia de residencia. A fin

<sup>113</sup> *Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) v. Italy*, reclamación N° 58/2009, decisión de 25 de junio de 2010.

<sup>114</sup> A/65/261, párr. 93.

<sup>115</sup> A/HRC/14/30, párr. 88.

<sup>116</sup> ACNUDH y Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU-Hábitat), *Folleto informativo N° 21 (Rev.1): El derecho a una vivienda adecuada*, pág. 27.

de impedir que haya niños sin hogar, los Estados tienen la obligación de ofrecer alojamiento a los niños, sea cual fuere su situación, mientras se encuentren en la jurisdicción del Estado<sup>117</sup>.

### **C. Marco normativo y jurídico: el derecho al agua y el saneamiento de los migrantes en situación irregular**

Aunque el derecho al agua no está reconocido expresamente como derecho humano independiente en los tratados internacionales, el derecho internacional de los derechos humanos prevé obligaciones específicas en relación con el acceso al agua potable. Esas obligaciones también exigen a los Estados que aseguren progresivamente el acceso a servicios de saneamiento adecuados como elemento fundamental de la dignidad humana y la intimidad, pero también que protejan la calidad de los suministros y los recursos de agua potable<sup>118</sup>. En su observación general N° 15 (2002), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales especificó que los Estados tienen la obligación particular “de facilitar agua y garantizar el suministro necesario de agua a quienes no disponen de medios suficientes, así como de impedir toda discriminación basada en motivos sobre los que internacionalmente pesen prohibiciones en el suministro de agua y los servicios de abastecimiento de agua” (párr. 15).

Hay otros instrumentos internacionales que reconocen el derecho al agua y el saneamiento. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer dispone que los Estados partes asegurarán a las mujeres el derecho a “gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de [...] los servicios sanitarios [...] y el abastecimiento de agua” (art. 14.2 h)). La Convención sobre los Derechos del Niño exige a los Estados partes que luchen contra

---

<sup>117</sup> Reclamación N° 47/2008, decisión de 20 de octubre de 2009. En relación con los desalojos, el Comité señaló que, “dado que los Estados no podrán exigir un alojamiento sustitutorio, debe prohibirse el desalojo de la vivienda porque pondría a las personas afectadas, en particular a los niños, en una situación de indefensión extrema que es contraria al respeto de su dignidad humana” (párr. 63).

<sup>118</sup> ACNUDH, ONU-Hábitat y OMS, *Folleto informativo N° 35: El derecho al agua*, pág. 3.

las enfermedades y la malnutrición mediante “el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre” (art. 24.2 c).

En 2006 la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos aprobó las directrices para la realización del derecho al agua potable y al saneamiento. En ellas se define el derecho al saneamiento como el derecho de toda persona a acceder a un servicio de saneamiento adecuado y seguro que proteja la salud pública y el medio ambiente<sup>119</sup>. En su resolución 64/292 sobre el derecho humano al agua y el saneamiento, la Asamblea General reconoció que “el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”. En 2011 el Consejo de Derechos Humanos aprobó la resolución 18/1 sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento.

Para verificar si están haciendo efectivo o no el derecho al agua, los Estados deben tener en cuenta los siguientes factores: la disponibilidad de agua para los usos personales y domésticos<sup>120</sup>; la calidad del agua disponible<sup>121</sup>; y el grado en que es accesible el agua. La tercera medida debe evaluar el grado en que el agua es accesible físicamente y asequible, el acceso al agua se produce sin discriminación y es posible obtener información sobre cuestiones relacionadas con el agua.

En su observación general N° 15 (2002), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales mencionó expresamente a los migrantes

<sup>119</sup> E/CN.4/Sub.2/2005/25. Véase también *Folleto informativo N° 35: El derecho al agua*, pág. 5.

<sup>120</sup> Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la disponibilidad significa que “el abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos” y “la cantidad de agua disponible para cada persona debería corresponder a las directrices [de la OMS]”. Observación general N° 15 (2002), párr. 12 a).

<sup>121</sup> Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, esta exigencia entraña que “el agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas”, y que el agua “debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico”. *Ibid.*, párr. 12 b).

entre los grupos que deberían ser considerados especialmente vulnerables o marginados en lo que se refiere al derecho al agua, teniendo en cuenta que “los Estados partes deben prestar especial atención a las personas y grupos de personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, en particular las mujeres, los niños, los grupos minoritarios, los pueblos indígenas, los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos, los trabajadores migrantes, los presos y los detenidos” (párr. 16).

#### **D. Marco normativo y jurídico: el derecho a la alimentación de los migrantes en situación irregular**

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales puso de relieve en su observación general N° 12 (1999) el estrecho vínculo existente entre el derecho a la alimentación y la dignidad inherente de la persona humana y señaló que el derecho a la alimentación es indispensable para el disfrute de otros derechos humanos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos (párr. 4). Entre las obligaciones básicas relativas al derecho a la salud enunciadas por el Comité en su observación general N° 14 (2000), por ejemplo, figura el acceso a “una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre” (párr. 43 b)).

El derecho a la alimentación también está reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, en que se pide a los Estados partes que velen por que todos los niños tengan acceso a una nutrición adecuada, entre otras cosas ofreciendo asistencia material y programas de apoyo en caso necesario (art. 27.3).

La prohibición de la discriminación y el derecho a la igualdad exigen que los Estados garanticen a los migrantes en situación irregular el derecho a la alimentación. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirmó en su observación general N° 12 (1999) que “toda discriminación en el acceso a los alimentos, así como a los medios y derechos para obtenerlos, por motivos de raza, color, sexo, idioma,

edad, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, con el fin o efecto de anular u obstaculizar la igualdad en el disfrute o ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales constituye una violación del Pacto” (párr. 18). El Relator Especial sobre el derecho a la alimentación expuso el mismo argumento: “la discriminación en el acceso a la alimentación sobre la base de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política u otra, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento u otra condición no puede justificarse en ninguna circunstancia, incluidos bajos niveles de recursos”<sup>122</sup>.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recomendó en su observación general N° 12 (1999) que los recursos tales como el agua y los alimentos se distribuyeran prioritariamente a los grupos más vulnerables o marginados de la población, incluso cuando hubiera “limitaciones graves de recursos” (párrs. 28 y 38). El Relator Especial sobre el derecho a la alimentación subrayó que los Estados tienen la obligación directa de velar por el derecho de las personas privadas de libertad, incluidos los migrantes, a una alimentación adecuada, ya que no pueden alimentarse por sus propios medios<sup>123</sup>. Puesto que los migrantes en situación irregular también están en una posición vulnerable en este sentido, los Estados deben velar por que su acceso a los alimentos esté garantizado.

Las necesidades de los niños también deben tener prioridad. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señaló expresamente en su observación general N° 20 (2009) que “no se debe impedir el acceso a los derechos amparados en el Pacto por razones de nacionalidad, por ejemplo, todos los niños de un Estado, incluidos los indocumentados, tienen derecho a recibir una educación y una alimentación adecuada y una atención sanitaria asequible” (párr. 30).

La información adecuada sobre la alimentación es imprescindible para hacer efectivo el derecho a la alimentación. En el caso de los migrantes

<sup>122</sup> E/CN.4/2002/58, párr. 41.

<sup>123</sup> *Ibid.*, párr. 46.

en situación irregular, los empleadores pueden contribuir a garantizar el suministro de esa información. El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes subrayó que los contratos de trabajo deben contener toda la información pertinente (lugar de trabajo, duración, remuneración, horario laboral y condiciones de estancia, incluidos documentos de residencia y permiso de trabajo, alojamiento apropiado y salubre, alimentos y servicios médicos adecuados e información sobre dónde encontrar asistencia en caso de problemas)<sup>124</sup>.

La Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) ha publicado unas Directrices voluntarias en apoyo de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional. Las Directrices ayudan a los Estados a llevar a la práctica el derecho a una alimentación adecuada. En particular, en la directriz 12.5 se invita a los Estados a “tomar medidas apropiadas y sugerir estrategias para contribuir a concienciar a las familias de los emigrantes con objeto de promover el uso eficiente de las remesas por ellos enviadas para realizar inversiones a fin de mejorar sus medios de vida, incluida la seguridad alimentaria de sus familias”.

Las Directrices del ACNUR sobre los Criterios y Estándares Aplicables a la Detención de Solicitantes de Asilo y las Alternativas a la Detención establecen que debe proporcionarse a quienes estén privados de libertad comida de valor nutricional adecuado a la edad, la salud y los antecedentes culturales o religiosos. Deben estar disponibles dietas especiales para las mujeres embarazadas o lactantes. Las instalaciones donde se preparan y se consumen los alimentos deben respetar las normas básicas de higiene y limpieza<sup>125</sup>. Esas normas deben ser aplicables a todos los migrantes detenidos, independientemente de su situación migratoria.

---

<sup>124</sup> A/HRC/14/30/Add.2, párr. 106 d).

<sup>125</sup> Directriz 8 xi).

## Mensajes clave

- Los Estados deben adoptar medidas para prevenir y sancionar la discriminación contra los migrantes en situación irregular que vulnere su derecho a un nivel de vida adecuado, y deben evitar la marginación y la exclusión social de los migrantes en situación irregular, en particular a causa de la ubicación de sus viviendas.
- Alquilar alojamiento a migrantes en situación irregular no debe considerarse un delito penal. Los migrantes en situación irregular deben estar debidamente protegidos frente a la imposición de alquileres excesivos o abusivos.
- Debe brindarse acceso a los migrantes sin hogar a albergues apropiados independientemente de su nacionalidad o su situación. Los albergues no deben estar obligados a informar a las autoridades sobre sus huéspedes.
- Los Estados deben adoptar medidas legislativas y administrativas para garantizar la seguridad jurídica de la tenencia y evitar los desalojos forzosos de los migrantes en situación irregular, en particular si no se proporciona alojamiento de sustitución adecuado.
- Los Estados deben velar por que todos los migrantes puedan satisfacer sus necesidades mínimas de subsistencia y tengan el debido acceso a los alimentos, el agua potable y el saneamiento, independientemente de su situación migratoria.
- Los Estados deben velar por que las condiciones de vida en los centros de detención no contravengan los derechos humanos y la dignidad humana de los migrantes. En particular, las instalaciones no deben estar masificadas ni ser insalubres o carentes de ventilación o de espacios abiertos, y, como mínimo, deben proveer camas adecuadas, alimentos aceptables desde el punto de vista cultural y agua potable.



# IV. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

### Contenido y componentes específicos

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce que toda persona tiene derecho a la educación, orientada hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad (art. 13.1). Sus redactores reconocieron también el papel de la educación en la promoción de “la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos”.

En el Pacto se enumeran los componentes específicos del derecho (art. 13.2): por ejemplo, la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente, se deben utilizar todos los medios apropiados para que la enseñanza secundaria sea generalizada y accesible, y la enseñanza superior debe ser accesible para todos sobre la base de la capacidad de cada uno.

En su observación general N° 13 (1999) sobre el derecho a la educación, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció que la educación, en todas sus formas y en todos los niveles, debe cumplir los siguientes requisitos:

- a) *Disponibilidad*: debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado parte.
- b) *Accesibilidad*: las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado parte. La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente: i) *no discriminación*: la educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos no vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos; ii) *accesibilidad material*: la educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable (por ejemplo, una escuela vecinal) o por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia); iii) *accesibilidad económica*: la educación ha de estar al alcance de todos.
- c) *Aceptabilidad*: la forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes y, cuando proceda, los padres.
- d) *Adaptabilidad*: la educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados (párr. 6).

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

- a) Velar por el derecho de acceso a las instituciones y programas de enseñanza públicos sin discriminación alguna;
- b) Velar por que la enseñanza corresponda a los objetivos expuestos en el artículo 13.1 del Pacto;
- c) Proporcionar enseñanza primaria gratuita a todos;
- d) Adoptar y aplicar una estrategia nacional de educación;
- e) Velar por la libre elección de la educación, a reserva de la conformidad con las normas mínimas en materia de enseñanza (párr. 57).

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

Para los hijos de migrantes en situación irregular, la escuela brinda una oportunidad de integrarse en las sociedades a las que ellos o sus padres se han trasladado. La educación puede incluso hacer posible que obtengan un permiso ordinario de residencia a los 18 años de edad. En Francia y en Italia, por ejemplo, existe la posibilidad de que se conceda un permiso de residencia a los niños al alcanzar la mayoría de edad si cumplen determinadas condiciones relativas a la duración de la residencia en el país y la asistencia a la escuela<sup>126</sup>.

Para los migrantes en situación irregular, los principales obstáculos para el disfrute del derecho a la educación son los siguientes:

- La falta de los documentos necesarios para la matriculación;
- La obligación de informar a las autoridades;
- El acceso de la policía y otras autoridades a los datos de los alumnos;

<sup>126</sup> Véase PICUM, *Los niños indocumentados en Europa*, pág. 11.

- Las prácticas de las autoridades de inmigración para hacer cumplir la ley;
- Los derechos de matrícula y los gastos escolares;
- Las dificultades para la obtención de un diploma.

En países de todo el mundo los niños en situación irregular no pueden disfrutar de su derecho a la educación. Incluso en los casos en que está reconocido de manera general en la legislación, el derecho a la educación no se pone en práctica de manera coherente, debido a la persistencia de prácticas discriminatorias en muchos Estados<sup>127</sup>. Es posible que los adolescentes en situación irregular no tengan derecho legal a la educación más allá de la enseñanza primaria. En algunos países en que las leyes nacionales se limitan a proclamar que “todos los niños” disfrutan del derecho a la educación, el derecho que asiste a los niños en situación irregular es solo implícito, por lo que en algunos casos las autoridades escolares vacilan sobre si admitir o no a esos niños. En Polonia, la educación para los niños de entre 6 y 18 años constituye un derecho y es obligatoria, pero los niños en situación irregular no se consideran para fines de financiamiento, lo que podría redundar en que la escuela niegue la matrícula a esos escolares<sup>128</sup>. La Constitución de Turquía establece que nadie podrá ser privado del derecho a la educación (art. 42); sin embargo, también establece que la enseñanza primaria únicamente es obligatoria para los ciudadanos turcos.

La falta de acceso a la educación también puede ser un reflejo de las condiciones en términos más generales en que se encuentran los

---

<sup>127</sup> “Ni las entrevistas ni el estudio de las legislaciones han desvelado casos de discriminación directa contra los niños indocumentados en lo que se refiere al acceso a la educación en los países investigados. [...] Sin embargo, el nivel de protección garantizado a niños extranjeros e indocumentados varía de un país a otro”, *ibid.*, pág. 15. Véase también Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Fundamental Rights of Migrants in an Irregular Situation*, pág. 87. La Agencia de los Derechos Fundamentales determinó que cinco países europeos (Bulgaria, Hungría, Letonia, Lituania y Suecia) limitaban en la práctica el acceso de los niños migrantes en situación irregular a las escuelas públicas.

<sup>128</sup> PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2009*, pág. 65.

migrantes en situación irregular en los países de destino. En los lugares en que el temor a la violencia xenófoba lleva a los migrantes en situación irregular a aislarse de la comunidad, los niños pueden verse impedidos de asistir a las instituciones docentes ordinarias. El miedo a la violencia, los delitos motivados por prejuicios, el discurso de odio, la exclusión y otras manifestaciones de la xenofobia pueden tener graves efectos en los niños, sobre todo cuando se permite que la xenofobia aflore en las aulas. En Sudáfrica algunos niños migrantes dijeron soportar constantemente comentarios xenófobos de profesores o de otros alumnos<sup>129</sup>.

Con frecuencia se exige de los niños en situación irregular que aporten pruebas de su identidad y su lugar de residencia y de nacimiento y, a veces, informes de salud o historiales médicos antes de permitirles asistir a la escuela. En Europa, cinco países exigen algún tipo de documento de identidad, una docena exigen un justificante de domicilio o de lugar de estancia local y varios piden documentación médica. En algunos casos, también se obliga a los niños a aprobar un examen de idioma para asistir a una escuela pública<sup>130</sup>. En Marruecos se exige el certificado de nacimiento y el permiso de residencia para la matriculación en la escuela<sup>131</sup>.

El Comité sobre los Trabajadores Migratorios observó que la Ley de Migraciones de la Argentina garantiza el derecho a acceder libremente a todos los niveles de la enseñanza para todos los migrantes. Sin embargo, expresó su preocupación por el hecho de que, en la práctica, se suele denegar la inscripción en las escuelas a los niños migrantes si no tienen el documento nacional de identidad<sup>132</sup>.

En China todos los residentes deben ser inscritos en un sistema de registro familiar (*hukou*) que proporciona un documento semejante a un pasaporte

<sup>129</sup> *Ibid.*, págs. 65 y 66.

<sup>130</sup> Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Fundamental Rights of Migrants in an Irregular Situation*, págs. 87, 90 y 91.

<sup>131</sup> Marie Diop, "Migration des enfants non accompagnés de l'Afrique de l'Ouest vers l'Afrique du Nord: État des lieux", enero de 2013, págs. 34 y 35.

<sup>132</sup> CMW/C/ARG/CO/1, párr. 27.

(asimismo denominado *hukou*). Las escuelas exigen una copia de este documento para la matriculación, de modo que los niños que no lo tengan están privados del acceso a la educación<sup>133</sup>.

El Comité sobre los Trabajadores Migratorios también ha expresado preocupación por el hecho de que “un gran número de niños migrantes, en particular hijos de trabajadores migratorios en situación irregular, no tienen acceso al sistema de enseñanza en el Ecuador y por que la causa pueda ser, entre otras, el hecho de que existe un elevado porcentaje de hijos de trabajadores migratorios que no se inscriben al nacer ni después, ya sea porque sus padres no lo hacen por temor a ser deportados o porque se les niega la inscripción debido a la situación irregular de uno de sus progenitores o de ambos”<sup>134</sup>.

En el peor de los casos, los niños en situación irregular sencillamente no tienen derecho a matricularse en una escuela pública<sup>135</sup>.

La obligación que recae en la dirección de la escuela de comunicar información a las autoridades puede hacer desistir a los padres de enviar a sus hijos a la escuela por temor a ser descubiertos y expulsados. La transmisión de datos de los alumnos a la policía puede tener un efecto similar. En Alemania, el Parlamento Federal suprimió en 2011 la obligación de informar que recaía sobre las escuelas, las guarderías y los centros de enseñanza, pero no sobre otros servicios públicos<sup>136</sup>. Una

<sup>133</sup> Human Rights Watch, *Denied Status, Denied Education: Children of North Korean Women in China* (Nueva York, 2008), pág. 8.

<sup>134</sup> CMW/C/ECU/CO/1, párr. 35.

<sup>135</sup> En determinadas provincias del Canadá, los niños apátridas y los niños migrantes indocumentados al parecer no tienen derecho a la escolarización (véase CERD/C/CAN/CO/18, párr. 23). En China, los niños migrantes indocumentados no tienen garantizado el acceso a la educación en la Región Administrativa Especial de Hong Kong (CRC/C/CHN/CO/2, párr. 81). En Turquía, los niños o sus tutores deben tener un permiso de trabajo o de residencia para acceder a la educación (véase Comité Europeo de Derechos Sociales, Conclusiones sobre la aplicación por Turquía de la Carta Social Europea (Revisada), en particular el art. 17.2 (2011)).

<sup>136</sup> Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Fundamental Rights of Migrants in an Irregular Situation*, pág. 91.

ley promulgada por el estado de Alabama (Estados Unidos) que exige a las escuelas que comprueben la situación migratoria de sus alumnos ha causado una notable disminución de la asistencia a la escuela de los niños extranjeros<sup>137</sup>. El Relator Especial sobre el derecho a la educación también tomó nota con preocupación de las informaciones relativas a varios países sobre la práctica de que los niños migrantes fueran detenidos por la policía en razón de su situación migratoria mientras iban camino de la escuela<sup>138</sup>.

En relación con Argelia, el Comité sobre los Trabajadores Migratorios insistió en que, aunque no había ningún obstáculo jurídico que impidiera la inscripción de los nacimientos o el acceso a la educación de los hijos de los trabajadores migratorios en situación irregular, en la práctica los padres trataban de evitar todo contacto con las autoridades por miedo a ser sancionados o expulsados, lo que podía impedir a esos niños disfrutar de sus derechos fundamentales<sup>139</sup>.

Como ya se ha señalado, aun cuando la legislación nacional no les impida expresamente asistir a la escuela, los niños en situación irregular pueden padecer en la práctica la discriminación o la ausencia de medidas de acción afirmativa que garanticen su plena integración en el sistema escolar<sup>140</sup>.

Es frecuente que se deniegue a los niños migrantes en situación irregular la educación en la primera infancia, ya que el acceso a los centros públicos de enseñanza preescolar no se considera obligatorio. En Italia, una medida que impedía a los niños en situación irregular la matriculación

<sup>137</sup> Human Rights Watch, *No Way to Live: Alabama's Immigrant Law* (Nueva York, diciembre de 2011), págs. 44 y 45.

<sup>138</sup> A/HRC/14/25, párr. 61.

<sup>139</sup> CMW/C/DZA/CO/1, párr. 20.

<sup>140</sup> Una serie de informes de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos ponen de manifiesto el desfase entre la legislación y la práctica. Véanse, por ejemplo, algunas de sus observaciones finales sobre los informes presentados por Azerbaiyán (CMW/C/AZE/CO/1, párrs. 24 y 25); Italia (CRC/C/ITA/CO/3-4, párr. 59 e)); Egipto (CMW/C/EGY/CO/1, párrs. 20 y 21); la República Checa (CRC/C/15/Add.201, párrs. 54 y 55); y la República de Corea (CRC/C/KOR/CO/3-4, párr. 68).

en los centros de enseñanza preescolar se consideró discriminatoria y contraria al derecho a la educación<sup>141</sup>. Los adolescentes pueden quedar excluidos del componente de capacitación de la enseñanza secundaria, dado que las prácticas como aprendices a menudo se consideran trabajo aunque sean una parte obligatoria del plan de estudios, lo que plantea dificultades para los migrantes en situación irregular. También pueden verse en la imposibilidad de tomar los exámenes oficiales y recibir el certificado final de graduación de la escuela. Esos obstáculos limitan su pleno disfrute del derecho a la educación y les dificultan el paso de la educación al empleo.

Además, los migrantes en situación irregular pueden encontrarse con obstáculos para acceder a una educación de calidad. El Relator Especial sobre el derecho a la educación observó que muchos migrantes no tienen acceso a la educación de calidad. Señaló que en numerosos países los alumnos migrantes se enfrentan a un riesgo mucho mayor de marginación en lo que respecta a los sistemas y las oportunidades de educación que los alumnos nativos<sup>142</sup>.

También se ha expresado preocupación por la exclusión de los migrantes en situación irregular de las oportunidades de aprendizaje a lo largo de su vida, lo cual podría contribuir a un proceso acumulativo de marginación. El Relator Especial sobre el derecho a la educación señaló que “los obstáculos legislativos, normativos y prácticos, como los que impiden la inclusión en la comunidad y la participación en la educación, enseñan a las personas que son no deseadas y que, además, deben sobrevivir sin la inclusión”<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> UNICEF, “Access to civil, economic and social rights for children in the context of irregular migration”, comunicación escrita para el Día de debate general de 2012 del Comité de los Derechos del Niño sobre los derechos de todos los niños en el contexto de la migración internacional, págs. 7, 8 y 21. Puede consultarse en [www.unicef.org/socialpolicy/files/Access\\_to\\_Civil\\_Economic\\_and\\_Social\\_Rights\\_for\\_Children.pdf](http://www.unicef.org/socialpolicy/files/Access_to_Civil_Economic_and_Social_Rights_for_Children.pdf) (consultado el 11 de marzo de 2014).

<sup>142</sup> A/HRC/14/25, párrs. 34 y 35.

<sup>143</sup> *Ibid.*, párr. 62.

Por último, cabe señalar que a muchos niños migrantes que se encuentran en centros de detención se les deniega el derecho a la educación. Esos niños rara vez tienen acceso a una educación adecuada ni a instalaciones de juego y esparcimiento. En caso de que se imparta, la educación puede ser de calidad inferior. Por ejemplo, en Polonia, organizaciones de la sociedad civil han expresado preocupación por el hecho de que los niños migrantes en los centros de detención, en lugar de ir a la escuela, asistan a cursos con planes de estudio restringidos en los propios centros<sup>144</sup>.

## **B. Marco normativo y jurídico: el derecho a la educación de los migrantes en situación irregular**

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señaló en su observación general N° 13 (1999) que la educación es “el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades” (párr. 1).

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares especifica que “todos los hijos de los trabajadores migratorios gozarán del derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate” (art. 30). La Convención hace extensivo ese derecho de manera expresa a los niños en situación irregular al manifestar que:

El acceso de los hijos de trabajadores migratorios a las instituciones de enseñanza preescolar o las escuelas públicas no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular en lo que respecta a la permanencia o al empleo de cualquiera de los padres, ni del carácter irregular de la permanencia del hijo en el Estado de empleo<sup>145</sup>.

<sup>144</sup> Human Rights House Network, “Detention of migrant children must be put to stop, say NGOs”, comunicado de prensa, 19 de diciembre de 2012. Puede consultarse en <http://humanrightshouse.org/Articles/18983.html>.

<sup>145</sup> El principio también fue reafirmado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en sus observaciones generales N° 20 (2009), párr. 30, y N° 13 (1999), párr. 34.

El Comité sobre los Trabajadores Migratorios ha dejado claro que este derecho abarca a la enseñanza primaria y a la secundaria. En su observación general N° 1 (2011) declaró que “los Estados partes deben velar por que todos los niños migrantes, independientemente de su situación migratoria, tengan acceso a la enseñanza primaria gratuita y obligatoria y a la enseñanza secundaria en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado en cuestión” (párr. 57). El Comité de los Derechos del Niño, en su observación general N° 6 (2005), exhortó a los Estados partes a velar por que se mantenga el acceso a la educación en todas las etapas del proceso migratorio (párr. 41).

Italia garantiza a los niños migrantes el derecho a la educación, independientemente de su situación migratoria, en las mismas condiciones que los niños italianos. La Ley de Inmigración de 1998 integra el derecho a la educación en la legislación nacional. Prevé la educación obligatoria de los niños migrantes, la enseñanza del italiano y la promoción de la cultura y el idioma de los países de origen de los niños migrantes.

Bélgica protege el derecho a la educación en su Constitución y en sus leyes de ejecución. Siempre que acompañen a sus padres o a personas depositarias de la patria potestad, los menores de edad que residan ilegalmente en el territorio de habla francesa serán admitidos en las escuelas locales. Los directores de las escuelas aceptarán también la matriculación de menores no acompañados. En esos casos deberán asegurarse de que el menor realice las gestiones necesarias para inscribirse en una institución en condiciones de ejercer la patria potestad sobre él. En Flandes existe asimismo una disposición del Ministro de Educación de Flandes que confiere a esos niños el derecho a asistir a la escuela. No se obliga a los directores de las escuelas a informar a la policía de la situación administrativa de los niños y sus padres, y se garantiza que los migrantes indocumentados no serán detenidos en las proximidades de la escuela. Esta norma se hizo extensiva a todo el territorio de Bélgica mediante una circular, firmada por el Ministerio del Interior el 29 de abril de 2003, en que se recordaba que los servicios policiales no pueden entrar en las escuelas para llevar a cabo expulsiones.

*Fuente:* PICUM, Los niños indocumentados en Europa, págs. 16 y 17.

La Convención sobre los Derechos del Niño establece que “los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención

y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de[!] [...] origen nacional [...] o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales” (art. 2). Además, la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) exige a los Estados que se comprometan a: “conceder, a los súbditos extranjeros residentes en su territorio, el acceso a la enseñanza en las mismas condiciones que a sus propios nacionales” (art. 3 e)).

Varios órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos han puesto de relieve que la prohibición de la discriminación que figura en los

En los Estados Unidos, la Corte Suprema dictaminó en 1982, en la histórica causa *Plyler c. Doe*<sup>a</sup>, que constituía una violación de la Constitución denegar a los niños migrantes en situación irregular la educación obligatoria y gratuita en las mismas condiciones que los niños que eran ciudadanos del país y que los demás niños migrantes. Ese dictamen jurídico explícito se ha complementado con directrices claras, por ejemplo las elaboradas por la Asociación Nacional de Consejos Escolares y la Asociación Nacional de Educación<sup>b</sup>, en relación con cuestiones jurídicas y escuelas específicas<sup>c</sup>. Varios estados han aplicado el dictamen hasta el punto de incluir el acceso a otros servicios vinculados a la escuela, como las comidas gratuitas y a precio reducido y la asistencia docente para los niños con discapacidad de aprendizaje.

<sup>a</sup> “En cualquier caso, es evidente que muchos de los niños indocumentados excluidos por esta clasificación permanecerán indefinidamente en este país y que algunos pasarán a ser residentes legales o ciudadanos de los Estados Unidos. Es difícil entender cabalmente lo que el estado espera lograr al promover la creación y perpetuación de una subclase de analfabetos dentro de nuestras fronteras, agravando sin duda los problemas y los costos del desempleo, las prestaciones sociales y la delincuencia. Por consiguiente, está claro que las economías que pudieran lograrse al negar a esos niños una educación son totalmente insignificantes en comparación con los costos que repercutirían en esos niños, el estado y la nación”. *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982).

<sup>b</sup> The National School Boards Association and the National Education Association, *Legal Issues for School Districts related to the Education of Undocumented Children* (2009).

<sup>c</sup> Véase, por ejemplo, J. Hunter y C. B. Howley, “Undocumented children in the schools: successful strategies and policies”, 1990. Puede consultarse en [www.ericdigests.org/pre-9217/children.htm](http://www.ericdigests.org/pre-9217/children.htm) (consultado el 11 de marzo de 2014).

tratados es aplicable a los niños en situación irregular y a su educación. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por ejemplo, confirmó en su observación general N° 13 (1999) que “el principio de la no discriminación se aplica a todas las personas en edad escolar que residan en el territorio de un Estado parte, comprendidos los no nacionales y con independencia de su situación jurídica” (párr. 34)<sup>146</sup>. Para eliminar las disparidades en el acceso a la educación de los niños en situación irregular, los Estados deben adoptar medidas especiales contra la discriminación directa e indirecta. El Comité también señaló en su observación general N° 20 (2009) que “todos los niños de un Estado, incluidos los indocumentados, tienen derecho a recibir una educación” (párr. 30).

La Convención sobre los Derechos del Niño exige a los Estados partes que procuren que haya información y orientación disponibles en cuestiones educacionales y profesionales y adopten medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas (art. 28.1 d) y e)). El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirmó en su observación general N° 13 (1999) que la enseñanza secundaria debe suponer “la conclusión de la educación básica y la consolidación de los fundamentos del desarrollo humano y del aprendizaje a lo largo de toda la vida” (párr. 12). La enseñanza secundaria debe preparar a los alumnos para las oportunidades de cursar formación profesional y educación superior.

A fin de garantizar el derecho a la enseñanza primaria, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su observación general N° 11 (1999), indicó a los Estados partes que debían eliminar todos los costos directos de la educación, por ejemplo las tasas escolares, así como aliviar los efectos adversos de los costos indirectos, como los gastos en material y uniformes escolares (párr. 7).

El Comité de los Derechos del Niño ha pedido a los Estados que proporcionen salvaguardias efectivas en la legislación y en la práctica en relación con el intercambio de información entre los registros civiles,

<sup>146</sup> Véase también CRC/C/THA/CO/3-4, párr. 33.

### Plan de acción para dar efecto al derecho a la educación

“Todo Estado Parte en el presente Pacto que, en el momento de hacerse parte en él, aún no haya podido instituir en su territorio metropolitano o en otros territorios sometidos a su jurisdicción la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria, se compromete a elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para la aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años fijado en el plan, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos”<sup>147</sup>.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que el plan debe abarcar todas las medidas que sean necesarias para garantizar cada uno de los componentes necesarios del derecho y debe ser lo suficientemente detallado como para conseguir la aplicación plena del derecho. Es de vital importancia la participación de todos los sectores de la sociedad civil en la elaboración del plan y es esencial que existan algunos medios para evaluar periódicamente los progresos y garantizar la responsabilidad.

<sup>147</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 14.

los proveedores de servicios públicos y las autoridades de inmigración para garantizar que ese intercambio de información no sea contrario al interés superior del niño y no exponga a los niños o a sus familias a posibles perjuicios o sanciones, en particular impartiendo directrices claras a los proveedores de servicios y llevando a cabo programas para dar a conocer esas salvaguardias a las personas en situación migratoria irregular<sup>147</sup>. El Comité sobre los Trabajadores Migratorios especificó en su observación general N° 2 (2013) que los Estados partes no deberán exigir a las escuelas que comuniquen o compartan la información sobre la situación regular o irregular de los alumnos o de sus padres a las autoridades de inmigración, ni llevar a cabo operaciones de control de la inmigración en los centros escolares o en sus proximidades, puesto que ello limitaría el acceso de los niños migrantes a la educación. Los Estados partes también deben informar claramente a los administradores de las escuelas, los maestros y los padres de que tampoco se les exige hacerlo, e impartirles formación sobre los derechos de los hijos de los trabajadores migrantes en materia de educación (párr. 77). Del mismo modo, en los

<sup>147</sup> “Report of the 2012 Day of general discussion”, párr. 87.

principios comunes sobre las prácticas de detención elaborados por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea para orientar a los órganos encargados de hacer cumplir la ley se señala que las escuelas no deben estar obligadas a comunicar los datos personales de los migrantes a las autoridades de inmigración para los fines de una eventual devolución de los migrantes<sup>148</sup>.

La República Bolivariana de Venezuela garantiza en su Constitución el derecho sin restricciones a todos los niveles de la enseñanza; los migrantes tienen derecho a la educación gratuita desde la primera infancia hasta la educación superior. Además, sus escuelas están obligadas expresamente a permitir la matriculación de los hijos de migrantes en situación irregular.

El 5 de julio de 2005 el Gobierno de Tailandia hizo disponible la educación para todas las personas que viven en el país, incluidos los niños migrantes, independientemente de su situación migratoria, salvo para las personas desplazadas que viven en centros de acogida provisional y a quienes se imparte escolarización. Desde 2005 el Ministerio de Educación ha dado instrucciones a las escuelas para que matriculen a todos los alumnos, incluidos los que no tengan documentos de identificación en regla.

*Fuentes:* OIM, Thailand Migration Report 2011: *Migration for development in Thailand – Overview and tools for policymakers* (Bangkok, 2011), pág. 97; y Comité de los Derechos del Niño, “2012 Day of general discussion”, documento de antecedentes, anexo II, que puede consultarse en [www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/2012/2012DGDDBackgroundPaperAnnexII.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/2012/2012DGDDBackgroundPaperAnnexII.pdf) (consultado el 18 de marzo de 2014).

El Comité de los Derechos del Niño alienta enérgicamente a los Estados a que reformen a la mayor brevedad posible las leyes, políticas y prácticas que impidan que los niños afectados por la migración, en particular los que estén en situación irregular, accedan de manera efectiva a los servicios y las prestaciones tales como la educación, o los discriminen a este respecto<sup>149</sup>. En su observación general N° 6 (2005) indicó asimismo varias medidas que debían adoptarse para proteger el acceso a la educación de los niños separados de su familia y no acompañados.

<sup>148</sup> Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, “Apprehension of migrants in an irregular situation”, principio 5.

<sup>149</sup> “Report of the 2012 Day of general discussion”, párr. 86.

Afirmó concretamente que “todo menor no acompañado o separado de su familia, independientemente de su estatuto, tendrá pleno acceso a la educación en el país de acogida [...]. El acceso será sin discriminación y, en particular, las niñas no acompañadas y separadas de su familia tendrán acceso igualitario a la enseñanza formal y la no académica, incluida la formación profesional a todos los niveles” (párr. 41). “Lo antes posible, se inscribirá a los menores no acompañados o separados de su familia ante las autoridades escolares competentes y se les ayudará a que aprovechen al máximo las oportunidades de aprendizaje” (párr. 42).

Varios órganos internacionales han subrayado que la asistencia a la escuela no debe estar condicionada por la presentación de documentos de identidad o permisos de residencia o de trabajo. El Relator Especial sobre el derecho a la educación ha indicado que esas exigencias equivalen a una discriminación directa contra los migrantes en situación irregular que aspiran a educarse o capacitarse<sup>150</sup>.

Los mecanismos de derechos humanos han recomendado a los Estados que pongan en marcha campañas de información para hacer frente a la discriminación que pueda impedir la plena integración de los niños en el sistema escolar. Las campañas deben estar dirigidas a los funcionarios públicos que se ocupan de la migración, especialmente a nivel local, y al público en general<sup>151</sup>.

Citando al Comisario del Consejo de Europa para los Derechos Humanos, el Comité Europeo de Derechos Sociales también ha advertido que exigir un permiso de residencia o de trabajo para asistir a la escuela dificulta que se imparta educación a los niños en situación irregular y que “la denegación del acceso a la educación aumenta la vulnerabilidad de un niño presente en el país de manera ilícita”. Ha declarado que la vida del niño se ve afectada por la denegación del acceso a la educación y que todos los niños, cualquiera que sea su situación de residencia, deben considerarse incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 17.2 de la

<sup>150</sup> A/HRC/14/25, párrs. 59 y 62.

<sup>151</sup> CMW/C/AZE/CO/1, párr. 25 b), y CMW/C/EGY/CO/1, párr. 21 b).

Todos los niños residentes en los Países Bajos están obligados por ley a asistir a la escuela. Ese requisito es aplicable también a los hijos en edad escolar de los solicitantes de asilo y los migrantes en situación irregular. La legislación prohíbe expresamente a las escuelas comunicar información personal a terceros (por ejemplo, las autoridades de inmigración) y denegar la matriculación a causa de la situación migratoria.

*Fuente:* UNICEF, "Examples of good practices in the implementation of the international framework for the protection of the rights of the child in the context of migration", proyecto de documento, 26 de mayo de 2010, pág. 14. Puede consultarse en [www.ohchr.org/Documents/Issues/MHR/Consultation2010/2.Good\\_practices\\_Migration\\_children\\_UNICEF.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/MHR/Consultation2010/2.Good_practices_Migration_children_UNICEF.pdf).

Carta Social Europea (Revisada), que protege el derecho de los niños y los jóvenes a la enseñanza primaria y secundaria gratuita. El Comité ha afirmado que debe brindarse acceso a los no ciudadanos a las escuelas para las minorías religiosas<sup>152</sup>.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce que los padres o tutores legales tienen el derecho de "escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas" y de "hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones" (art. 13.3). La Convención sobre los Derechos del Niño establece los objetivos de la educación de los niños (art. 29.1) y pone de relieve la importancia de adoptar medidas para "inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya". Si bien puntualizó que el derecho a la enseñanza de la lengua y cultura maternas se aplica únicamente a los hijos de los trabajadores migratorios en situación regular (en virtud de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, art. 45.3), el Comité sobre los Trabajadores Migratorios hizo hincapié en su observación general N° 2 (2013) en que el derecho al respeto de la identidad cultural (art. 31) pertenece a todos los trabajadores migratorios y sus familiares,

<sup>152</sup> Conclusiones sobre Turquía (2011).

incluidos los niños. Tomando en consideración estas dos disposiciones conjuntamente, junto con el artículo 29.1 c) de la Convención sobre los Derechos del Niño, que se aplica a todos los niños, el Comité sobre los Trabajadores Migratorios estima que los Estados partes deben garantizar que todos los hijos de trabajadores migratorios en situación irregular tengan acceso a recibir educación en su lengua nativa si esta ya está disponible para los hijos de trabajadores migratorios en situación regular (párr. 78).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recordó en su observación general N° 13 (1999) que “la educación primaria debe ser universal, garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de aprendizaje de todos los niños y tener en cuenta la cultura, las necesidades y las posibilidades de la comunidad” (párr. 9).

### Mensajes clave

- Los niños migrantes en situación irregular deben tener acceso a la escolarización en igualdad de condiciones con los nacionales. La legislación nacional pertinente debe indicar de manera expresa que los hijos de los migrantes en situación irregular deben disfrutar del derecho a la educación.
- Los Estados deben simplificar los trámites para matricular en la escuela a los niños migrantes, a quienes no deben exigir que presenten documentación que los migrantes en situación irregular no puedan obtener.
- Los directores de las escuelas no deben estar obligados a informar a las autoridades de inmigración de la presencia de niños en situación irregular ni a comunicar a la policía los datos de los alumnos migrantes. Las operaciones de control de la inmigración no deben llevarse a cabo en las escuelas ni en sus proximidades.
- Todos los niños migrantes deben tener acceso a todos los niveles de la educación reglada y no reglada, con inclusión de la educación y el cuidado en la primera infancia y la formación profesional.
- Todos los niños migrantes deben tener la oportunidad de preservar su identidad cultural, en particular mediante la enseñanza de su lengua y cultura maternas en la medida de lo posible.
- Los Estados deben elaborar estrategias de educación que refuercen la capacidad de las comunidades marginadas en su conjunto, al mismo tiempo que atienden las necesidades educativas concretas de los migrantes en situación irregular que viven en esas comunidades.

# 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 indirectos<sup>153</sup>. 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 bajos<sup>154</sup>.

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 social<sup>155</sup>. 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 vida<sup>156</sup>.

<sup>153</sup> E/2010/89, párr. 46.

<sup>154</sup> 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.

<sup>155</sup> 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](http://www.nytimes.com/2005/04/05/business/05immigration.html).

<sup>156</sup> 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 insignificante<sup>157</sup>:

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

<sup>157</sup> 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](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”<sup>158</sup>. La precariedad de su situación es aún mayor debido a que el acceso a la seguridad social suele condicionar el acceso a otros derechos fundamentales<sup>159</sup>. 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”<sup>160</sup>. 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

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

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

<sup>160</sup> 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 niños<sup>161</sup>.

<sup>161</sup> 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 familiares<sup>162</sup>.

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

<sup>162</sup> 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”<sup>163</sup>. 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”<sup>164</sup>.

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](http://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

<sup>163</sup> Observación general N° 19 (2007), párr. 1.

<sup>164</sup> 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)<sup>165</sup>. 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 multilateral<sup>166</sup>.

---

<sup>165</sup> 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).

<sup>166</sup> 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](http://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](http://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<sup>a</sup>.

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”<sup>b</sup>.

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).

<sup>a</sup> 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).

<sup>b</sup> 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 niños<sup>167</sup>.

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”<sup>168</sup>.

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 contributivo<sup>169</sup>. 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 discriminatorio<sup>170</sup>. Con respecto al pago de las

<sup>167</sup> “Report of the 2012 Day of general discussion”, párr. 88.

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

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

<sup>170</sup> *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 tienen<sup>171</sup>.

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”<sup>172</sup>. 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.

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

<sup>172</sup> 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.



# **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<sup>o</sup>.

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.

° 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 impuestos<sup>173</sup>. 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

<sup>173</sup> 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 migratorios<sup>174</sup>. 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 improcedente<sup>175</sup>. 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

<sup>174</sup> "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".

<sup>175</sup> 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 Lanka<sup>176</sup>. 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 austríacos<sup>177</sup>.

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 trabajado<sup>178</sup>. 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

---

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

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

<sup>178</sup> 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 Trabajadores<sup>179</sup>. En algunos países europeos los migrantes en situación irregular no parecen tener derecho alguno a reclamar una indemnización por los accidentes de trabajo<sup>180</sup>. 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 testigos<sup>181</sup>.

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 peligrosas<sup>182</sup>. El Comité sobre los Trabajadores Migratorios expresó preocupaciones similares sobre los niños migrantes que trabajan en las plantaciones bananeras del Ecuador<sup>183</sup>. 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 ilícitas<sup>184</sup>.

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:

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

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

<sup>181</sup> *Ibid.*, pág. 52.

<sup>182</sup> CRC/C/THA/CO/3-4, párrs. 72 y 73.

<sup>183</sup> CMW/C/ECU/CO/1, párr. 30.

<sup>184</sup> 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 asunto<sup>185</sup>. 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 trabajadores<sup>186</sup>.

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

<sup>185</sup> E/2010/89, párr. 51.

<sup>186</sup> 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”<sup>187</sup>.

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.

<sup>187</sup> 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 error<sup>188</sup>.

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

<sup>188</sup> 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 estacionales<sup>189</sup>.

### 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.

<sup>189</sup> “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<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> 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 circulación<sup>190</sup>. 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)).

<sup>190</sup> *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)<sup>191</sup>.

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,

<sup>191</sup> 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 violencia<sup>192</sup>.

### *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

<sup>192</sup> "Report of the 2012 Day of general discussion", párrs. 86 a 88.

en situación irregular y brindaran a los migrantes oportunidades de migración regular<sup>193</sup>.

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 migración<sup>194</sup>. 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 migración<sup>195</sup>.

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)<sup>196</sup>.

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

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

<sup>195</sup> 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.

<sup>196</sup> 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 residencia<sup>197</sup>. 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.

<sup>197</sup> 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”<sup>198</sup>. 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 expulsados<sup>199</sup>.

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.

<sup>198</sup> CERD/C/ITA/CO/16-18, párr. 23.

<sup>199</sup> 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 trabajo<sup>200</sup>.

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 (N° 286) de 25 de julio de 1998, modificada por la Ley N° 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

<sup>200</sup> 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 sociales<sup>201</sup>.

<sup>201</sup> 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 fácticos<sup>202</sup>. 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"<sup>203</sup>. Del mismo modo, cada vez hay más indicios de que la detención administrativa no tiene un efecto disuasivo en la migración irregular<sup>204</sup>.

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

<sup>203</sup> 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).

<sup>204</sup> 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 sociedad<sup>205</sup>. 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 planteamiento<sup>206</sup>.

---

(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).

<sup>205</sup> 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.

<sup>206</sup> 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.

## Mensajes clave

- Adoptar medidas jurídicas y prácticas para evitar la discriminación de los migrantes en situación irregular. Eliminar las normas que supeditan el acceso a los servicios básicos a la presentación de documentos que los migrantes en situación irregular no pueden obtener.
- Eliminar toda obligación de los proveedores de servicios de informar a las autoridades sobre determinadas personas por el motivo de que se trata de migrantes en situación irregular e indicar expresamente a los proveedores de servicios que no están obligados a informar de la presencia de personas en situación irregular.
- Perfeccionar las actividades de reunión de datos a fin de vigilar eficazmente la situación de los derechos humanos de los migrantes en situación irregular, procurando que los datos estén desglosados por sexo, edad, nacionalidad y sector de trabajo. Asegurarse de que al reunir, almacenar y utilizar esos datos se respeten escrupulosamente las normas internacionales sobre la protección de datos personales y el derecho a la intimidad y de que existan cortafuegos eficaces para proteger a los migrantes de ser perseguidos por las autoridades de inmigración sobre la base de esos datos.
- No devolver o expulsar a ningún migrante a una situación donde corra el riesgo de que se le deniegue el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales o de caer en condiciones de miseria que alcancen el grado de trato inhumano o degradante, en contravención del principio de no devolución.
- Garantizar que los migrantes en situación irregular tengan acceso pleno y no discriminatorio a vías de recurso judiciales y administrativas adecuadas. Suministrar a los migrantes en situación irregular información sobre sus derechos.
- Elaborar estrategias o planes de acción nacionales específicos para hacer efectivos los derechos a la salud, la vivienda, la educación, la seguridad social y el trabajo digno de todos los migrantes, asegurándose de que en ellos se preste la debida atención a los migrantes en situación irregular.
- Velar por que todas las políticas de migración y políticas que afecten a la situación de los migrantes estén basadas en los derechos humanos; entre otras cosas, abstenerse de criminalizar la inmigración irregular, desvincular la situación migratoria de los migrantes de un empleador determinado y considerar la posibilidad de adoptar medidas para regularizar la situación de los migrantes en situación irregular.

---

## Bibliografía complementaria

Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union*. Luxemburgo, 2011. Puede consultarse en <http://fra.europa.eu/en/publication/2012/fundamental-rights-migrants-irregular-situation-european-union>.

\_\_\_\_\_. *Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them*. Viena, 2014. Puede consultarse en <http://fra.europa.eu/en/publication/2014/criminalisation-migrants-irregular-situation-and-persons-engaging-them>.

Bloch, Alice, y Milena Chimienti, eds. *Irregular Migrants: Policy, Politics, Motives and Everyday Lives*. Ethnic and Racial Studies. Routledge, 2012.

Bogusz, Barbara, y otros, eds. *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*. Leiden: Martinus Nijhoff Publ., 2004.

Cholewinski, Ryszard. *Study on obstacles to effective access of irregular migrants to minimum social rights*. Estrasburgo: Consejo de Europa, 2005.

Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos. *Irregular Migration, Migrant Smuggling and Human Rights: Towards Coherence*. Ginebra, 2010.

Saul, Ben, David Kinley y Jacqueline Mowbray, eds. *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, Cases, and Materials*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

Ssenyonjo, Manisuli. *Economic, Social and Cultural Rights in International Law*. Oxford y Portland (Oregón): Hart Publ., 2009.

