



## Capítulo 4

# Los principios fundamentales de derechos humanos relativos a la protección de los migrantes

Sharon es una trabajadora sexual procedente de Nigeria y aguarda a los clientes en su improvisada cama en las afueras de Roma. En muchos casos, los trabajadores sexuales migrantes son víctimas de la trata. © Paolo Patrizi, 2013

### Recuadro 4.1 La recomendación del seminario parlamentario sobre migración

*Todos nosotros deberíamos resistirnos a aplicar políticas, incluidas aquellas que defienden nuestros colegas parlamentarios, que creen división en la sociedad y deberíamos utilizar nuestros poderes en favor de los derechos de todos los migrantes para promover una sociedad diversa y cohesionada. No deberíamos olvidar que si restringimos y vulneramos los derechos humanos de los migrantes, mermaremos los derechos fundamentales de todos.*

Merece especial atención el reconocimiento efectivo y la aplicación de determinados derechos de los migrantes. Estos y otros derechos existen como derechos humanos fundamentales en el derecho internacional, pero su incorporación a la legislación y políticas nacionales se ve limitada por la legislación anterior, las políticas y prácticas existentes, y las actitudes públicas y gubernamentales, que a menudo están condicionadas por los objetivos políticos a corto plazo.

Este capítulo analiza más en profundidad cinco asuntos importantes a este respecto: el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales; la libertad de sindicación y el derecho a la negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, incluida la trata con fines de trabajo forzoso y explotación laboral; los derechos de los niños migrantes, incluida la protección frente al trabajo infantil; y los derechos relativos al desplazamiento de los migrantes y sus derechos a la libertad y la seguridad de la persona, incluida la protección frente a la detención y la expulsión arbitraria.

## 4.1 El reconocimiento efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales

Los derechos económicos, sociales y culturales (ESC) (derecho al trabajo, a la educación, a la salud, a la seguridad social, a la vivienda, al agua y la comida, a un entorno saludable y a la cultura) encarnan los elementos esenciales para una vida con dignidad y libertad. Estos derechos ofrecen un marco común de valores y normas universalmente reconocidos para movilizar los esfuerzos en favor del bienestar económico y social, la justicia, la participación política y la igualdad. Ofrecen los principios para fijar la responsabilidad de los actores estatales y no estatales para respetar y defender estos derechos humanos. Para un examen detallado de los derechos ESC, véase la [Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales \(ERSC-Net\)](#).

Los derechos económicos, sociales y culturales se articulan en la DUDH y se pormenorizan en el vinculante ICESCR. A fecha de 12 de agosto de 2015, 164 países habían ratificado el ICESCR, aceptando la obligación de respetar, proteger y satisfacer los derechos económicos, sociales y culturales de todas las personas en sus territorios.

No existe una jerarquía entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, un posicionamiento que fue reiterado por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en 1993.

## Recuadro 4.2 “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí”

*Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.*

Declaración y Programa de Acción de Viena, párr. 5 (aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Viena, 23 de junio de 1993).

Como se subrayó en los capítulos 2 y 3, el derecho internacional de los derechos humanos no suele distinguir entre nacionales y no nacionales con respecto a los derechos humanos que se les otorgan. La DUDH dicta los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos y sociales, que se garantizan a toda persona sin distinción de ningún tipo. En su [informe final](#), tras un examen exhaustivo de las normas de derechos humanos, el Relator Especial sobre los derechos de los no ciudadanos concluyó que *“todas las personas, en virtud de su humanidad intrínseca deben gozar de todos los derechos humanos, [...] a menos que distinciones excepcionales obedezcan a un objetivo legítimo del Estado y sean proporcionales al logro de ese objetivo”* (pág. 5). Los órganos de supervisión de tratados de las Naciones Unidas para los instrumentos internacionales fundamentales de derechos humanos han reconocido explícitamente la aplicación de derechos, incluidos los derechos económicos, sociales culturales, en los respectivos instrumentos relativos a los no nacionales, incluyendo en muchos casos a los no nacionales en situaciones irregulares. Como se indicó en el Capítulo 2, el Comité de las Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el órgano de tratado en virtud del ICESCR, reconoció explícitamente esta aplicabilidad en su observación general N° 20 sobre no discriminación en lo que se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales (art. 2, párr. 2): *“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”* (párr. 30).

El ICESCR contiene una excepción expresa en el artículo 2.3, en el que se afirma: *“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, ni el término “derechos económicos” ni el término “país en desarrollo”

están definidos en el ICESCR (véase el “[Documento de Trabajo sobre el artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales](#)” (en inglés), de E.V.O. Dankwa (1987) 9 *Informe Trimestral de Derechos Humanos* 230). Razonablemente, los “derechos económicos” aludirían a los derechos que permiten a la persona ganarse la vida o a los relativos al proceso de contingencias en los ingresos. Pero la posibilidad de que los países en desarrollo impongan restricciones con respecto a los no nacionales debe ejercitarse, en cualquier caso, “con el debido respeto a los derechos humanos y a su economía nacional”. La OACDH ha afirmado que “[d]ebería indicarse aquí que no existe un entendimiento universal sobre el contenido de los ‘derechos económicos’. Aunque el derecho al trabajo puede considerarse como el ejemplo más claro de derecho económico, también puede ser considerado un derecho social. En su [Observación general N° 11 \(1999\) sobre planes de acción para la enseñanza primaria \(artículo 14\)](#), el Comité declaró que “*el derecho a la educación ... se ha clasificado de distinta manera como derecho económico, derecho social y derecho cultural. Es todos esos derechos al mismo tiempo* (párr. 2)”. ([Naciones Unidas, Los derechos económicos, sociales y culturales de los migrantes en situación irregular](#) (en inglés), 2014, nota 46). El artículo 2.3 es considerado una excepción que debe ser interpretada en un sentido restrictivo a la luz del objeto y el propósito del ICESCR (sobre este punto, véanse [Los principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales](#)), y las directrices generales para la presentación de informes del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales requieren expresamente a los Estados Partes que son países en desarrollo que proporcionen “*información sobre cualesquiera restricciones impuestas, con arreglo al párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, al disfrute por los no nacionales de los derechos económicos reconocidos en el Pacto*” ((doc. ONU, E/C.12/2008/2 (24 de marzo de 2009) párr. 11). Sin embargo, muchos países desarrollados todavía excluyen esta opción mediante un compromiso de elevar las normas de sus propios sistemas regionales de derechos humanos. Por ejemplo, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en el artículo 15, contempla el derecho al trabajo de todas las personas, sin limitarlo sólo a los nacionales. Este asunto es examinado con más detenimiento en [Garantizar la dignidad y la libertad por medio de los derechos humanos. El artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos](#) (en inglés), de J. Diller, Martinus Nijhoff, 2012, en las págs. 111 y 112.

Como en el caso de los instrumentos de derechos humanos que protegen a grupos específicos de personas que corren un riesgo mayor de ver vulnerados sus derechos humanos, como las mujeres, los niños y las personas con discapacidad, la ICRMW fue concebida para definir de manera expresa los derechos humanos aplicables a los trabajadores migrantes. Este instrumento proporciona normas concretas para que la legislación garantice la aplicación de los derechos, incluidos los derechos ESC, a los no nacionales, que de lo contrario están en situación de vulnerabilidad y pueden quedar excluidos de la protección en aquellas circunstancias en las que no están cubiertos de manera explícita. Sin embargo, como ya se apuntó en el Capítulo 2 en relación con las observaciones del Relator Especial sobre los derechos de los no ciudadanos y de la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, existe una brecha considerable entre los principios que contempla el derecho internacional de los derechos humanos y su aplicación en la práctica a los no nacionales, un punto que también ha sido subrayado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos refiriéndose de manera expresa a la aplicación de los derechos ESC.

### Recuadro 4.3 Los derechos de los no ciudadanos

*Sin embargo, hay una gran diferencia entre los derechos que la normativa internacional de los derechos humanos garantiza a los no ciudadanos y la realidad con que éstos se enfrentan. En muchos países, los no ciudadanos afrontan problemas institucionales y endémicos. Casi todas las categorías de no ciudadanos sufren una discriminación oficial y no oficial. Aunque en algunos países pueda haber garantías jurídicas de igualdad de trato y el reconocimiento de la importancia que tienen los no ciudadanos en el logro de la prosperidad económica, los no ciudadanos se enfrentan con una realidad social y práctica hostil. Se ven obligados a sufrir la xenofobia, el racismo y el sexismo, barreras lingüísticas y costumbres con las que no están familiarizados, la falta de representación política, dificultades para conocer sus derechos económicos, sociales y culturales, en particular el derecho al trabajo, el derecho a la educación y el derecho a la atención de la salud [...].*

OACDH, [Los Derechos de los No Ciudadanos](#), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2006, Introducción, pág. 5.

El respeto y la protección de los derechos ESC siguen siendo especialmente limitados en el caso de los migrantes en situaciones irregulares. En algunos países, la retórica y la práctica de denominar a las personas migrantes como “ilegales” sirve para justificar el no reconocimiento de derechos fundamentales e incluso para negar que se les deben aplicar esos derechos. Además, la obligación que tienen los funcionarios de denunciar a estos migrantes ante la policía o ante las autoridades de inmigración tienen un serio impacto en el goce de sus derechos ESC.

### Recuadro 4.4 El derecho de los niños migrantes a la educación y las obligaciones de notificación

*La obligación de denunciar que recae en la dirección de una escuela puede desanimar a los padres a la hora de enviar a sus hijos a la escuela por miedo a ser descubiertos y expulsados. La revelación de datos sobre los alumnos a la policía puede tener un efecto parecido. En Alemania, el Parlamento federal abolió la obligación de denunciar que incumbía a las escuelas, las guarderías y los centros educativos en 2011, pero no a otros servicios públicos.*

[Los derechos económicos, sociales y culturales de los migrantes en situación irregular](#) (en inglés), Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2014, pág. 85 [se omite la nota a pie de página].

Sin embargo, ha habido iniciativas importantes a nivel regional que han subrayado que los derechos ESC son aplicables a los migrantes en situación irregular y que se pueden garantizar en la práctica. Véase a este respecto el Informe de la Agencia de la Unión Europea para los Derechos Fundamentales sobre [Los derechos fundamentales de los migrantes en situación irregular en la Unión Europea](#).

#### **Recuadro 4.5 Historia de interés humano: con el examen de abogado aprobado, un inmigrante sigue sin poder ejercer el derecho**

César Vargas parecía haber marcado todas las casillas correctas en su proyecto de convertirse en abogado en el Estado de Nueva York. Obtuvo calificaciones destacadas tanto en los estudios secundarios como en la Facultad de Derecho de la ciudad de Nueva York, su hogar desde que llegó con cinco años a los Estados Unidos procedente de México. Fue pasante con un juez de la Corte Suprema del Estado, con un fiscal de distrito de Brooklyn y con un congresista de los Estados Unidos. Y aprobó el examen estatal para ser abogado.

El único obstáculo que quedaba antes de recibir el título de abogado era un examen de sus antecedentes y personalidad que realizaría un comité nombrado por la Corte Suprema del Estado.

Ese comité le dio una calificación “estelar”. Sin embargo, también se pronunció en contra de que le fuera otorgado el título de abogado. La razón: Vargas es un inmigrante no autorizado. La cuestión de si debería ser autorizado a ejercer el derecho, dijo el Comité, era una cuestión que debían dilucidar los tribunales o el poder legislativo. El asunto, que está en manos de la sala de apelaciones de la Corte Suprema del Estado, se ha convertido en un caso emblemático para decidir si los inmigrantes [que están en Estados Unidos irregularmente] pueden ejercer el derecho en Nueva York.

“Siento que me están abandonando”, dijo esta semana Vargas, de 30 años, acerca de su afán frustrado de convertirse en abogado. “Después de sacrificar tanto, me queda la sensación de que todo ese trabajo no ha servido de nada” [...].

La semana pasada, los abogados de Vargas, que en los últimos años se ha convertido en un activista nacional en favor de la reforma migratoria, presentó un escrito a la sala de apelaciones de la Corte Suprema de Nueva York en el que argumentaba por qué se le debería permitir el ejercicio del derecho.

La ley estatal, explicó, no parece hacer del estatus migratorio un criterio para la admisión. El punto esencial de su argumento, dijo, es un párrafo de la ley del poder judicial estatal que categóricamente excluye la raza, el color, el credo, el origen nacional o la “extranjería” (ser extranjero) de los motivos por los que se prohíbe la admisión.

Vargas también argumentó que actualmente se le permite trabajar de manera legal con arreglo a un programa, conocido como acción diferida, que facilita la autorización para trabajar a inmigrantes cualificados que llegaron al país [irregularmente] siendo niños [...].

“El culpable último de todo esto es el Congreso”, dijo el señor Godínez Samperio, quien actualmente tiene autorización para trabajar al amparo del programa de acción diferida. “Rechazaron aclarar el contenido de la ley y rechazaron aprobar la reforma de la inmigración”.

Adaptado de “[Bar Exam Passed, Immigrant Still Can't Practice Law](#)”, *New York Times*, 3 de diciembre de 2013.

#### 4.1.1 El reconocimiento y la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales en la legislación y en la acción gubernamental

El reconocimiento efectivo y la aplicación de los derechos ESC a los no nacionales, y a los trabajadores migrantes en particular, requiere de una aplicación explícita de estos derechos en la legislación nacional, así como de la acción deliberada de los Estados para cumplir su obligación de respetar, proteger y satisfacer esos derechos.

##### **Recuadro 4.6 La obligación de respetar, proteger y cumplir los derechos económicos, sociales y culturales**

*Al igual que los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales imponen sobre los Estados tres tipos de obligaciones distintas: las obligaciones de respetar, proteger y cumplir. El incumplimiento de cualquiera de estas tres obligaciones constituye una violación a dichos derechos. La **obligación de respetar** requiere que el Estado se abstenga de obstaculizar el goce de los derechos económicos, sociales y culturales. Así, el derecho a la vivienda se infringe si el Estado lleva a cabo expulsiones forzosas arbitrarias [incluidos los desahucios de migrantes indocumentados]. La **obligación de proteger** exige al Estado prevenir violaciones a estos derechos por terceros. Así, el no asegurar que los empleadores privados cumplan las normas básicas de trabajo podría constituir una violación al derecho a trabajar o a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias [artículo 7 del ICESCR]. La **obligación de cumplir** requiere que el Estado adopte las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, legales y de otra índole adecuadas para lograr la plena efectividad de dichos derechos. Así, podría constituirse una violación si el Estado no proporciona la atención primaria de salud esencial a las personas que lo necesiten [incluidos los **migrantes**]. [Sin negrita en el original.]*

**Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.** Comisión Internacional de Juristas, Urban Morgan Institute on Human Rights, Cincinnati, Ohio, Estados Unidos, y Facultad de Derecho, Universidad de Maastricht, 22-26 de enero de 1997 (doc. ONU, E/C.12/2000/13), párr. 6.

En lo que respecta a los parlamentarios, el reconocimiento y la aplicación efectivos de los derechos ESC comienza por determinar que la legislación nacional protege expresamente estos derechos para los no nacionales, al igual que para los ciudadanos. Esto seguirá exigiendo la revisión de la legislación y las prácticas con respecto a los no nacionales en relación con el empleo, la salud, la seguridad social, la vivienda, la educación y otras esferas. Una revisión de estas características debería tener en cuenta las expectativas y los medios a nivel nacional, al tiempo que se reconoce que todas las personas dentro del territorio de un país, incluidos los migrantes, deberían tener acceso a esos beneficios y servicios de manera no discriminatoria. Una revisión también proporcionará la base para mejorar la legislación y alentar la acción gubernamental para garantizar el respeto, la protección y el cumplimiento de estos derechos.

#### **Recuadro 4.7 La protección de los derechos sociales y económicos de los migrantes en Argentina**

La Ley Nacional de Migraciones, aprobada por el Congreso de la Nación Argentina en 2004, establece normas estrictas para la promoción y protección de los derechos sociales y económicos de los migrantes y sus familiares. La Ley estipula que se ha de proporcionar a los migrantes regulares igual acceso a los servicios sociales, también en los campos de la salud, la educación, la seguridad social, el empleo y el apoyo legal. También suaviza los criterios para la reunificación familiar. Aunque la Ley condicionó parcialmente este trato a la entrada regular en el país, hay informaciones que indican que también dio pie para aprobar numerosas medidas complementarias para ofrecer mayor apoyo a los migrantes en situación irregular, incluida la regularización de 200.000 migrantes por medio del programa *Patria Grande*. Entre las medidas posteriores, también se concedió a los migrantes el derecho a votar en las elecciones municipales.

## 4.2 La libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva

### Recuadro 4.8 La protección en la práctica del derecho de los trabajadores migrantes a la libertad sindical

*La creciente movilidad de la mano de obra en el contexto de la globalización ha engendrado grandes desafíos en lo que atañe a los derechos de sindicación y de negociación colectiva de los trabajadores migrantes. Esos desafíos tienen tres vertientes, a saber: la defensa de los derechos de sindicación y de negociación colectiva de los trabajadores migrantes, incluidos aquellos que se hallan en situación irregular; su organización, y el mantenimiento de condiciones de trabajo decente al igual que para la totalidad de la fuerza de trabajo.*

La libertad de asociación y la libertad sindical en la práctica: lecciones extraídas. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo, 97ª reunión, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2008, pág. 56, párr. 228.

El derecho de todos los trabajadores migrantes a sindicarse y a fundar sindicatos está ampliamente contemplado en el derecho internacional y en la jurisprudencia de los órganos internacionales creados en virtud de tratados y de los tribunales. Como demuestra la lista de disposiciones que se presenta más abajo, los derechos a la libertad sindical y a la negociación colectiva son ampliamente reconocidos en las normas internacionales del trabajo y en los instrumentos de derechos humanos. Prácticamente todos los países del mundo están obligados por una o más de estas convenciones, y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 es aplicable a todos los Estados. La mayor parte de los países son también miembros de la OIT, y la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo reafirmó que los principios que conciernen a los derechos fundamentales contenidos en los ocho Convenios fundamentales de la OIT, incluida la libertad sindical, tienen que ser respetados, promovidos y cumplidos por todos los Estados miembros en virtud de su pertenencia a la OIT e independientemente de si han ratificado o no el convenio en cuestión.

### Recuadro 4.9 Las disposiciones sobre el derecho a la libertad sindical en las normas internacionales del trabajo y en los instrumentos de derechos humanos

#### *Normas internacionales del trabajo*

- Constitución de la OIT de 1919, enmendada por la Declaración de Filadelfia e incorporada en la Constitución de 1946.

- Convenio de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), artículo 2

*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.*

- Convenio de la OIT sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98).

### **Derechos humanos internacionales**

- Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, artículo 23.4

*Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.*

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, artículo 22

*1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.*

*2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones jurídicas al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.*

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966, artículo 8.1

*1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:*

- a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;*
- b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;*
- c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;*
- d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.*

- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (ICRMW), 1990, artículos 26 y 40 [véase más abajo].

## **Convenios específicos sobre los trabajadores migrantes**

- Convenio núm. 97 de la OIT, artículo 6.1

*Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con las materias siguientes: ...*

*ii) la afiliación a las organizaciones sindicales y el disfrute de las ventajas que ofrecen los contratos colectivos;*

- Convenio núm. 143 de la OIT, artículo 10

*Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se compromete a formular y a aplicar una política nacional destinada a promover y a garantizar, por los métodos adaptados a las circunstancias y usos nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, seguridad social, derechos sindicales y culturales y libertades individuales y colectivas para las personas que, en su condición de trabajadores migrantes o como miembros de su familia, se encuentren legalmente en su territorio.*

- ICRMW, artículo 26

*1. Los Estados Partes reconocerán el derecho de los trabajadores migratorios y sus familiares a:*

*a) Participar en las reuniones y actividades de los sindicatos o de cualesquiera otras asociaciones establecidas conforme a la ley, con miras a proteger sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente;*

*b) Afiliarse libremente a cualquier sindicato o a cualquiera de las asociaciones citadas, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente;*

*c) Solicitar ayuda y asistencia de cualquier sindicato o de cualquiera de las asociaciones citadas.*

Artículo 40

*1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán el derecho a establecer asociaciones y sindicatos en el Estado de empleo para el fomento y la protección de sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole.*

El hecho de que el derecho a la libertad de sindicación, incluido el derecho a fundar y afiliarse a sindicatos, esté incluido tanto en el ICCPR como en el ICESCR demuestra que es a la vez un derecho civil, político, económico y social. Ambos instrumentos prestan también la debida consideración al Convenio núm. 87 de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, que fue aprobado en 1948,

dieciocho años antes. Además, la DUDH, el ICCPR y el ICESCR destacan que los derechos sindicales se aplican a “todos” y que sólo pueden ser restringidos de manera limitada con respecto a las fuerzas armadas y la policía, o por motivos de seguridad nacional, orden público y protección de los derechos y libertades de otros. Si bien la ICRMW parece limitar el derecho a *fundar* sindicatos a los trabajadores migrantes en situación regular (compárense más arriba los artículos 26 y 40), estas disposiciones deberían leerse en el contexto de las existentes en los instrumentos internacionales fundamentales de derechos humanos, de carácter más general, así como en el Convenio núm. 87 de la OIT.

De hecho, los órganos supervisores de la OIT y de las Naciones Unidas han reforzado la aplicación universal de estos derechos. El hecho de que un trabajador sea un migrante, o incluso un migrante indocumentado, no permite al Estado concernido restringir el derecho a afiliarse y fundar sindicatos. A este respecto, el artículo 2 del Convenio núm. 87 de la OIT dice lo siguiente:

*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.*

El Comité de Libertad Sindical de la OIT ha declarado que esta disposición se aplica a todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes en situación irregular.

#### **Recuadro 4.10 Los derechos sindicales y los trabajadores migrantes en situación irregular**

En marzo de 2001, el Comité de Libertad Sindical de la OIT dictaminó que la Ley Española de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000), que condicionaba el ejercicio de los derechos sindicales de los trabajadores migrantes a su presencia o residencia en España, no estaba en conformidad con el amplio ámbito de aplicación del artículo 2 del Convenio núm. 87 de la OIT. El Comité dictaminó que el artículo 2 abarca a todos los trabajadores y que las excepciones sólo eran admisibles en relación con las fuerzas armadas y la policía, como se contempla en el artículo 9. El Comité instó al Consejo de Administración de la OIT que aprobara la recomendación al Gobierno español de que “*en lo que respecta a la legislación en cuestión (...) tenga en cuenta el artículo 2 del Convenio núm. 87, en virtud del cual los trabajadores, sin ninguna distinción, tienen el derecho de afiliarse a las organizaciones que estimen convenientes*”.

En 2007, el Tribunal Constitucional español consideró que el requisito que imponía la Ley Orgánica 4/2000 sobre los nacionales extranjeros de ser residentes legales en España para ejercer los derechos fundamentales de asamblea, asociación, afiliación sindical y huelga constituía una restricción injustificada, y que, por lo tanto, era contrario a las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 19 de diciembre. En una Observación publicada en 2011, la CEACR señaló con satisfacción la aprobación de la Ley 2/2009, de 11 de diciembre, que reformaba la Ley Orgánica 4/2000 e integraba en las disposiciones de la Ley el contenido de la sentencias del Tribunal Constitucional. La CEACR señaló que la nueva versión del artículo 11 de la Ley Orgánica 4/2000, de conformidad con los términos expuestos en la Ley Orgánica 2/2009, contempla que los nacionales extranjeros tendrán el derecho de organizarse libremente o de afiliarse a una organización laboral, y de ejercer el derecho de huelga con arreglo a las mismas condiciones que los trabajadores españoles.

**Fuente:**

Caso núm. 2121. Queja del 23 de marzo de 2001 presentada por la Unión General de Trabajadores de España (UGT); OIT, Comité de Libertad Sindical, *Informe núm. 327*, Vol. LXXXV, 2002, Serie B, núm. 1, párr. 561-562, disponible en: [NORMLEX OIT. España, Observación sobre el Convenio núm. 87: OIT, Informe III \(O1A\) - Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones](#), Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, Ginebra, 2011, pág. 160.

Sin embargo, en la práctica los trabajadores migrantes siguen sin poder ejercer libremente estos derechos en muchas situaciones, y en algunos casos no pueden ejercerlos en absoluto. El [Informe global sobre Libertad Sindical de la OIT de 2008](#) señaló las siguientes limitaciones al ejercicio de los derechos sindicales:

*En el ordenamiento jurídico de varios países aún se imponen restricciones al derecho de sindicación de los trabajadores migrantes. En algunos, sólo los nacionales tienen derecho a crear sindicatos, mientras que en otros los trabajadores migrantes en situación irregular, o que no cuentan con la debida autorización para trabajar, no gozan de ese derecho. Los estatutos de algunos sindicatos también comprenden disposiciones que subordinan la afiliación al cumplimiento de una serie de condiciones. Los trabajadores migrantes podrían terminar en aquellos empleos que los nacionales no desean, en lugares de trabajo aislados, o bien en aquellos sectores que no están protegidos por la legislación del trabajo (los trabajadores agrícolas o del servicio doméstico en algunos países) o en otras situaciones que dificultan la creación de sindicatos.*

*En algunos casos puede suceder que los trabajadores migrantes provengan de sociedades carentes de una tradición sindical sólida o donde las organizaciones de trabajadores se han asociado con los partidos o regímenes gobernantes en vez de desempeñar su cometido de sindicatos al servicio de los trabajadores. Los trabajadores*

*migrantes que no tienen permiso de trabajo pueden verse fácilmente intimidados por la amenaza de una posible expulsión 48, lo cual puede dificultar aún más su sindicación. (Pág. 63, párrs. 232 y 233).*

Otras restricciones a la libertad sindical, señaladas por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes en su informe “[Explotación laboral de los migrantes](#)” (A/HRC/26/35), incluyen la denegación de residencia legal a los sindicatos que incluyen a migrantes en situación irregular entre sus afiliados, el arresto y deportación de líderes de los sindicatos de migrantes, o la negativa a que entren en un país pese a estar en posesión de documentos válidos de viaje.

A pesar de estas limitaciones, el Informe global de la OIT también reconoce que el incremento de la migración laboral y del trabajo en condiciones de explotación al que son sometidos con frecuencia los trabajadores migrantes subraya la importancia del derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva:

*[L]a mayor movilidad de la mano de obra abre objetivamente oportunidades para mantener y ampliar la práctica actual del ejercicio de la libertad sindical y del derecho de negociación colectiva. El creciente número de trabajadores migrantes encierra un potencial natural importante para la afiliación sindical. Las condiciones de trabajo y el nivel de remuneración que no se ajustan a las normas mínimas, sumados al abuso del que podrían ser objeto los trabajadores migrantes, son argumentos convincentes de que los sindicatos deben organizar a esos trabajadores. (Pág. 63, párr. 235).*

Garantizar en la práctica el derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva de los trabajadores migrantes, de acuerdo con los principios universales que son ampliamente reconocidos y que aparecen en los instrumentos mencionados anteriormente, es un componente esencial en la prevención y la mejora de sus condiciones en el trabajo. También es un componente que propicia el ejercicio de otros derechos laborales. Además, la falta de protección laboral para los trabajadores migrantes, incluidos aquellos que están en situación irregular, debilita en su conjunto la protección de los trabajadores migrantes que residen legalmente en el país y de los trabajadores nacionales.

### 4.3 La erradicación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, incluida la trata con fines de trabajo forzoso y explotación laboral

*[L]a precariedad de la situación jurídica de millones de mujeres y hombres migrantes irregulares los hace particularmente vulnerables a la coacción, dada la amenaza adicional y persistente de ser denunciados*

ante las autoridades. Las víctimas pueden tener que enfrentarse al difícil dilema de aceptar unas condiciones de trabajo de suma explotación o correr el riesgo de que se las expulse a su país de origen si tratan de obtener una indemnización. [...] [U]n volumen creciente de estudios, dedicados en especial a la situación de las víctimas de la trata en el trabajo forzoso en países de destino industrializados, ha permitido detectar un vacío legislativo grave que obstaculiza los progresos de la lucha contra las formas de coacción ocultas y en ocasiones sutiles de la economía privada. (Una alianza global contra el trabajo forzoso. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 93ª reunión, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2005, pág. 2, párr. 6).

#### Recuadro 4.11 Estimaciones de trabajo forzoso

*La OIT calcula que 20,9 millones de personas son víctimas de trabajo forzoso en todo el mundo, situación en la que se ven atrapadas como resultado de coerción o engaño y de la cual no pueden liberarse. [...] La trata de personas también puede calificarse como trabajo forzoso; por lo tanto, esta estimación refleja el pleno alcance de la trata de seres humanos, o lo que algunos denominan “esclavitud moderna”.*

Estimación de la OIT sobre el trabajo forzoso en el mundo, resultados y metodología (en inglés). Programa Especial de Acción para Combatir el Trabajo Forzoso (SAP-FL), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2012, pág. 1.

*A nivel mundial, se estima que las ganancias totales obtenidas por el uso del trabajo forzoso [por ejemplo, al margen del trabajo forzoso impuesto por el Estado] ascienden a 150.200 millones de dólares al año. Más de un tercio de las ganancias, 51.200 millones de dólares, se obtienen de la explotación laboral, incluyendo casi 8.000 millones de dólares generados en trabajo doméstico por empleadores que amenazan y coaccionan para pagar salarios más bajos o para no pagarlos en absoluto.*

Ganancias y pobreza: aspectos económicos del trabajo forzoso (en inglés), SAP-FL, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2014, pág. 13.

Todo el mundo tiene el derecho a no ser sometido a esclavitud, servidumbre y a todas las formas de trabajo forzoso y obligatorio, como se reconoce expresamente en la

DUDH (artículo 4) y en el ICCPR (artículo 8). El derecho a no ser sometido a trabajo forzoso es también uno de los principios fundamentales de la OIT, como se subraya en la Declaración de la OIT, de 1998, relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Por lo tanto, tiene que ser respetado por todos los Estados Miembros de la OIT, independientemente de si han ratificado o no el [Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 \(núm. 29\)](#) o el [Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 \(núm. 105\)](#). Además, existe una aceptación amplia de este derecho por los Estados, que queda de manifiesto en el número de Estados, 178 y 175, respectivamente (a fecha de 12 de agosto de 2015), que han ratificado estos dos convenios de la OIT. En los últimos años, el alcance de este derecho se ha ampliado para incluir la trata de personas, y se han llevado a cabo mayores esfuerzos para prevenir la lacra del trabajo forzoso y proteger a las víctimas, como lo refleja el [Protocolo relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso](#) aprobado por la Conferencia Internacional del Trabajo en junio de 2014. Estos esfuerzos se analizan con más detalle a continuación.

### 4.3.1 ¿Qué es el trabajo forzoso?

La definición del trabajo forzoso en el artículo 2 del Convenio núm. 29 de la OIT se ha convertido en la definición aceptada en el conjunto del derecho internacional del trabajo y de los derechos humanos. Dice lo siguiente:

*[L]a expresión trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.*

El Convenio hace varias excepciones a esta definición en el artículo 2.2.c), como el servicio militar obligatorio, el trabajo penitenciario bajo determinadas condiciones, los pequeños trabajos comunales y cualquier trabajo o servicio que se exija en casos de fuerza mayor. Sin embargo, ninguna de estas excepciones es particularmente importante en el contexto específico de los migrantes. El Convenio núm. 29 se complementa con el Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105), cuyo artículo 1 obliga a los Estados Partes a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio, concretamente como medio de coerción o de educación política; como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas; como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico; como medida de disciplina en el trabajo; como castigo por haber participado en huelgas; y como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa.

En su artículo 11, la ICRMW proscribía igualmente la esclavitud o la servidumbre, y el trabajo forzoso u obligatorio, con respecto a los trabajadores migrantes y sus familiares. La ICRMW excluye de la definición de trabajo forzoso u obligatorio: a) cualquier trabajo o servicio que normalmente deba realizar una persona que, en virtud de una decisión de la justicia ordinaria, se halle detenida o haya sido puesta en situación de libertad condicional ulteriormente; b) cualquier servicio exigido en casos de emergencia o de desastre que amenacen la vida o el bienestar de la comunidad; y c) cualquier trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones civiles normales, en la medida en que se imponga también

a los ciudadanos del Estado concernido. No se excluye el desempeño de trabajos forzados en castigo por un delito en los Estados donde la ley contempla esta pena.

### 4.3.2 La trata de personas

La trata de personas es un fenómeno atroz que suele asociarse y que conduce a situaciones de trabajo forzoso que afectan a trabajadores migrantes. La adopción en Palermo (Italia), en 2000, de la [Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos](#) y el suplementario [Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños](#) [en adelante el “Protocolo de Palermo sobre la Trata de Personas”] centró y aumentó la atención sobre este fenómeno. Estos instrumentos también contemplan normas jurídicas expresas para prevenir y combatir la trata de personas, proteger a las víctimas y fomentar la cooperación entre Estados para alcanzar estos objetivos.

El Protocolo de Palermo sobre la Trata de Personas ofrece una definición de trata en el artículo 3.a):

*Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.*

En lo que se refiere al consentimiento de la víctima, el artículo 3.b) añade que el consentimiento dado por la víctima será irrelevante cuando se haya recurrido a los medios indicados en el artículo 3.a). El artículo 3.c) del Protocolo estipula que el consentimiento también es irrelevante cuando la víctima es un niño (definido en el artículo 3.d) como cualquier persona menor de 18 años), independientemente de los medios a los que se haya recurrido.

La definición de trata de personas en el Protocolo de Palermo se refiere expresamente al “trabajo o servicios forzados” como uno de los componentes de su razón de ser, concretamente la explotación. Las sinergias entre el Protocolo de Palermo y el Convenio núm. 29 de la OIT han sido subrayadas por la Comisión de Expertos de la OIT y se examinan con más detalle en [Trata de seres humanos y trabajo forzoso como forma de explotación - guía sobre la legislación y su aplicación](#), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2005. Esta publicación también indica (pág. 1) que, además de los Convenios núms. 29 y 105, los convenios de la OIT relativos a la protección de los trabajadores migrantes también ayudan a arrojar luz sobre la trata de personas,

especialmente los Convenios núms. 97 y 143, y el Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181).

#### **Recuadro 4.12 El Protocolo de Palermo sobre la Trata de Personas y el Convenio núm. 29 de la OIT sobre el trabajo forzoso**

*Un componente esencial de la definición de la trata es la finalidad de la misma, es decir la explotación, que incluye específicamente el trabajo o los servicios forzosos, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre y las distintas formas de explotación sexual. La noción de explotación del trabajo contenida en esta definición permite establecer la relación entre el Protocolo de Palermo y el Convenio núm. 29, y dejar claro que la trata de seres humanos con fines de explotación encaja en la definición del trabajo forzoso u obligatorio establecida en el párrafo 1 del artículo 2 del Convenio. Esta concordancia facilita la labor de aplicación de ambos instrumentos a escala nacional.*

**Eradicar el trabajo forzoso**, Estudio general relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), y al Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105), Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Oficina Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 96ª reunión, 2007, Ginebra, 2007, párr. 77.

La Parte II del Protocolo de Palermo también contiene disposiciones importantes para proteger y ayudar a las víctimas de trata en lo que se refiere a los procedimientos judiciales y administrativos pertinentes, así como a su rehabilitación física, psicológica y social. Esto incluye alojamiento adecuado; asesoría e información en un idioma que puedan entender, especialmente en lo relativo a sus derechos legales; ayuda médica, psicológica y material; empleo, educación y oportunidades de formación; seguridad física; y la posibilidad de obtener compensación por los perjuicios sufridos (artículo 6). También hay disposiciones sobre el estatus que se ha de otorgar a las víctimas de trata para que puedan permanecer en el territorio de un Estado Parte, bien temporal o permanentemente (artículo 7), y sobre su repatriación al Estado Parte del que son nacionales o en el que tienen la residencia permanente (artículo 8).

La OACDH también ha aprobado los **Principios y Directrices Recomendados sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas**, que contienen directrices importantes sobre la protección y el apoyo a las personas víctimas de trata (Directriz 6), entre ellas los niños víctimas de trata (Directriz 8).

#### **Recuadro 4.13 Principios y Directrices Recomendados de la OACDH sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas – Directriz 6: Asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas**

**No es posible romper el ciclo de la trata de personas sin prestar atención a los derechos y las necesidades de las víctimas. Hay que dar asistencia y protección adecuadas a todas las víctimas de la trata de personas sin discriminación.**

**Los Estados y, cuando proceda, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, deberían considerar la posibilidad de:**

1. Cerciorarse, en cooperación con las organizaciones no gubernamentales, de que se ofrezca alojamiento seguro y adecuado que atienda a las necesidades de las víctimas de trata de personas. Ello no debe estar subordinado a que las víctimas estén dispuestas a rendir testimonio en un proceso penal. Las víctimas de la trata de personas no deben ser recluidas en centros de detención para inmigrantes, otros centros de detención o refugios para personas sin hogar.
2. Cerciorarse, en asociación con las organizaciones no gubernamentales, de que las víctimas de la trata de personas tengan acceso a atención primaria de salud y a atención psicológica. No debe exigirse a las víctimas de la trata de personas que acepten esa atención o asistencia ni obligarlas a hacerse análisis para determinar si padecen enfermedades, incluido el VIH/SIDA.
3. Cerciorarse de que se informe a las víctimas de la trata de personas de que tienen derecho a ponerse en contacto con representantes diplomáticos y consulares del Estado de su nacionalidad. Hay que impartir al personal de embajadas y consulados formación adecuada para que atienda a las necesidades de información y asistencia de esas víctimas. Estas disposiciones no serían aplicables a las víctimas de la trata de personas que pidieran asilo en el país.
4. Cerciorarse de que los procedimientos judiciales en que tomen parte las víctimas de trata de personas no redunden en desmedro de sus derechos, su dignidad ni su bienestar físico o psicológico.
5. Dar a las víctimas de la trata de personas asistencia letrada o de otra índole en relación con las acciones penales, civiles o de otra índole contra los tratantes o quienes las hayan explotado. Debe darse a las víctimas información en un idioma que entiendan.
6. Proteger efectivamente a las víctimas de la trata de personas de daños, amenazas o actos de intimidación cometidos por los tratantes y personas asociadas a ellos. A estos efectos, no debería revelarse en público la identidad de las víctimas de la trata de personas y habría que respetar y proteger su privacidad en toda la medida de lo posible, teniendo en cuenta al mismo tiempo el derecho de los acusados a un juicio imparcial. Habría que advertir plenamente y con antelación a las víctimas de la trata de personas de las dificultades que entraña proteger su identidad y no habría que dejar que se formaran expectativas falsas o poco realistas en cuanto a las posibilidades de los agentes del orden a este respecto.

7. Disponer el regreso en condiciones de seguridad y, de ser posible voluntario, de las víctimas de la trata de personas y estudiar la opción de que residan en el país de destino o la de reasentarlos en un tercer país en ciertas circunstancias especiales (para impedir represalias o en casos en que se considere probable que vuelvan a ser objeto de trata, por ejemplo).
8. En colaboración con las organizaciones no gubernamentales, hacer que se proporcione a las víctimas de la trata de personas que regresen a sus países de origen la asistencia y el apoyo necesarios a los efectos de su bienestar, de facilitar su integración social y de prevenir que sean objeto nuevamente de trata de personas. Habría que adoptar medidas para proporcionar a las víctimas de la trata de personas que regresan a sus países atención médica y psicológica, vivienda y servicios de enseñanza y empleo adecuados.

Principios y Directrices Recomendados sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas, Naciones Unidas (E/2002/68/Add.1).

En febrero de 2013, la OIT organizó una [Reunión tripartita de expertos sobre trabajo forzoso y trata de personas con fines de explotación laboral](#) para evaluar la necesidad de una acción normativa para complementar el Convenio núm. 29, con el objetivo de impulsar la prevención y la protección de las víctimas y de abordar la trata de personas con fines de explotación laboral. Los expertos concluyeron que existía un valor añadido en la adopción de medidas suplementarias para abordar las lagunas existentes en materia de implementación y erradicar el trabajo forzoso en todas sus formas. Los expertos coincidieron en que estas lagunas en materia de implementación deberían abordarse con una acción normativa, complementando el Convenio núm. 29 mediante un protocolo o recomendación en lugar de la adopción de un nuevo Convenio. En junio de 2014, la Conferencia Internacional del Trabajo aprobó el [Protocolo relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso](#), acompañado por la [Recomendación núm. 203](#), para abordar una serie de lagunas en lo que se refiere a la implementación de la prevención del trabajo forzoso, incluida la protección de los trabajadores migrantes frente a los procesos de contratación abusivos y fraudulentos; la protección de las víctimas; y el acceso a soluciones adecuadas y efectivas, incluida la compensación.

#### 4.3.3 La especial vulnerabilidad de los trabajadores migrantes al trabajo forzoso y a la trata de personas

Pese a la obligación jurídica de los Estados de proteger a todas las personas del trabajo forzoso u obligatorio, incluida la trata de personas, los trabajadores migrantes son especialmente vulnerables a esta forma de explotación por dos razones. Una de ellas, sencillamente, es que las autoridades nacionales prestan poca atención a su protección o carecen de la capacidad para proporcionársela, o bien prestan más atención a la lucha contra el delito de la trata que a la protección de las víctimas. La otra razón es que en su intento de migrar los trabajadores migrantes se ven arrastrados en ocasiones a situaciones de alto riesgo, debido a su situación irregular o a que han sido víctimas de trata. La [Estimación de la OIT sobre el trabajo forzoso en el mundo \(2012\)](#) (en inglés) indica que 9,1 de los 20,9 millones de víctimas de trabajo forzoso (el 44%) se han desplazado interna o internacionalmente.

Los trabajadores migrantes corren el riesgo de ser víctimas de trabajo forzoso de muchas maneras, y algunas categorías de trabajadores migrantes presentan mayor vulnerabilidad que otras. Los trabajadores domésticos migrantes son especialmente vulnerables porque suelen permanecer ocultos al dominio público. Como se indicó en el Capítulo 3, los trabajadores domésticos migrantes afrontan un amplio abanico de abusos, entre ellos el abuso psicológico y físico, las agresiones sexuales, la retención de los documentos de identidad y viaje, los salarios insuficientes o inexistentes, y las horas excesivas de trabajo sin pausas para comer o descansar. Además, los trabajadores domésticos no suelen estar cubiertos por las legislaciones laborales nacionales. De ahí la importancia del [Convenio de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 \(núm. 189\)](#).

Los trabajadores del sector agrícola, en el que están empleados numerosos trabajadores migrantes, también corren un riesgo especial de ser víctimas de trabajo forzoso. A menudo, las legislaciones laborales nacionales no se amplían o no se aplican plenamente en la agricultura, aunque deberían serlo, dejando a los migrantes y otros trabajadores agrícolas sin protección legal. A menudo, el trabajo agrícola es puntual y por temporadas, y los ingresos pueden ser irregulares, aumentando la vulnerabilidad de los trabajadores migrantes al trabajo forzoso. Algunos de los indicadores más comunes que indican la posible existencia de trabajadores migrantes trabajando forzosamente en la agricultura incluyen, a simple título de ejemplo, la retención de los pasaportes de los trabajadores por el empleador o patrocinador; el aislamiento en lugares de trabajo remotos; e incluso la servidumbre por deudas, algo que a menudo ocurre cuando el trabajo se convierte en garantía de una deuda o un préstamo contraídos, o en ocasiones heredados: *“el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios”* ([Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, 1956](#), artículo 1.a).

#### **Recuadro 4.14 Hacer frente a la explotación laboral: la ley relativa a los intermediarios en el Reino Unido**

Para responder a las preocupaciones sobre la explotación de los trabajadores migrantes, incluido un incidente en el que 23 migrantes en situación irregular se ahogaron en febrero de 2004 mientras recogían berberechos frente a las costas de Inglaterra, el Parlamento del Reino Unido aprobó en 2004 la [Ley \(de concesión de licencias\) de intermediarios](#) (en inglés), con el objetivo de fortalecer la protección de los trabajadores migrantes en el sector de los servicios alimentarios. La Ley creó la [Administración de concesión de licencias de intermediarios](#), que concede licencias obligatorias a las agencias alimentarias una vez que haya garantías de que aplican normas laborales adecuadas. La Ley recurre a una definición amplia del término “trabajador” para incluir a aquellas personas que trabajan sin autorización en el Reino Unido. Un informe de seguimiento a cargo de organismos reguladores del Estado indicó en 2009, entre otras cosas, la influencia positiva de la Ley en la mejora de las condiciones de los trabajadores.

### 4.3.4 Las causas que provocan la trata de personas

Pese a la creciente demanda de mano de obra en todos los niveles de competencia en muchos países de ingresos altos y medianos, incluso en el contexto Sur-Sur, y a pesar de la gran cantidad de personas dispuestas a desplazarse al extranjero en busca de trabajo en condiciones decentes, los viajes a través de las fronteras internacionales se han convertido en algo que, de manera creciente, se permite únicamente a quienes están altamente cualificados o a quienes están en una situación económica privilegiada. Restringir los visados y obligar a las líneas aéreas y a los transportistas marítimos a comprobar los pasaportes y los visados antes de la salida de un país de origen son medidas habituales. Con algunas excepciones, como por ejemplo, en algunos destinos de los Estados del Golfo Árabe, son escasos los canales regulares de migración laboral para los trabajadores con cualificaciones bajas o intermedias.

Cuando la demanda de trabajo y de cualificación supera abrumadoramente las restricciones a la migración legal, los contrabandistas y traficantes de personas están preparados para suministrar la diferencia. Mientras que los contrabandistas se limitan a proporcionar un servicio ilegal al migrante, como la ayuda para cruzar una frontera internacional, el traficante tiene como objetivo explotar a la persona más allá del proceso migratorio para seguir obteniendo una ganancia. Pero esta distinción puede pasar a ser borrosa, dado que el contrabando puede evolucionar y convertirse en trata de personas. Las víctimas de la trata suelen terminar en contra de su voluntad en talleres de trabajo a destajo, plantaciones aisladas o burdeles. Habitualmente, su destino es la economía informal, lejos de la vista de los reguladores y privados de cualquier protección, lo que consecuentemente les impide contribuir de manera productiva a la economía y el bienestar social del país de acogida.

#### Recuadro 4.15 Los parlamentarios combaten la trata de personas

##### Bélgica

Entre 1999 y 2003, la Subcomisión *ad hoc* de Trata de Personas del Senado llevó a cabo una investigación exhaustiva sobre las causas y los mecanismos que hay detrás de la trata de personas, realizando un trabajo de campo con una víctima de trata y manteniendo reuniones con la policía de Albania (considerado un país fuente de trata), así como con organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales, entre otras actividades. La Subcomisión también realizó misiones sobre el terreno en Albania, Italia y Francia para mejorar su comprensión de la naturaleza transnacional de la trata. Las recomendaciones de la Subcomisión fueron aprobadas por la Comisión Permanente del Senado de Asuntos Internos y Administrativos, que a continuación las presentó al primer ministro y a los ministros de Interior y Justicia, y que hizo un seguimiento de su implementación.

## Estados Unidos de América

En 2000, el Congreso de Estados Unidos aprobó la [Ley de Protección de las Víctimas de la Trata y la Violencia](#) (en inglés), que fue renovada en 2013. La Ley estipula que los servicios y las prestaciones estatales, incluidos los servicios sanitarios, laborales y jurídicos, deben prestarse a las víctimas de trata al margen de su estatus migratorio. La Ley también estableció un procedimiento que permite a las víctimas de trata que se les conceda un visado de tres años, que puede convertirse en una residencia permanente. Sin embargo, esta concesión se condiciona a que las víctimas colaboren con las autoridades a la hora de perseguir a los traficantes de seres humanos.

## Filipinas

El Congreso de Filipinas aprobó en 2003 la [Ley Contra la Trata de Personas](#) (en inglés). Además de proporcionar el marco legislativo para combatir la trata de personas, la Ley contempla apoyo legal, financiero y social para las víctimas de trata. De acuerdo con el artículo 19, estas medidas también se aplican a las personas que han sido víctimas de trata y que son nacionales extranjeros. El artículo 20 exige la creación del Consejo Interinstitucional Contra la Trata de Personas, un organismo del que forman parte autoridades gubernamentales y representantes de organizaciones no gubernamentales. El Consejo tiene encomendado un amplio abanico de fines, entre ellos hacer un seguimiento de la implementación de la Ley, coordinar el trabajo con las demás instituciones para abordar con mayor eficacia el problema de la trata de personas y ayudar a la presentación de denuncias.

Como se indicó anteriormente en el Capítulo 2, la publicación [La lucha contra la trata de personas. Manual para Parlamentarios](#), elaborado conjuntamente por la UIP y la UNODC, ofrece una compilación de leyes internacionales y buenas prácticas para combatir la trata de personas, y una orientación acerca de cómo puede adaptarse la legislación nacional a las normas internacionales. Los parlamentarios que necesiten más información sobre esta modalidad concreta de migración en condiciones de explotación deberían consultar este manual. Es reseñable en este sentido la [Resolución sobre trabajadores migrantes, trata de personas, xenofobia y derechos humanos](#) (en inglés), aprobada por la 118ª Asamblea de la UIP en abril de 2008:

*[La Asamblea de la UIP] subraya que la protección de las víctimas de la trata debe integrarse y ser situada en el centro de los marcos legislativos de los Estados, exigiendo por lo tanto a los gobiernos que revisen las leyes y políticas teniendo en cuenta su repercusión en las víctimas de la trata, y sustituyendo el control de la inmigración por la prevención de la explotación de los migrantes y trabajadores, y el cuidado de las víctimas.*

## 4.4 Los derechos de los niños migrantes, incluida la abolición del trabajo infantil

### Recuadro 4.16 Los derechos humanos de los niños

*Los niños siempre han formado parte de los movimientos migratorios y se han visto afectados por ello de diferentes formas. Los niños que los familiares que migran dejan atrás sienten los efectos de la migración en los países de origen. Los niños en movimiento, que participan en la corriente migratoria, se ven afectados en los países de origen antes de la partida y en los países de tránsito y de destino en las etapas del viaje y la llegada. En los países receptores, los niños se ven afectados en las etapas del proceso migratorio de la llegada y la larga permanencia.*

*Los niños pueden migrar de varias maneras. Franquean las fronteras con sus padres o acompañados por miembros de la familia ampliada u otros adultos o dentro de unas corrientes migratorias mixtas. Los niños buscan cada vez con mayor frecuencia la posibilidad de migrar a través de las fronteras de forma autónoma y sin compañía. Problemas como convertirse en presa de la delincuencia organizada transnacional y ser objeto de prácticas de explotación como el contrabando, la trata de personas y las formas contemporáneas de la esclavitud, que en algunos casos se describen como formas abusivas de migración, pueden formar parte también de la experiencia migratoria de muchos niños. ...*

*La migración puede favorecer las posibilidades y las opciones que el niño pueda tener en el futuro. No obstante, muchas formas de migración, así como el trato que los niños reciben durante el proceso migratorio, pueden amenazar gravemente los derechos del niño. ... [L]as posibles ventajas de la migración pueden quedar mermadas en el caso de los niños indocumentados y los niños en una situación migratoria irregular, que están expuestos a que se les nieguen derechos como los relacionados con la privación arbitraria de libertad y se les limite o impida el acceso a la educación y a los servicios de cuidado de la salud.*

*Los menores no acompañados o separados de sus padres son especialmente vulnerables a los abusos y a las violaciones de los derechos humanos en todas las etapas del proceso migratorio.*

La Declaración Universal de Derechos Humanos y los instrumentos internacionales principales de derechos humanos protegen a todas las personas, incluidos los niños, y muchos de estos instrumentos incluyen disposiciones expresas relativas a los niños, especialmente sobre la obligación de los Estados de reducir la mortalidad infantil y de garantizar un desarrollo saludable del niño (ICESCR, artículo 12.2.a); sobre la protección del niño contra la explotación económica y social (ICESCR, artículo 10.3); sobre el derecho a la educación (ICESCR, artículo 13); sobre el derecho del niño a que se registre su nacimiento, a tener un nombre y a adquirir una nacionalidad (ICCPR, artículo 24); y sobre la protección de los niños en el caso de la disolución de un matrimonio (ICCPR, artículo 23.4). La Convención de 1990 sobre los trabajadores migratorios también contiene una serie de disposiciones que describen las obligaciones de los Estados Partes con respecto a las familias de los trabajadores migrantes, incluidos los niños, así como con respecto a los derechos de esos niños.

#### **Recuadro 4.17 La Convención de 1990 sobre los trabajadores migratorios y sus familiares**

- La obligación de los Estados Partes de respetar la libertad de los padres o de los tutores legales, cuando al menos uno de ellos sea un trabajador migrante, “para hacer que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones” (artículo 12.4).
- La obligación de los Estados Partes de prestar especial atención, entre otras cosas, a los problemas que pueda plantear para el menor la privación de libertad de un trabajador migrante (artículo 17.6).
- El derecho de “todos los hijos de los trabajadores migratorios [...] a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad” (artículo 29).
- El derecho básico de todos los hijos de los trabajadores migratorios al “acceso [...] a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate”, con “acceso a las instituciones de enseñanza preescolar o las escuelas públicas”, que “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” (artículo 30).
- La obligación de los Estados Partes de “facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo” (artículo 44.2).

- La obligación de los Estados Partes de aplicar, “en colaboración con los Estados de origen cuando proceda, [...] una política encaminada a facilitar la integración de los hijos de los trabajadores migratorios en el sistema escolar local, particularmente en lo tocante a la enseñanza del idioma local” (artículo 45.2).
- Los Estados Partes “procurarán facilitar a los hijos de los trabajadores migratorios la enseñanza de su lengua y cultura maternas y, cuando proceda, los Estados de origen colaborarán a esos efectos” (artículo 45.3) y “los Estados de empleo podrán establecer planes especiales de enseñanza en la lengua materna de los hijos de los trabajadores migratorios, en colaboración con los Estados de origen si ello fuese necesario” (artículo 45.4).

Existe también un amplio abanico de normas internacionales del trabajo orientadas expresamente a la protección de los niños contra el trabajo infantil, como se expone en la siguiente sección.

El principal instrumento de salvaguarda en el derecho internacional de los derechos de los niños, incluidos los hijos de los migrantes, es la [Convención sobre los Derechos del Niño](#) (CDN), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (Resolución 44/25). A fecha de 12 de agosto de 2015, ha sido ratificada casi universalmente (195 Estados Partes). La Convención requiere de los Estados Partes que adopten “todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención” (artículo 4). Asimismo, en todas sus acciones relativas a los niños los Estados también se deberán guiar por los siguientes principios generales:

- No discriminación (artículo 2).
- El “interés superior del niño” como la consideración prioritaria en todas las acciones relativas a los niños (artículo 3).
- El derecho inherente a la vida de todos los niños y la obligación de garantizar en la medida de lo posible la supervivencia y el desarrollo del niño (artículo 6).
- El derecho del niño a expresar libremente sus opiniones en todos los asuntos que le afecten y a que esas opiniones sean tenidas en cuenta (artículo 12 y la [Observación general N° 5 \(2003\): Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño](#)).

En septiembre de 2012, el Comité de los Derechos del Niño, responsable de hacer un seguimiento de la aplicación por los Estados Partes de la CDN, celebró un [Día de debate general sobre los derechos del niño en el contexto de la migración internacional](#) (en inglés), en el que planteó una serie de recomendaciones clave que abarcan la totalidad de la experiencia de la migración infantil. Las recomendaciones conciernen no sólo a los principios expuestos anteriormente, sino también a una serie de derechos, como el derecho del niño a una identidad personal, incluidos el nombre y la nacionalidad; el derecho a la libertad; el derecho a no ser víctima de todas las formas de violencia, también en el contexto migratorio; el derecho a la vida familiar; los derechos económicos, sociales y culturales, con una referencia especial al derecho a la salud; la protección contra la explotación económica (véase también “trabajo infantil”

a continuación); el acceso a canales regulares y seguros de migración y a condiciones de residencia seguras; y derechos en situaciones de conflicto.

## **Recuadro 4.18 El Comité de los Derechos del Niño**

Día de debate general sobre los derechos de todos los niños en el contexto de la migración internacional (en inglés)

### **Recomendaciones [extractos]**

#### **Recomendaciones generales en materia de legislación, políticas y coordinación**

Los Estados deberían garantizar que los derechos consagrados en la Convención son otorgados a todos los niños que se encuentran en la jurisdicción de un Estado, independientemente del estatus migratorio de sus propios padres, y deberían abordar las violaciones de esos derechos. Los organismos e instituciones encargados del cuidado y protección del niño, y no las autoridades de inmigración, deben asumir la responsabilidad prioritaria con respecto a todos los niños que están en una situación de migración internacional.

Los Estados deberían adoptar leyes y políticas integrales basadas en los derechos humanos para garantizar que todos los niños implicados o afectados por la migración internacional disfruten de la plena protección de la Convención de manera oportuna, independientemente de la edad, de la posición económica, de la situación en que se encuentre su documentación o la de sus padres, tanto en situaciones voluntarias como involuntarias, de si están acompañados o no, y de cualquier otra situación.

#### **No discriminación**

Los Estados deberían garantizar medidas adecuadas para combatir la discriminación por cualquier motivo. Al hacerlo, se deberían redoblar los esfuerzos para combatir la xenofobia, el racismo y la discriminación, y promover la integración en la sociedad de las familias afectadas [...].

#### **El interés superior del niño**

Los Estados deberían llevar a cabo análisis y evaluaciones individuales sobre el interés superior del niño [...]. En especial, se debería prestar atención prioritaria al interés superior del niño en cualquier procedimiento que resulte en la detención, el regreso o la deportación del niño o de sus padres.

Los Estados deberían dejar claro en su legislación, políticas y prácticas que el principio del interés superior del niño tiene prioridad sobre la política de migración u otras consideraciones administrativas [...].

#### **El derecho del niño a ser escuchado**

[...] Todos los niños, incluidos los niños acompañados por sus padres o tutores legales, deben ser tratados como titulares de derechos individuales; sus necesidades específicas como niños tienen que ser consideradas de manera equitativa e individual, y sus opiniones deberían ser escuchadas adecuadamente [...].

## **El derecho a la identidad, incluido el nombre y la nacionalidad**

Los Estados deberían fortalecer las medidas para garantizar el registro universal del nacimiento, incluyendo la eliminación de cualquier obstáculo legal y práctico al registro del nacimiento de los niños migrantes, y, en situaciones en las que un niño pudiera convertirse en apátrida, conceder la ciudadanía a los niños nacidos en su territorio.

## **El derecho a la libertad y las medidas substitutorias de la detención**

[...] La detención de un niño por el estatus migratorio de sus padres constituye una vulneración de los derechos del niño y contraviene siempre el principio del interés superior del niño. En este contexto, los Estados deberían suspender sin demora y por completo la detención de niños a causa de su estatus migratorio.

En la medida de lo posible, y utilizando en todo caso los medios necesarios menos restrictivos, los Estados deberían optar por alternativas a la detención que cumplan con el interés superior del niño [...].

## **Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, incluso en condiciones de migración**

Los Estados deberían adoptar políticas afirmativas en materia de género, jurídicamente vinculantes, y programas y medidas para garantizar la protección sin distinción frente a la violencia de niños de todas las edades afectados por la migración internacional, independientemente de su estatus migratorio o del de sus padres, con una atención especial a su entorno escolar y comunitario [...].

## **El derecho a la vida familiar**

Los Estados deberían garantizar que sus políticas, legislaciones y medidas sobre migración respetan el derecho del niño a la vida familiar, y que ningún niño sea separado de sus padres a causa de la acción o la inacción del Estado, a no ser que sea para salvaguardar el interés superior del menor. Entre otras cosas, las citadas medidas deberían incorporar una atención positiva, humanitaria y sin demora de las solicitudes de reunificación familiar; opciones para la regularización del estatus migratorio cuando sea posible; y políticas de reunificación familiar en todas las etapas del proceso migratorio para permitir que los niños que han quedado atrás puedan reunirse con sus padres (o que los padres puedan reunirse con sus hijos) en los países de tránsito o destino.

Los Estados deberían abstenerse de detener o deportar a los padres si los niños son nacionales del país de destino. En cambio, debería considerarse su regularización [...].

## **Nivel de vida y disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales**

Los Estados deberían garantizar que todos los niños en un contexto migratorio tienen acceso en condiciones de igualdad, con respecto a los niños nacionales, a los derechos económicos, sociales y culturales, y a los servicios básicos independientemente de su estatus migratorio y del estatus migratorio de sus padres, explicitando sus derechos en la legislación [...].

Las políticas, programas y medidas para proteger a los niños de la pobreza y la exclusión social deberían incluir a los niños en el contexto migratorio, independientemente de sus estatus, y especialmente a aquellos niños que han quedado atrás en los países de origen y a aquellos que han nacido en una familia de migrantes en los países de destino [...].

### **El derecho a la salud**

Los Estados deberían garantizar e implementar medidas adecuadas y accesibles para tratar el trauma experimentado por los niños durante la migración, la búsqueda de asilo o la trata. Debe procurarse de manera especial que los servicios de salud mental están disponibles para todos los niños, entre otras cosas, en el contexto del análisis, la evaluación y la determinación del interés superior del niño.

### **Protección contra la explotación económica**

Los Estados deberían garantizar que sus políticas y medidas migratorias tienen en cuenta la Convención y [los Convenios núms. 132, 182 y 189 de la OIT]. Se recomienda asimismo que los Estados consideren el establecimiento de sistemas de seguimiento e información para identificar y solucionar las violaciones de los derechos de los niños que se están produciendo en contextos laborales, especialmente en contextos informales y de trabajo temporal.

### **El acceso a los canales regulares y seguros de migración, y la residencia garantizada**

Cuando sea posible, los Estados deberían disponer canales de migración regulares y no discriminatorios, y proporcionar mecanismos permanentes y accesibles para los niños y sus familiares para acceder a un estatus migratorio regular a largo plazo o a permisos de residencia por motivos como la unidad familiar, las relaciones laborales y la integración social [...].

### **Situaciones de conflicto**

Recordando que los Estados tienen la obligación jurídica de cumplir la Convención y las normas internacionales sobre derechos humanos, incluso en el caso de situaciones migratorias generadas por un conflicto, los Estados deberían garantizar que sus políticas y procedimientos migratorios relativos a las situaciones de conflicto contengan salvaguardas adecuadas en relación con los derechos de los niños.

En 2005, el Comité aprobó la [Observación general N° 6 \(2005\) sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen](#), proporcionando orientación sobre la protección, el cuidado y el trato adecuado de los citados niños sobre la base del conjunto del marco jurídico de la CDN, con referencia especial a los principios de la no discriminación, el interés superior del niño y el derecho del niño a expresar libremente sus opiniones.

## Recuadro 4.19 Los parlamentarios protegen todos los derechos del niño

### El Llamamiento de Nuakchot

En colaboración con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), parlamentarios del norte, el oeste y el centro de África se reunieron en Nuakchot (Mauritania) en 2001 para galvanizar los esfuerzos internacionales en favor de una mayor promoción y protección de los derechos de los niños. El Llamamiento de Nuakchot instó a los gobiernos a ratificar e implementar los acuerdos internacionales y regionales que tienen como objetivo fortalecer los derechos de los niños, incluida la [Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño](#), que consagra los derechos de los niños independientemente de su nacionalidad. El Llamamiento también instó a los gobiernos a asignar mayores recursos financieros en áreas clave como la educación, el cuidado sanitario y la nutrición.

### Kenya

En diciembre de 2001, el Parlamento de Kenya aprobó la [Ley del Niño](#) (en inglés), que transformó en ley los principios consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y la [Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño](#). La ley fue revisada y enmendada por última vez en 2010; incluye una definición amplia del término “niño” para incluir a *cualquier* ser humano menor de 18 años, protege a los niños contra la discriminación independientemente del origen, y garantiza el apoyo y la protección del gobierno a los niños sin identidad ni nacionalidad propia. Tras un taller parlamentario organizado en 2000 para estudiar el problema del trabajo infantil, la Ley también aborda este asunto y garantiza la protección de los niños frente a la explotación económica.

### Tailandia

En 2008, el Parlamento de Tailandia aprobó la [Ley de Registro Civil](#) (en inglés), que consagra el derecho al registro del nacimiento de todos los niños nacidos en Tailandia, incluidos los hijos de personas desplazadas, trabajadores migrantes y migrantes sin residencia legal en el país. La Ley ha sido elogiada por los organismos de las Naciones Unidas en el sentido de que contribuye de manera importante a prevenir la apatridia y, de manera más amplia, a proteger los derechos humanos de los niños vulnerables.

## 4.4.1 El trabajo infantil

Los hijos de trabajadores migrantes en el país de destino y los niños que han quedado atrás cuando los padres han migrado para poder mantenerles económicamente pueden correr el riesgo de caer en el trabajo infantil, que está prohibido por las normas internacionales de derechos humanos y del trabajo. El artículo 32.1 de la [Convención sobre los Derechos del Niño](#) estipula:

1. *Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.*

2. *Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular:*
  - a. *Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;*
  - b. *Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo;*
  - c. *Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.*

Como da a entender esta disposición, no todo trabajo realizado por niños se considera trabajo infantil o trabajo prohibido por las legislaciones nacionales o las normas internacionales. Dos de los convenios fundamentales de la OIT, el [Convenio sobre la edad mínima, 1973 \(núm. 138\)](#) y el [Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 \(núm. 182\)](#), persiguen abolir el trabajo infantil. A fecha del 12 de agosto de 2015, el Convenio núm. 138 había sido ratificado por 168 países y el Convenio núm. 182 por 179 de los 186 Estados Miembros de la OIT. En virtud del Convenio núm. 138, se prohíbe todo empleo o trabajo infantil, con determinadas excepciones concretas (véase a continuación), antes de los 15 años o antes del final de la escolarización obligatoria, primando la edad más elevada. Se insta también a los miembros a elevar la edad mínima para estar empleado o trabajar. El Convenio núm. 138 contiene adicionalmente ciertas cláusulas de flexibilidad, especialmente para los países en desarrollo, que pueden especificar inicialmente los 14 años como la edad mínima para trabajar tras consultar con las organizaciones de los empleadores y de los trabajadores concernidos, en los lugares en los que éstas existen. El Convenio también contiene una disposición para el trabajo ligero (un trabajo que no perjudica la salud, el desarrollo, la escolarización o la formación profesional de los niños en cuestión) de personas de entre 13 y 15 años, siempre que la autoridad competente identifique qué actividades constituyen trabajo ligero y prescriba el número de horas y las condiciones en las que se pueden desarrollar estos empleos o trabajos. Al ratificar el Convenio núm. 138, también es posible excluir determinadas ocupaciones de esta definición, como los negocios y las explotaciones agrícolas de propiedad familiar, siempre que no se pongan en peligro la seguridad y la salud. Por el contrario, el trabajo peligroso sólo puede realizarse a partir de los 18 años, o a partir de los 16 con la condición de que se protejan plenamente la salud, la seguridad y la integridad moral de las personas jóvenes concernidas y de que las personas jóvenes hayan recibido una preparación especial y adecuada o hayan cursado estudios de formación profesional en el correspondiente sector de actividad.

#### **Recuadro 4.20 Historia de interés humano: niñas trabajadoras migrantes, víctimas de la crisis mundial**

10 años, dos trabajos, sin tiempo para la escuela.

[Marifat] ayuda a su mamá a barrer las calles en Moscú. No ha asistido nunca a la escuela. Con su limitado conocimiento del idioma ruso y su condición irregular tiene pocas oportunidades de ser admitida en alguna escuela de Moscú.

Marifat dijo que aun cuando fuese aceptada en la escuela, no tendría tiempo para estudiar. Trabaja desde temprano en la mañana limpiando calles, luego pasa el resto del día cuidando de su hermano de cuatro años.

No obstante, la familia tiene dificultades para subsistir. Por eso Marifat está muy orgullosa de haber encontrado un trabajo extra, además de barrer las calles y cuidar de su hermano, limpia el apartamento y lava la ropa de una mujer anciana que vive en el mismo edificio.

Ella y su familia no tienen planes de regresar a Dusambé, no tienen dinero para el viaje y una vez allí sería muy difícil encontrar trabajo. Ante la pregunta sobre sus planes para el futuro, Marifat contestó que ella simplemente no tiene ninguno, a 10 años la vida le ha enseñado a no pensar en el futuro.

La situación de Marifat es emblemática de la creciente vulnerabilidad que enfrentan los niños trabajadores en general, y las niñas trabajadoras en particular, en el clima actual de crisis económica, desempleo y aumento de la pobreza, dice un nuevo informe de la OIT publicado para el Día Mundial contra el Trabajo Infantil.

El informe sostiene que debido al aumento de la pobreza como consecuencia de la crisis, es posible que las familias pobres con muchos hijos tengan que decidir cuáles niños mantener en la escuela. En las culturas en las cuales se da más valor a la educación de los hijos varones, las niñas corren el riesgo de ser retiradas de la escuela, y por lo tanto, de tener mayores probabilidades de entrar a formar parte de la fuerza de trabajo a temprana edad.

El informe pone en evidencia la importancia de invertir en la educación de las niñas como un medio efectivo de combatir la pobreza, y hace notar que las niñas que reciben educación tienen mayores probabilidades de percibir salarios más altos en su vida adulta, de casarse más tarde, de tener un número menor de hijos y que éstos sean más sanos, y de ejercer un mayor poder de decisión en la familia. Además es más probable que las madres con educación garanticen a su vez la educación de sus hijos, contribuyendo así a evitar el trabajo infantil en el futuro.

*“Niñas trabajadoras migrantes, víctimas de la crisis mundial”*, Ginebra, Redacción de la OIT, Oficina Internacional del Trabajo, 2009.

A diferencia de las cláusulas de flexibilidad y la implementación progresiva contenidas en el Convenio núm. 138, el Convenio núm. 182 de la OIT, que se centra en las peores formas de trabajo infantil, requiere el mismo nivel de implementación de todos los miembros, independientemente del nivel de desarrollo o las circunstancias nacionales. El Convenio enumera los tipos de trabajos que están prohibidos para los niños menores de 18 años, entre los que figuran todas las formas de esclavitud y prácticas similares a la esclavitud; la prostitución y la pornografía o los espectáculos pornográficos; las actividades ilícitas; y el trabajo peligroso. Los Estados Miembros también deben concebir e implementar programas de acción para eliminar, con carácter prioritario, las citadas peores formas de trabajo infantil, y deben establecer o designar mecanismos apropiados para hacer un seguimiento de la implementación del Convenio. Además de los programas de acción, el Convenio núm. 182 insta a los miembros a adoptar

medidas efectivas y sujetas a plazos para prevenir, proteger y eliminar a los niños de las peores formas de trabajo infantil, y a integrarlos socialmente en el sistema educativo básico y gratuito o en la formación profesional.

De acuerdo con la reciente publicación de la OIT [Medir los progresos en la lucha contra el trabajo infantil. Estimaciones y tendencias mundiales 2000-2012](#), 168 millones de niños de entre 5 y 17 años eran trabajadores infantiles en 2012 (aproximadamente 100 millones de niños y 68 millones de niñas). Más de la mitad, 85 millones (55 millones de niños y 30 millones de niñas), realizaban un “trabajo peligroso”. La gran mayoría de los niños trabajadores eran trabajadores familiares no remunerados (68%), seguidos de aquellos con empleo remunerado (21%) y autoempleados (5%).

#### **Recuadro 4.21 Historia de interés humano: vigilar el trabajo infantil peligroso en Tayikistán**

[...] Safar se convirtió en el principal sustento de la familia, cuando su padre se fue a Rusia a trabajar y los abandonó por completo. Esta es la tragedia de muchas familias separadas en Tayikistán, donde se estima que el número de migrantes internacionales se sitúa entre 500.000 y 800.000 personas, en un país con 7 millones de habitantes.

“El 80% de los niños trabajadores provienen de familias monoparentales o de familias en las cuales el padre es un trabajador migrante”, explicó Muhayo Khosabekova, coordinadora nacional del proyecto de la OIT-IPEC financiado por Alemania “*Combatir el trabajo infantil en Asia Central – El compromiso traducido en acción*”.

Si bien la migración laboral de los hombres resulta positiva para la reducción de la pobreza en Tayikistán, tiene un grave impacto en términos del número de niños trabajadores. Debido a la ausencia de los hombres que trabajan en el exterior, los niños deben asumir la responsabilidad del ingreso de la familia.

Aún con su salario miserable, Safar mantiene su trabajo. No hay trabajo en las aldeas, y muchos niños rurales como él deben ir a la ciudad en búsqueda de trabajo. Allí son empleados en lugares de trabajo informales para lavar automóviles, transportar, o cargar y descargar mercancías y cajas en los mercados locales, trabajan como chóferes de autobuses, y realizan cualquier otro tipo de trabajo secundario.

En la actualidad es fácil encontrar a estos niños en las calles de Tayikistán. En la ciudad de Khudzhand, cada mañana cientos de ellos se presentan en un mercado informal del trabajo cerca del bazar local listos a aceptar cualquier trabajo. Para muchos niños ésta es la única manera de ganarse la vida, y para sus empleadores adultos son sólo una fuerza de trabajo a bajo costo. “He estado parado aquí desde hace días y apenas he ganado el dinero suficiente para comprar comida, y aún tengo que pagar el albergue”, contó inconforme Ibrahim de 13 años, un porteador de camiones.

Las condiciones de trabajo peligrosas, trabajo exigente desde el punto de vista físico, descanso inadecuado, malnutrición, condiciones de trabajo insalubres, afectan de manera inevitable la salud los niños. De acuerdo con OIT-IPEC, el peso diario cargado por un niño puede alcanzar 800 kg [...].

“Vigilar el trabajo infantil peligroso en Tayikistán”, Ginebra, Redacción de la OIT, Oficina Internacional del Trabajo, 2011.

Los hijos de los migrantes (y de los refugiados) suelen ser especialmente vulnerables al “trabajo peligroso” en el sector agrícola, que se caracteriza por una incidencia elevada del trabajo infantil. A nivel mundial, los niños trabajadores de entre 5 y 17 años representan el 59% de la fuerza laboral del sector y suelen ayudar a sus padres a cumplir cuotas que son imposibles de alcanzar para un trabajador sin ayuda. En algunos países, los niños migrantes trabajan para producir mercancías, como por ejemplo, coco y caucho, o para cortar flores. Esto aumenta la importancia de garantizar que el sector agrícola, que a menudo queda excluido de la legislación laboral, sea regulado de manera efectiva. Otro sector clave son los servicios, donde están empleados el 32% de la totalidad de los niños trabajadores, un 7% de los cuales realizan trabajo doméstico.

Es inherentemente difícil aplicar una prohibición del trabajo infantil, y puede ser especialmente difícil en el caso de los niños migrantes. Evidentemente, es incluso más difícil si han sido víctimas de trata o si están indocumentados por cualquier otra causa.

Un Manual para Parlamentarios elaborado por la OIT y la UIP en 2002, [Erradicar las peores formas de trabajo infantil. Guía para implementar el Convenio núm. 182 de la OIT](#) (No. 3), proporciona información y orientación adicionales para la acción parlamentaria en este ámbito.

## 4.5 El derecho a la libre circulación

### 4.5.1 El derecho de salida, el derecho de retorno y la libre circulación dentro de un país

Determinados derechos con respecto a la circulación de personas dentro de los Estados y a través de las fronteras han quedado sólidamente reconocidos en el derecho internacional. Estos derechos son el derecho a circular libremente dentro del país en el que se reside legalmente, la libertad de salir de cualquier Estado, incluido el propio país de origen, y el derecho de regresar al propio país. A menudo, estos derechos han de ser reiterados o reforzados en la legislación nacional y en la práctica; la herencia de restricciones a la circulación nacional e internacional permanece fuertemente arraigada en las leyes de numerosos países.

Estos derechos han sido reconocidos expresamente para todas las personas en la DUDH (artículo 13) y en el ICCPR, que en su artículo 12 dispone que:

1. *Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.*
2. *Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.*
3. *Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.*
4. *Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.*

El Comité de Derechos Humanos, que hace un seguimiento de la aplicación del ICCPR por los Estados Partes, hizo un comentario sobre este artículo en la observación general N° 27 sobre libertad de circulación, aclarando que el término “su propio país” en el artículo 12.4 es un concepto más amplio que el de “país de nacionalidad” y que, por lo tanto, se puede aplicar también a personas que no son nacionales en el país en cuestión, como es el caso de los apátridas y de los no nacionales que son residentes de larga duración.

#### **Recuadro 4.22 El derecho a entrar en el propio país**

*En el texto del párrafo 4 del artículo 12 no se hace diferencia entre nacionales y extranjeros (“nadie”). Así pues, los titulares de ese derecho sólo pueden determinarse interpretando las palabras “su propio país”. El alcance de la expresión “su propio país” es más amplio que el de “país de su nacionalidad”. No se limita a la nacionalidad en el sentido formal, es decir, a la nacionalidad recibida por nacimiento o naturalización; comprende, cuando menos, a la persona que, debido a vínculos especiales o a pretensiones en relación con un país determinado, no puede ser considerada como un simple extranjero. Este sería el caso, por ejemplo, de los nacionales de un país que hubieran sido privados en él de su nacionalidad en violación del derecho internacional y de las personas cuyo país se haya incorporado o transferido a otra entidad nacional cuya nacionalidad se les deniega. El texto del párrafo 4 del artículo 12 permite una interpretación más amplia que podría abarcar otras categorías de residentes a largo plazo, en particular, pero no exclusivamente, los apátridas privados arbitrariamente del derecho a adquirir la nacionalidad del país de residencia. Como es posible que otros factores, en ciertas circunstancias, puedan traducirse en el establecimiento de vínculos estrechos y duraderos entre una persona y un país, los Estados Partes deben incluir en sus informes datos sobre el derecho de los residentes permanentes a regresar a su país de residencia.*

Los derechos de salir de cualquier país y de regresar al país propio también se reconocen expresamente en el artículo 8 de la ICRMW, que se inscribe en la Parte III de la ICRMW y que, por lo tanto, se aplica a todos los trabajadores migrantes y sus familiares, incluidos los que están en situación irregular:

1. *Los trabajadores migratorios y sus familiares podrán salir libremente de cualquier Estado, incluido su Estado de origen. Ese derecho no estará sometido a restricción alguna, salvo las que sean establecidas por ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades ajenos y sean compatibles con otros derechos reconocidos en la presente parte de la Convención.*
2. *Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a regresar en cualquier momento a su Estado de origen y permanecer en él.*

Estos derechos se reiteran en disposiciones regionales de derechos humanos, como el artículo 2 del [Protocolo N° 4, 1963](#) del [CEDH, 1950](#), los artículos 12.1 y 2 de la [Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981](#) y el artículo 22 de la [CADH, 1969](#). La relevancia de estos derechos ha sido ilustrada acertadamente en el [Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana](#), en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencia del 28 de agosto de 2014, Serie C No. 282, párr. 389), dictaminó, entre otros asuntos, que la República Dominicana había vulnerado el derecho de libre circulación dentro del país y el derecho a entrar en el propio país, contemplados en el artículo 22 de la CADH, al destruir los documentos de identidad de los dominicanos de origen haitiano y no admitirlos sin esos documentos oficiales.

#### 4.5.2 La obligación de los Estados de proporcionar protección

En virtud de los principios de soberanía nacional, los Estados conservan la autoridad de regular la inmigración, en concreto mediante la determinación de quién (además de los nacionales) puede entrar, visitar, residir o trabajar en su territorio. Esto engrana con dos prerrogativas soberanas: 1) denegar o restringir el acceso al territorio del Estado; y 2) expulsar a los no nacionales no autorizados a entrar o permanecer en el territorio. Sin embargo, al igual que en otros ámbitos del derecho y de las prácticas del Estado, la regulación de la migración está sujeta a los principios y normas del derecho internacional, en especial en lo que se refiere a las obligaciones en materia de derechos humanos.

Estas obligaciones incluyen la adhesión al principio de no devolución y la presunción de los Estados de que el acceso al territorio debería permitirse a personas que corren el riesgo de ser torturadas o de sufrir otras graves violaciones de los derechos humanos, así como a las personas que necesiten protección internacional por su condición de

refugiados. Existen otras obligaciones correspondientes para garantizar el derecho a la libertad y la seguridad de la persona, un derecho que se pone en tela de juicio cuando los migrantes, especialmente los que están en situación irregular, son objeto de detención administrativa. Estas obligaciones también persiguen prohibir las expulsiones arbitrarias, incluidas las de carácter colectivo, y observar otros derechos humanos, como el derecho a la vida familiar y privada. Las citadas obligaciones limitan claramente la prerrogativa soberana y la discreción de los Estados en estas esferas.

### 4.5.3 La no devolución

De acuerdo con los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, está prohibida la devolución de los no nacionales a un país donde existen motivos fundados para creer que pueden correr un riesgo real de ser sometidos a tortura, o trato o castigo cruel, inhumano o degradante. La [Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 1984](#), contiene una disposición expresa a tal efecto en el artículo 3.1: “*Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura*”. Está ampliamente reconocido que el principio de no devolución constituye una norma del derecho internacional consuetudinario. La prohibición absoluta de la tortura y del trato o castigo cruel, inhumano o degradante que se recoge en el artículo 7 del ICCPR y en el artículo 3 del CEDH han sido interpretados de manera parecida por el Comité de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, respectivamente. Con respecto a los refugiados, el derecho internacional de los refugiados establece una prohibición al regreso de los refugiados a cualquier lugar en el que puedan sufrir persecución, según lo dispuesto en el artículo 33.1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

#### Recuadro 4.23 La aplicación del artículo 3 del CEDH en el caso de expulsión

*Esta claramente establecido por la jurisprudencia del Tribunal que la expulsión por un Estado Contratante puede plantear un problema en virtud del artículo 3 [...], y por lo tanto comprometer la responsabilidad de ese Estado bajo la Convención, cuando hay motivos fundados para creer que la persona en cuestión, en caso de ser expulsada, afrontaría un riesgo real de ser sometido a un trato contrario al artículo 3 [...] en el país de recepción. En estas circunstancias, el artículo 3 [...] implica la obligación de no expulsar a la persona en cuestión a ese país.*

**Chahal c. el Reino Unido** (en inglés), Demanda N° 22414/93, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del 15 de noviembre de 1996, párr. 74.

En un caso relativo a la interceptación por las autoridades italianas de barcos que transportaban refugiados y migrantes en el Mediterráneo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictaminó que las obligaciones del Estado en virtud del artículo 3 del CEDH también son de aplicación fuera del territorio del Estado, siempre que las autoridades concernidas ejerzan el control exclusivo y, por lo tanto, la jurisdicción:

*Quando un Estado, mediante agentes que operan fuera de su territorio, ejerce control y autoridad, y, por lo tanto, su jurisdicción, sobre un individuo, tal Estado tiene obligación, en virtud del artículo 1, de garantizar a este individuo todos los derechos y libertades [...] del Convenio que sean pertinentes en la situación de ese individuo [...].*

*El Tribunal observa que, en el presente asunto, los hechos tuvieron lugar exclusivamente a bordo de barcos de las fuerzas armadas italianas, cuyas tripulaciones estaban compuestas únicamente por personal militar italiano. Según el Tribunal, en el período de tiempo entre el momento en que embarcaron a bordo de los barcos de las fuerzas armadas italianas y en el que fueron entregados a las autoridades libias, los demandantes estuvieron bajo el control continuo y exclusivo, de jure y de facto, de las autoridades italianas.*

Hirsi Jamaa c. Italia, Demanda N° 27765/09, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del 23 de febrero de 2012, párrs. 74 y 81.

#### 4.5.4 La detención de los migrantes y su criminalización

En una serie de países, es mucho más fácil la detención de los migrantes, y también de sus familiares, que la de los nacionales, a veces en condiciones abusivas.

Los migrantes indocumentados, en particular, suelen ser arrestados, detenidos y expulsados sin poder defenderse de acuerdo con las garantías del debido proceso.

El derecho de *todos*, incluidos los migrantes, a la libertad y la seguridad de la persona, y la protección contra el arresto y la detención arbitrarias se describen en los artículos 9 y 10 del ICCPR, que también indica las garantías aplicables con respecto a la detención y el juicio. Muchos de estos derechos son reiterados en los instrumentos regionales de derechos humanos. Dada la situación particular de los trabajadores migrantes, y especialmente de aquellos que están en situación irregular, el artículo 16 de la ICRMW es más específico. El Comité de las Naciones Unidas sobre los Trabajadores Migratorios ha subrayado la importancia de esta disposición con respecto al arresto y detención de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares (véase el Anexo II).

Los mandatos de procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas también han manifestado su preocupación por la detención de migrantes, entre ellos los que están en situación irregular. El Grupo de Trabajo sobre

la Detención Arbitraria ha tratado la detención de migrantes en numerosas ocasiones; Véase, por ejemplo, el [Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria](#), doc. ONU, A/HRC/10/21 (16 de febrero de 2009), párrs. 65 a 68.

En su informe de 2012 al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes también se centró en la detención de los migrantes en situación irregular, presentando a los Estados Miembros de las Naciones Unidas una serie de conclusiones y recomendaciones exhaustivas y detalladas.

#### **Recuadro 4.24 La detención de migrantes en situación irregular**

##### **Conclusiones y recomendaciones del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes**

68. La privación de libertad por motivos relacionados con la migración nunca debe ser obligatoria ni automática. De conformidad con las normas internacionales de derechos humanos, debe imponerse como medida de último recurso, únicamente durante el período más breve posible y cuando no exista una medida menos restrictiva [...].

69. Las razones alegadas por los Estados para justificar la privación de libertad deben estar claramente definidas y enumeradas exhaustivamente en la legislación. Un Estado solo podrá imponer, como medida de último recurso, la privación de la libertad con fines de control de la inmigración en un caso determinado si la persona afectada presenta un riesgo de fuga o representa un peligro para sí misma o para la seguridad pública.

70. La detención administrativa no debe aplicarse como medida punitiva en caso de infracción de las leyes y reglamentos de inmigración, ya que dicha infracción no debe considerarse delito.

71. El Relator Especial exhorta a los Estados a que adopten el enfoque basado en los derechos humanos con respecto a la migración y revisen sus leyes y políticas de internamiento de migrantes velando por que la legislación nacional se ajuste a las normas internacionales de derechos humanos que prohíben la detención arbitraria y los tratos inhumanos.

72. El Relator Especial exhorta a los Estados a que consideren la posibilidad de abolir progresivamente la detención administrativa de los migrantes. Entretanto, los gobiernos deberían adoptar disposiciones para garantizar el respeto de los derechos humanos de los migrantes en el contexto de la privación de libertad, y en particular:

- a) Velar por que las salvaguardias y garantías de procedimiento establecidas por las normas internacionales de derechos humanos y el derecho interno de cada país se apliquen a toda forma de privación de libertad [...].
- b) Velar por que se proporcione a los migrantes privados de libertad información precisa sobre la situación de su caso y sobre su derecho a ponerse en contacto con un representante de su consulado o embajada y con sus familiares [...].

- c) Velar por que la ley fije una duración máxima para la detención en espera de la expulsión y por que en ningún caso la privación de libertad sea indefinida. La privación de libertad debe ser sometida a un examen automático, periódico y judicial en cada caso. Debe ponerse fin a la detención administrativa cuando no pueda ejecutarse la orden de expulsión.
- d) Velar por que los migrantes sometidos a detención administrativa sean alojados en establecimientos públicos destinados específicamente a ese fin o, cuando no sea posible, en instalaciones diferentes de las destinadas a los detenidos por delitos penales. Se debe evitar la utilización de centros de detención privados [...].
- e) Velar por que el [Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión](#) se aplique a todos los migrantes que se encuentren en detención administrativa [...].
- f) Aplicar las [Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos](#) a los migrantes que se encuentran en detención administrativa [...].
- g) Prestar particular atención a la situación de las mujeres privadas de libertad, asegurándose de que están separadas de los hombres y de que sean atendidas y vigiladas exclusivamente por personal femenino a fin de protegerlas de la violencia sexual, y evitar la reclusión de mujeres embarazadas y madres lactantes.
- h) Velar por que la legislación no permita la privación de libertad de los menores no acompañados y por que la privación de libertad de niños solo se permita como medida de último recurso y solo cuando se haya determinado que atiende al interés superior del niño, durante el período más breve que proceda y en condiciones que garanticen la realización de los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño [...].
- i) Velar por que la legislación impida que las personas víctimas de la trata sean perseguidas, detenidas o castigadas por haber ingresado en el país o residido en él de manera ilegal o por las actividades en que participen como consecuencia de su condición de víctimas de la trata [...].
- j) Tener debidamente en cuenta las vulnerabilidades particulares de grupos específicos de migrantes, como las víctimas de la tortura, los migrantes de edad no acompañados, los migrantes con una discapacidad mental o física y los migrantes que viven con el VIH/SIDA [...].
- k) Aplicar a los migrantes apátridas los procedimientos de determinación de la condición de apátrida y reconocer la condición de inmigrantes legales a las personas que hayan sido reconocidas como apátridas.

73. El Relator Especial desea recordar a los gobiernos que las alternativas a la privación de libertad no deben convertirse en alternativas a la puesta en libertad incondicional cuando esta sea posible [...].

74. El Relator Especial alienta a los Estados a que reúnan datos desglosados sobre el número de migrantes en situación de detención administrativa, el número de migrantes objeto de diferentes tipos de medidas no privativas de la libertad y la tasa de cumplimiento de esas medidas, a fin de evaluar su eficacia [...].

**Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau**, Asamblea General de las Naciones Unidas, 20° período de sesiones, doc. ONU, A/HRC/20/24 (2 de abril de 2012).

Los principios expuestos más arriba pueden resumirse de la siguiente manera:

- Los migrantes no deberían ser tratados como delincuentes; los que están en situación irregular han cometido, como mucho, infracciones administrativas y no un delito penal.
- La detención de migrantes solo debería considerarse un último recurso y únicamente con vistas a su expulsión del país.
- Se deberían buscar activamente alternativas a la detención.
- En caso de ser detenidos, los migrantes deberían ser separados de las personas detenidas por causas penales.
- Los migrantes no deberían estar detenidos en prisiones.
- Las familias no deberían ser separadas.
- Los niños nunca deberían ser detenidos. La detención de niños es incompatible con el principio del interés superior del niño.

#### **Recuadro 4.25 Combatir el recurso a la detención de los migrantes: el caso de la Unión Europea y de Venezuela**

##### **Unión Europea**

Casi todos los Parlamentos de los Estados Miembros de la Unión Europea han promulgado medidas legislativas exigiendo a los gobiernos que apliquen medidas que no sean la detención en casos que conciernen a migrantes en situación irregular, siendo la detención únicamente el último recurso. Las alternativas incluyen solicitar a los migrantes que se presenten periódicamente ante las autoridades, que residan en un domicilio concreto y que estén en contacto con un asistente social. Sin embargo, diversos informes indican que son necesarios mayores esfuerzos para implementar plenamente estas leyes.

##### **Venezuela**

Venezuela asumió el compromiso de buscar alternativas similares a la detención en su ley de inmigración de 2004, que fue un paso adelante y prohibió la detención de los migrantes. Según fuentes académicas, Brasil, Perú y Uruguay no tienen por norma detener a migrantes.

## 4.5.5 La protección contra la expulsión arbitraria, incluida la expulsión colectiva

El derecho internacional ha evolucionado gradualmente hacia la prohibición de la expulsión arbitraria, incluyendo la expulsión colectiva. Los instrumentos regionales de derechos humanos en Europa, las Américas y Asia prohíben expresamente la expulsión colectiva. El [Protocolo núm. 4 del CEDH](#) fue el primer instrumento internacional que la prohibió explícitamente, al disponer en su artículo 4: *“Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros”*. En el caso de [Čonka c. Bélgica](#) (en inglés) (Demanda N° 51564/99, sentencia del 5 de febrero de 2002), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reiteró su jurisprudencia anterior al definir la expulsión colectiva como *“cualquier medida que obligue a los extranjeros, como grupo, a abandonar un país, salvo cuando tal medida se adopte sobre la base de un examen razonable y objetivo del caso particular de cada individuo extranjero del grupo”* (párr. 59). Esta cláusula sostiene los derechos humanos en el marco del debido proceso y el trato justo al exigir que las autoridades competentes determinen cada caso individualmente en el supuesto en el que pueden resultar afectados grupos de personas.

La CADH, que ha sido ampliamente ratificada, estipula con claridad en su artículo 22.9 que: *“Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros”*. En el [Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana](#), mencionado anteriormente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencia del 28 de agosto de 2014, Serie C No. 282, párr. 384), consideró que la República Dominicana incumplió el artículo 22.9 al no haber examinado de manera individual, sino colectiva, los casos de tres individuos que fueron expulsados. La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos también incluye una prohibición de la expulsión masiva en el artículo 12.5), aunque expresada de manera ligeramente diferente: *“La expulsión masiva de extranjeros estará prohibida. Expulsión masiva será aquella dirigida a un grupo nacional, racial, étnico o religioso”*. En su intervención como *amicus curiae* en el caso [Hirsi Jamaa c. Italia](#), la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos observó *“como asunto crucial, que toda persona en un grupo de no nacionales interceptado por un buque de guerra en el mar también goza, con su consentimiento o sin él, de la protección contra la entrega a cualquier otro Estado sin una evaluación previa, razonable y objetiva de las circunstancias especiales de ese caso individual en particular. Este debido proceso garantiza que son debidamente considerados todos los motivos aplicables con arreglo al derecho internacional y la legislación nacional que puedan denegar la expulsión de ese individuo en concreto, incluida, pero no limitada a, la prohibición de la devolución”*. [Sin negrita en el original]. (Escrito de *amicus curiae* presentado en nombre de la OACDH en el caso de *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Demanda n° 27765/09, 4 de mayo de 2011).

El artículo 22 de la ICRMW reitera la prohibición de la expulsión colectiva y delinea salvaguardas de procedimiento expresas para proteger los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familiares que sean objeto de expulsión de manera individual. Esta disposición es importante porque va más allá de las previas protecciones conferidas por el derecho internacional de los derechos humanos a los no nacionales en el proceso de expulsión, que fueron limitados a los no nacionales “lícitamente” en el territorio, como se refleja en el artículo 13 del ICCPR:

*El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión aprobada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.*

El texto completo del artículo 22 se reproduce a continuación para facilitar una revisión parlamentaria de las leyes y las prácticas nacionales, y para servir de orientación para las normas legislativas y administrativas.

#### **Recuadro 4.26 La protección contra la expulsión: el artículo 22 de la ICRMW**

- 1. Los trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente.*
- 2. Los trabajadores migratorios y sus familiares sólo podrán ser expulsados del territorio de un Estado Parte en cumplimiento de una decisión aprobada por la autoridad competente conforme a la ley.*
- 3. La decisión les será comunicada en un idioma que puedan entender. Les será comunicada por escrito si lo solicitasen y ello no fuese obligatorio por otro concepto y, salvo en circunstancias excepcionales justificadas por razones de seguridad nacional, se indicarán también los motivos de la decisión. Se informará a los interesados de estos derechos antes de que se pronuncie la decisión o, a más tardar, en ese momento.*
- 4. Salvo cuando una autoridad judicial dicte una decisión definitiva, los interesados tendrán derecho a exponer las razones que les asistan para oponerse a su expulsión, así como a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello. Hasta tanto se haga dicha revisión, tendrán derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión.*
- 5. Cuando una decisión de expulsión ya ejecutada sea ulteriormente revocada, la persona interesada tendrá derecho a reclamar indemnización conforme a la ley, y no se hará valer la decisión anterior para impedir a esa persona que vuelva a ingresar en el Estado de que se trate.*
- 6. En caso de expulsión, el interesado tendrá oportunidad razonable, antes o después de la partida, para arreglar lo concerniente al pago de los salarios y otras prestaciones que se le adeuden y al cumplimiento de sus obligaciones pendientes.*

7. *Sin perjuicio de la ejecución de una decisión de expulsión, el trabajador migratorio o familiar cuyo que sea objeto de ella podrá solicitar autorización de ingreso en un Estado que no sea su Estado de origen.*
8. *Los gastos a que dé lugar el procedimiento de expulsión de un trabajador migratorio o un familiar cuyo no correrán por su cuenta. Podrá exigirsele que pague sus propios gastos de viaje.*
9. *La expulsión del Estado de empleo no menoscabará por sí sola ninguno de los derechos que haya adquirido de conformidad con la legislación de ese Estado un trabajador migratorio o un familiar cuyo, incluido el derecho a recibir los salarios y otras prestaciones que se le adeuden.*

#### 4.5.6 Consecuencias prácticas

Pese a las disposiciones expresas del derecho internacional mencionadas anteriormente, los incidentes de migrantes “empujados de vuelta” a las fronteras terrestres o marítimas y las expulsiones colectivas y arbitrarias de migrantes han ocurrido en casi todas las regiones del mundo en los últimos años. Estos incidentes, y el riesgo de que se repitan, exigen una acción parlamentaria en prácticamente todos los países.

Abordar los derechos de libre circulación y prohibir las expulsiones colectivas exige que los parlamentarios revisen las leyes nacionales existentes. Al revisar la legislación, las normas y las prácticas sobre asilo e inmigración, los parlamentarios deberían prestar especial atención a garantizar que en todos los procedimientos de deportación y expulsión existan las salvaguardas del debido proceso de manera individual, con el objetivo de prevenir situaciones de expulsiones colectivas y arbitrarias.

# Lista de verificación para parlamentarios

## ¿Qué pueden hacer los parlamentarios para defender los principios fundamentales de derechos humanos de los migrantes?

Los parlamentarios tienen que poner toda su atención en la revisión de las leyes, políticas y prácticas existentes y en la defensa de los cambios en las actitudes gubernamentales y sociales, con el propósito de garantizar que los siguientes derechos humanos con respecto a los migrantes son respetados, protegidos y cumplidos.

- ☑ **El reconocimiento efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales** (derechos ESC).
  - Revisar la legislación en áreas como el empleo, la salud, la seguridad social, la vivienda y la educación, y garantizar la protección de los derechos ESC a los migrantes y a los nacionales por igual.
  - Defender las **garantías jurídicas de no discriminación y de igualdad de trato** para todos los migrantes.
  - Evitar denominar “ilegales” a los migrantes en situación irregular, lo que puede servir de justificación al no reconocimiento de los derechos fundamentales, incluidos los derechos ESC, como el derecho a la salud y la educación.
- ☑ **La libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva.**
  - Revisar la legislación sobre los derechos sindicales, que se aplican a todo el mundo y que **están sujetos únicamente a restricciones limitadas**: en relación con las fuerzas armadas y la policía o por los motivos de seguridad nacional, orden público o protección de los derechos y libertades de otros.
  - Defender la aplicación en la ley y en la práctica del derecho de todos los **trabajadores migrantes, incluidos los que están en situación irregular, a afiliarse y fundar sindicatos y a negociar colectivamente**, con miras a hacer frente a las condiciones de trabajo deficientes y a los salarios insuficientes, y a prevenir los abusos contra todos los trabajadores en el mercado laboral.
- ☑ **Eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, incluida la trata de personas con fines de trabajo forzoso y explotación laboral.**
  - Reconocer la vulnerabilidad particular de los trabajadores migrantes al trabajo forzoso y a la trata de personas con fines de trabajo forzoso.
  - Garantizar que la legislación laboral nacional se aplica en todos los sectores del empleo, incluidos los **sectores doméstico y agrícola**, en los que los trabajadores migrantes tienen una presencia predominante y en los que corren un riesgo especial de ser víctimas de trabajo forzoso al quedar ocultos del escrutinio público.

- Revisar las leyes y políticas sobre migración, y considerar el apoyo a **canales de migración laboral más apropiados**, especialmente para los trabajadores menos cualificados, lo que ayudaría a prevenir los viajes irregulares entre fronteras (y a reducir el riesgo de ser víctimas de la trata de personas) para trabajar en la economía informal, donde son vulnerables a las distintas formas de trabajo forzoso.

**Derechos de los niños migrantes, incluida la abolición del trabajo forzoso.**

Los niños de los trabajadores migrantes en el país de destino y los niños que se quedan atrás cuando los padres migran para poder atender sus necesidades corren el riesgo de ser víctimas del trabajo infantil, algo que prohíbe el derecho internacional de los derechos humanos y las normas internacionales del trabajo. Por lo tanto, los parlamentarios deberían revisar la legislación correspondiente en materia de trabajo infantil, y defender:

- una edad mínima de admisión al empleo;
- una regulación adecuada de las horas y condiciones de trabajo para los niños y los jóvenes a los que se permite trabajar;
- una atención especial a sectores como la agricultura, donde los niños pueden ser obligados a realizar trabajo “peligroso”;
- multas/sanciones adecuadas para garantizar la implementación de las disposiciones pertinentes.

**Derechos de libre circulación.** Los Estados conservan la potestad soberana de regular la inmigración y, por consiguiente, de restringir el acceso de los no nacionales y de expulsarlos. Sin embargo, tienen que respetar, proteger y satisfacer determinadas obligaciones en materia de derechos humanos. Por ello, los parlamentarios deberían revisar las leyes y políticas de inmigración para asegurar que los siguientes principios y derechos son garantizados con respecto a los migrantes, tanto dentro del país como en la frontera internacional:

- el principio de no devolución;
- el acceso a los procesos de decisión de concesión del asilo;
- el derecho a respetar la vida familiar y privada;
- los derechos a la libertad y la seguridad de la persona, y la protección contra el arresto y la detención arbitrarios, lo que se aplica también a los migrantes en situación irregular, que no deberían ser criminalizados;
- la prohibición de la expulsión arbitraria y colectiva del país.