

**CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN
DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS
Y DE SUS FAMILIARES: ALCANCE Y LIMITACIONES**

*INTERNATIONAL CONVENTION ON THE PROTECTION
OF THE RIGHTS OF ALL MIGRANT WORKERS
AND MEMBERS OF THEIR FAMILIES: ITS SCOPE AND LIMITS*

ENCARNACIÓN LA SPINA*
*Institut Universitari de Drets Humans
Universitat de València*

Fecha de recepción: 7-12-11

Fecha de aceptación: 26-2-12

Resumen: *Tras la entrada en vigor de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares ya existe un tratado internacional en el ámbito de las migraciones y los derechos humanos de más amplio alcance y consideración. Sin embargo, el reconocimiento y la garantía de los derechos de los inmigrantes junto al paradigma de la nacionalidad todavía plantean demasiados desafíos normativos y compatibilidades con el estándar internacional de derechos humanos. Desde el ámbito internacional y nacional, las críticas se han centrado sólo en el escaso número de ratificaciones pero el objetivo de este trabajo es intentar analizar la verdadera causa de su posible fracaso revisando el alcance y las limitaciones existentes en el contenido y titularidad determinado por la Convención.*

Abstract: *After the entry in force of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families already exists one of the most comprehensive international Treaties in the field of migration*

* Este trabajo se inscribe en el marco de la investigación postdoctoral del Programa Vali+D financiado por la Generalitat Valenciana ref. APOSTD 2011/053, del proyecto Consolider Ingenio 2008-00007 "El tiempo de los derechos", financiado por el Ministerio de Educación y del Proyecto I+D+i del Ministerio de Economía y Competitividad *Derechos Humanos, sociedades multiculturales y conflictos*, DER 2012-31771.

and human rights. Despite this, the recognition and guarantee of the migrant's rights and the national paradigm have still represented too many normative challenges and compatibilities with the international minimum standard. From international and national level, the criticism has only focused on the few number of ratifications but the aim of this work tries to analyze the truth leit motiv of its possible failure on reviewing the entail and the limits with regard to the content and the right holders determinated in the ICRMW.

Palabras clave: derechos humanos, inmigración, trabajadores migrantes, limitaciones, CIPDTM

Keywords: human rights, immigration, migrant workers, restrictions, ICRMW

Si bien, habitualmente se ha identificado con relativa facilidad la conversión del inmigrante como uno de los sujetos mayormente excluidos en la pugna por conseguir el reconocimiento y la garantía de los derechos humanos. No por ello, el marco conceptual y jurídico tendente a su protección¹ ha acentuado la necesidad de priorizar el acceso y reconocimiento normativo de sus derechos en base a obligaciones específicas².

Este déficit de prioridades sobre las intersecciones entre derechos humanos e inmigración ha sido un objeto de crítica recurrente desde el marco normativo nacional para la construcción del status jurídico de los extranjeros en su dimensión de inmigrantes o refugiados³. En cambio, dicha unanimidad ha revertido indirectamente en un debate en cierto modo más sosegado respecto a las posibles limitaciones derivadas de la propia configuración internacional de los derechos de las personas migrantes en el marco normativo de Naciones Unidas⁴. Una permisividad abiertamente cuestionable tratándose

¹ P. DE GUCHTENEIRE; A. PÉCOUD, "La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de los trabajadores migrantes. Obstáculos, oportunidades y perspectivas", *Migraciones*, núm. 24, 2008, pp. 9-55, esp. p. 11 "la concesión de derechos a los migrantes no se consideran una prioridad".

² J.H. CARENS, "Who should get in? The Ethics of Immigration admissions", *Ethics and international affairs*, núm. 17, vol. 1, 2003, pp. 95-110.

³ Entre otros vid. los trabajos de A. SOLANES CORELLA, "Un balance tras 25 años de leyes de extranjería en España: 1985-2010", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 90, 2010, pp. 77-101; Id., "Un decálogo sobre la crisis del asilo en España", *Sistema*, núm. 218, 2010, pp. 103-122 y Id., "¿Cómo gestionar los flujos migratorios para potenciar la inmigración legal? Un análisis jurídico desde España", *Migraciones internacionales*, vol. 4, núm. 4, 2008, pp. 136-172.

⁴ R. DE ASÍS ROIG, "Sobre la participación política de los inmigrantes" en J. DE LUCAS MARTÍN; SOLANES A. (coord.), *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 301-321, esp. p. 301.

de una configuración legal que presume de la universalidad del discurso de los derechos humanos por su solemnidad declarativa y extensiva a todas las personas con independencia de su condición. Todo ello, sin perjuicio de que más bien en la práctica puede o pudiera anticipar o legitimar indirectamente la posible exclusión de que son objeto algunos sujetos⁵.

A tal propósito, este trabajo trata de reconsiderar algunas limitaciones en la categorización convencional de los derechos de los inmigrantes. De un lado, se desarrolla una sintética reubicación de los inmigrantes en los procesos de la teoría general de los derechos, por medio de una matización de la vinculación entre los procesos de especificación y los derechos de los inmigrantes. Y, de otro lado, tras este desarrollo se analizan las limitaciones que presenta la Convención internacional de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares⁶ como al instrumento de mayor alcance hasta la fecha en materia de migraciones y derechos humanos. Esto es, una ansiada y necesaria configuración internacional que desde su entrada en vigor y su previa negociación está llamada a trazar importantes concreciones normativas sobre los derechos de los inmigrantes o cuanto menos visibilizar la superación de fases en la evolución de los derechos de los migrantes, como incuestionables derechos humanos.

I. (RE)UBICANDO LOS INMIGRANTES EN LA TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Una rápida aproximación teórica en lo tocante a la evolución de los derechos humanos desde el proceso de positivación, generalización, internacionalización y especificación⁷ permite comprobar como afirma De Lucas

⁵ A. SOLANES CORELLA, "Inmigración y Derechos Humanos", en *Mediterráneo económico. Procesos migratorios, economía y persona*, Instituto de Estudios socioeconómicos de CajaMar, Murcia, 2002, pp. 105-118, esp. p. 106. J. DE LUCAS MARTÍN, "Derechos humanos e inmigración" en R. DE ASÍS ROIG (coord.), *Los desafíos de los derechos humanos hoy*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 219-239, esp. p. 219

⁶ Convención internacional de protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares ha sido aprobado por A/RES/45/158 de 18 de diciembre de 1990 y entrado en vigor el 1 de julio de 2003. Vid. J. LÖNNROTH, "The International Convention on the rights of all migrant workers and members of their families in the context of International Migration Policies: an analysis of ten years of negotiation", *International migration review*, núm. 25, vol. 4, 1991, pp. 710-736.

⁷ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ *et. al*, *Curso de derechos fundamentales I Teoría general*, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1991, esp. p. 154-156.

que la relación entre derechos humanos e inmigración rebasa largamente el marco concreto de los derechos de los “grupos vulnerables” y por ende una posible manifestación *stricto sensu* del proceso de especificación de sus derechos⁸. Ello es así, porque los derechos humanos en el contexto migratorio, en cierto modo, constituyen un símbolo del estado actual de la evolución de los mismos, y no meramente una clara etapa en su proceso de positivación/especificación como ocurre con otros grupos sociales por varias razones de partida. De un lado, porque adolece de una referencia expresa o modélica equiparable a otros colectivos en el plano teórico y de otro lado porque no se produce una ruptura o superación de la consideración de un destinatario genérico ante la persistencia del vínculo nacional.

El proceso de especificación es un proceso históricamente contingente, en el que gradualmente han ido entrando nuevas categorías de personas, dependiendo tanto de experiencias prácticas concretas como por la emergencia de alcanzar nuevos consensos normativos en torno al contenido de los derechos humanos. Sin duda, merece la consideración de un estadio de evolución de los derechos humanos porque deja constancia de la insuficiencia de los niveles alcanzados en la realización de los derechos humanos con respecto a determinados colectivos o la existencia de colectivos marginados en el disfrute de los derechos. Una insuficiencia que no puede ser resuelta desde un perfil de *homo iuridicus* sino por la determinación de la concurrencia de circunstancias o situaciones con el propósito de colmar así las lagunas y ausencias de anteriores procesos respecto a estos sujetos. Entre otras, como sostiene Peces Barba, aquéllas que pueden derivarse de una condición social o cultural de personas que se encuentran en situación de inferioridad en las relaciones sociales y que necesitan una protección especial, una garantía o una promoción para superar la discriminación, el desequilibrio o la desigualdad. O bien, atender a condiciones generales y especiales de personas que por alguna razón se encuentran en una situación de inferioridad en las relaciones sociales así como la situación que ocupan las personas en unas determinadas relaciones sociales. En definitiva, considerar la construcción de estatus sociales que por razones culturales, físicas o psicológicas llevan supuesta una debilidad o vulnerabilidad que el Derecho intenta paliar o corregir o que llanamente suponen un elemento diferenciador respecto a los modelos genéricos de destinatarios de los derechos fundamentales⁹.

⁸ J. DE LUCAS MARTÍN, *Derechos humanos e inmigración*, cit., esp. p. 219.

⁹ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al.*, *Curso de derechos fundamentales*, cit., esp. p. 155.

Desde un plano terminológico el *iter* de especificación, atendiendo a sus posibles variantes de titularidad y contenidos, ha sido igualmente debatido admitiendo ciertas matizaciones. Respecto a su propia definición, Bobbio¹⁰ ha desaconsejado la oportunidad de la especificación como tal, optando por referirse a ella como “el paso gradual, pero cada vez más acentuado hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de derechos”. O bien, en perspectiva sinonímica se ha referido al mismo en términos de un proceso de concreción, entendido no sólo como la selección de acuerdo a circunstancias o condiciones, sino incluso la matización de lo ya existente en base a la aportación de nuevos elementos con vistas a enriquecer y completar lo anterior. En cierto modo, una enumeración sinonímica: la especificación, la graduación, la determinación, la acentuación, la categorización¹¹ seguida por la matización o la concreción marcada por la firme voluntad de conseguir que estos derechos se prediquen y garanticen con carácter general respecto a todas las personas integrando los grupos vulnerables o los colectivos excluidos¹². Es decir, pautando el tránsito de la idea de los destinatarios genéricos, como apunta Peces-Barba, “los hombres y ciudadanos envueltos en el paradigma de la nacionalidad”¹³ a las personas situadas en función de las circunstancias y condiciones que proyectan. Así, la expresión “grupos vulnerables” ha cobrado fuerza como contrapunto del “destinatario genérico” en esta fase, si bien tiende en exceso a homogeneizar las situaciones de inferioridad o marginación en las estructuras y relaciones sociales, por más que haya sido justamente criticada tanto por sus connotaciones negativas (al implicar un estado de inferioridad inherente a los sujetos) como por su inexactitud fáctica (al asumir que toda persona perteneciente a uno de estos grupos se encuentra

¹⁰ Vid. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990 (traducción castellana de Rafael de Asís Roig, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991, pp. 109 ss).

¹¹ S. SAROLÉA, *Droits de l'homme et migrations. De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, Collection du centre des Droits de l'Homme de l'Université Catholique de Louvain, Bruylant, Bruxelles, 2006, esp. p. 54.

¹² M.A. RAMIRO AVILÉS, P. CUENCA GÓMEZ (eds.), *Los derechos humanos: la utopía de los excluidos*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 9-38.

¹³ Sobre el paradigma de la nacionalidad presente en la construcción de los derechos vid. R. DE ASÍS ROIG: “Hacia una nueva generalización de los derechos. Un intento de hacer coherente a la teoría de los derechos” en I. CAMPOY CERVERA (coord.), *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*. Dykinson, Madrid, 2008, p. 38-58, esp. p. 51, “la Teoría de los derechos al uso se muestran como teorías incoherentes cuando se proyectan en cuestiones como la de los derechos de los inmigrantes o la de los derechos de los extranjeros en general”.

en situación de vulnerabilidad permanente). En cualquier caso, es preferible un uso más ajustado indicando que están sujetos a violaciones de derechos fundamentales y situaciones de vulneración, exclusión y discriminación no necesariamente coincidentes.

Ahora bien, la concurrencia de tal estado circunstancial y condicionado ha tratado de visibilizar una mayor situación de inferioridad preeminente respecto a los derechos de la mujer y por analogía de los "emigrantes" obviando que la proyección en el segundo caso pueda o pudiera ser impuesta en base a un criterio selectivo del Estado. Por tanto, esta reubicación de los inmigrantes en la teoría de los derechos siendo más compleja dadas sus implicaciones jurídico-políticas ha podido soslayar o legitimar varios matices relacionados especialmente con la justificación de la elección normativa, en una tendencia simplista tanto respecto a ciertas circunstancias consideradas, entre otras la de trabajador-huésped o padre de familia como aquéllas que sólo intentaban enfatizar la presencia de inmigrantes "sans-papiers"¹⁴. Es decir, parafraseando Sassen, dos figuras claves en el reordenamiento de la ciudadanía, lo que la autora llama el no autorizado pero reconocido, referido al *sans-papiers* y el autorizado pero no reconocido¹⁵, referido en este caso a quienes no alcanzan la residencia cualificada, pese a su regularidad.

Así, de un lado, la evolución del reconocimiento de los derechos humanos en estas tres fases progresivas se transmuta como advierte Ara Pinilla para las personas migrantes en una "manifiesta regresión al estadio de una positivación excluyente", con la consiguiente involución o regresividad de fases más *in fieri* para ciertos sujetos. Una regresión que en el caso de los derechos de los inmigrantes se convierte en agravante por la forzada convivencia con un estatus personal de acceso a los derechos nítidamente diferenciado según las competencias discrecionales de los Estados¹⁶. Los inmigrantes y sus derechos presentan una discriminación diferente y un cierto sentido anterior a otros colectivos vulnerables porque como bien sostiene el mismo autor no se sitúa exclusivamente en el nivel de realización de los derechos, sino también sobre todo en el reconocimiento de su titularidad y su posterior exclusión de determinados derechos fundamentales. De este modo, se insti-

¹⁴ E. BALIBAR, *Race, nation, classe*, L'Harmattan, Paris, 1992, p. 105.

¹⁵ Vid. S. SASSEN, *Contrageografías de la globalización. Género y ciudadanía en los circuitos transfronterizos*, Traficantes de sueños, Mapas, Madrid, 2003, esp. p. 87.

¹⁶ I. ARA PINILLA, "La categorización conceptual de los derechos de los inmigrantes" en L. MIRAUT MARTÍN, *Justicia, migración y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 113-126, esp. p. 114.

tucionaliza el disfrute privilegiado de ciertos derechos que vienen a romper su propia consideración como derechos universales, unos derechos de incuestionable exigencia frente a los demás¹⁷. Mientras que los otros colectivos reciben una discriminación interna y no selectiva del propio ejercicio pese a ser muchas las dificultades para poder disfrutar efectivamente de los derechos que se les reconocen. Así sobre esta base, no es posible afirmar que ocurre lo mismo con las situaciones de inferioridad de los inmigrantes pues al igual que las mujeres resulta inevitable gradualmente impedir o contrarrestar la concurrencia de múltiples barreras o fronteras jurídico-sociales con disímil intensidad y motivación u origen¹⁸.

De otro lado, hablar de derechos de grupos específicos no supone por lo tanto hablar de derechos *especiales*. Por el contrario, implica la especificación de derechos humanos de predicación universal, para concretarlos en situaciones en las que las personas pertenecientes a tales grupos se encuentren. De ahí que el reconocimiento de derechos a grupos específicos a través de un instrumento internacional o de cualquier otro ámbito supone asimismo la posibilidad o incluso la necesidad de adoptar medidas especiales de protección o de promoción (medidas afirmativas) a favor de estos grupos, con el objetivo de contribuir a la eliminación de las barreras estructurales: sociales, jurídicas, institucionales o incluso físicas que les impiden gozar de una igualdad sustantiva en relación con otros sectores de la población.

Por ello, atendiendo a ambos considerandos, en el caso de los inmigrantes y sus derechos, a diferencia de posibles paralelismos con las mujeres fruto de una aproximación teórico-expositiva, el ápice integrador y correctivo del proceso de especificación no resulta tan operativo o no lo es bajo las mismas coordenadas. La situación de inferioridad supuesta para los inmigrantes es creada por el Derecho (de extranjería y también convencional como analizaré a continuación) en la medida en que no se intenta paliar o corregir sino más bien el afán radica en perpetuar diferencias para fundamentar su propia existencia. No en vano, como sostiene De Asís, en el caso concreto de los inmigrantes se debería hablar más bien de la necesidad de “un nuevo proceso de generalización de derechos fundamentales dado que en su origen estaban tales derechos realmente garantizados para una minoría privilegia-

¹⁷ M.A. RAMIRO AVILÉS, P. CUENCA GÓMEZ (eds.), *Los derechos humanos: la utopía de los excluidos*, cit., esp. p. 34.

¹⁸ I. ARA PINILLA, *La categorización conceptual de los derechos de los inmigrantes*, cit., esp. p. 116.

da de la sociedad”¹⁹ de la que tampoco participaban los extranjeros como no ciudadanos.

Si el proceso de generalización promueve el intento de compaginar la idea de igualdad formal con la universalidad por medio de la satisfacción de los derechos a todos los sujetos y la ampliación del catálogo de derechos²⁰. En cambio, el proceso de especificación supone en lo básico el reconocimiento de derechos a sujetos y colectivos concretos, implicando una idea de igualdad material o diferenciación positiva. Se trata de proteger a ciertos individuos y colectivos que se encuentran en una situación especial por medio del reconocimiento de derechos específicos. En este caso, la lógica de “especificar” mantiene la idea de universalidad compatible en términos de generalización, una especie de suma pero no resta de objetivos en el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales que se acompaña con la compensación de supuestas situaciones de desventaja. De ahí que, es posible concluir que esta máxima se ve cumplida en la medida en que implica a todas las personas mayores, a todas las mujeres, a todos los discapacitados pero no se puede decir lo mismo de todos los inmigrantes, pues la totalidad no es de todos los que son o podrían/ deberían ser²¹.

En estos procesos considerados como un *continuum* aún quedan últimas “jaulas de hierro”²² aquellas que derivan y se sustentan por el mantenimiento del vínculo entre el reconocimiento modulado de muchos derechos fundamentales (huelga, sindicación, políticos y sobre todo sociales) y la nacionalidad formal, con la consiguiente exclusión o al menos la limitación del reconocimiento de derechos en términos de igualdad, para los extranjeros en su dimensión de inmigrantes. En consecuencia, en mi opinión, ello exige o exigía una necesaria y mayor matización de la vinculación entre especificación y derechos de los inmigrantes en el ámbito internacional, como plausible motor de cambio, pues la distinción entre nacionales y extranjeros así como

¹⁹ R. DE ASÍS ROIG, *Sobre la participación política de los inmigrantes*, cit., esp. p. 253. Vid. I. ARA PINILLA, *La categorización conceptual de los derechos de los inmigrantes*, cit., esp. p. 117.

²⁰ R. DE ASÍS ROIG, *Hacia una nueva generalización de los derechos. Un intento de hacer coherente a la teoría de los derechos*, cit., esp. p. 37.

²¹ MIGREUROP, *Atlas des migrants en Europe. Géographie critique des politiques migratoires*, Armand Colin, Paris, 2009, p. 19, “autant dire que la plus grande partie des migrants du monde ne sont pas protégés par les dispositions de la convention. La sélection sur des critères économiques aboutit à une hiérarchisation des migrants en fonction de leur valeur, alors qu’un instrument tel que la convention prévoit l’octroi des droits à tous les migrants quelle que soit leur utilité.”

²² J. DE LUCAS MARTÍN, *Derechos humanos e inmigración*, cit., esp. p. 219.

las subcategorías correlacionadas difícilmente puede considerarse como un proceso de especificación o generalización operativo para todas las situaciones de inferioridad máxime aquéllas institucionalizadas.

II. LA PROYECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS INMIGRANTES EN EL ESTÁNDAR INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

El denominado proceso de especificación de los derechos según Peces Barba se integra en la evolución de los derechos fundamentales en cuanto a los titulares y al contenido. La combinación de ambos parámetros al hablar de derechos de los inmigrantes puede parecer un contrasentido, porque en el fondo lo que se reclama con ellos es una apelación a la igualdad en los derechos respecto a los nacionales. En este caso y desde un afán más provocativo, el discurso de las limitaciones obliga a una especie de test sobre la coherencia²³ de la concepción del inmigrante, los derechos humanos y la voluntad política de tomarlos en serio desde el marco de la Convención internacional de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares²⁴. Tal y como se ha apuntado anteriormente, si es y ha sido matizable reubicar los inmigrantes entre el proceso de concreción y generalización, la sensación de encontrarse desnortado es más significativa aunque menos reconocida en la configuración internacional de sus derechos dada la tensión entre soberanía estatal y derechos humanos. La Convención tanto en sus gestación como tras entrada en vigor, pese a su reivindicada óptica complementaria, implica como sostiene Nafziger²⁵, apoyar la proyección del contenido de los derechos y los titulares sobre cuatro relaciones: a) La superposición de derechos existentes; b) La extensión de los derechos existentes; c) La creación

²³ T.A. ALEINIKOFF, "International legal Norms on migration: substance without architecture", en R. CHOLEWINSKI; R. PERRUCHOUD Y E. MACDONALD, *International migration law. Developing paradigms and key challenges*, TMC Asser Press, The Hague, 2007, pp. 467-479, esp. p. 479. "legal norms and principles relating to international migration are both broad in scope and many in number, but they form no coherent regime. Moreover it is not obvious that they either can or should. Both would be of considerable help in providing some much needed architecture to the substance of international migration law".

²⁴ I. CAMÓS VICTORIA; E. ROJO TORRECILLA, "La convención internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y de sus familias", *Migraciones*, núm. 16, 2004, pp. 7-40.

²⁵ J.A.R. NAFZIGER; B.C. BARTEL, "The migrant workers Convention: Its place in Human rights Law", *International Migration Review*, núm. 25, vol. 4, 1991, pp. 771-788, esp. p. 775 por ejemplo respecto al artículo 43 no incluye la protección de un standard adecuado de vida.

de nuevos derechos (artículo 33, 25.3, 42, 21, 22 a 36) y d) La limitación de los derechos existentes.

Antes de considerar la primera relación y *a posteriori* abordar las siguientes es imperativo recordar la concurrencia de algunos principios vertebradores del denominado derecho internacional de los derechos humanos que no decaen ante un contexto migratorio²⁶:

1. El principio *pro homine* (*pro personae*), en cuanto criterio hermenéutico que exige aplicar la norma más amplia, la de interpretación más extensiva, “siempre a favor de la persona” debiendo justificarse las restricciones y no a la inversa.
2. El principio de no discriminación: reconociendo la no posibilidad de efectuar una distinción restricción o negación en el reconocimiento y ejercicio de un derecho humano con base en los denominados “motivos prohibidos” o “categorías sospechosas” como la raza, el origen étnico o nacional, la edad, el sexo, la condición económica, etc.

Así, respecto a la primera relación de superposición, cabe tener en cuenta que la Convención persigue o perseguía un objetivo de refuerzo en el plano universal a toda una serie de disposiciones aprobadas en los principales tratados de derechos humanos auspiciados por la Organización. Por citar sólo algunos ejemplos de los derechos que se consagran en estos instrumentos internacionales y que deberían ser respetados y garantizados por los Estados parte podemos aludir a la Declaración Universal de Derechos Humanos. Así en su artículo 2 señala que toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. El artículo 7 proclama la igualdad ante la ley y protección contra la discriminación, mientras que el 8 alude a la tutela judicial efectiva. El artículo 30 limita la posibilidad de las interpretaciones restrictivas “nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendentes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”.

²⁶ Cfr. G. DE VERGOTTINI, “Jornadas con motivo del 60 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Ponencia inaugural”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 11/1, 2008, pp. 17-38; R. CANOSA, “Igualdad y discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 11/1, 2008, pp. 39-66.

Si bien el alcance y la concurrencia de tales principios junto a la universalidad de los derechos humanos son significativos, los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares no han sido o pueden no ser debidamente reconocidos por lo que requieren una protección internacional específica y apropiada. Una protección más bien complementaria en la medida en que la Convención reconoce instrumentos internacionales de derechos humanos tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en especial los artículos 23 y 24 que se refieren a los derechos de la familia y los niños, respectivamente) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que concuerdan con diversas resoluciones e instrumentos especializados, por ejemplo, sobre el bienestar del niño, corroborando así la no creación de nuevos derechos, sino simplemente un nexo de unión entre el trabajador migrante y los derechos humanos reconocidos, como un contexto que no cambia pero sí transforma el producto final, léase la universalidad de los derechos humanos.

Sólo en lo tocante a las limitaciones en la titularidad de ciertos derechos se aprecia la contención del ámbito de aplicación personal de vocación universal: en concreto, de los derechos de participación política y de acceso a la función pública. Básicamente, en la línea modulada por el artículo 21 de la Declaración universal de Derechos Humanos que establece “toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, de forma directa o por medio de representantes libremente escogidos. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país” mientras que el artículo 25 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos considera titular de estos derechos a todos los ciudadanos, una condición derivada de la nacionalidad y no de la situación administrativa o la residencia.

Por lo tanto, sí es posible replantearse varios aspectos catalogables más bien como limitaciones a la hora de poder valorar el alcance convencional de las relaciones recogidas por Nafziger en los instrumentos jurídicos de la Carta internacional de Derechos Humanos. Esto es, los derechos que formarían parte de este reconocimiento igualitario, si sería posible contestar en parámetros de totalidad. O bien, si todos son igualmente titulares exclusivamente en el *nomen iuris* convencional por lo que medidas de equiparación y diferenciación, por medio de la extensión explícita de derechos para los trabajadores migrantes y de sus familiares, permitirían salvar situaciones de vulnerabilidad originadas por la ausencia de amparo por parte del Estado de

origen y a las dificultades u obstáculos que encuentran en y por el Estado de empleo²⁷.

III. LIMITACIONES EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES.

Sin duda, el alcance extensivo de la Convención puede ser más cuestionable respecto a la creación de nuevos derechos y en la limitación selectiva de algunos de ellos. Si bien como máxima su diseño normativo debe observar los principios de especificidad y complementariedad, evitando la repetición de contenidos ya incluidos en otros instrumentos, respecto a los derechos de los inmigrantes no puede hablarse de un contexto de dispersión normativa. Más bien de una necesaria mejora para la consecución de un *plus* de promoción y protección que avale la elaboración de un instrumento de este tipo. Por tanto, el aporte creativo de la Convención estriba más en la apelada necesidad específica de protección por medio de la provisión de garantías adicionales sólo para ciertos trabajadores migratorios y sus familiares portadores de una situación administrativa debidamente documentada.

De este modo, ahondando en las limitaciones derivadas del propio *nomen iuris* del instrumento internacional hallamos un desacentuado “paso gradual” en relación a la protección de los derechos humanos de “todos” los inmigrantes, léase los trabajadores migrantes y los familiares. Básicamente por qué el uso/abuso de adjetivaciones o subcategorías acuñadas redundan en perpetuar la posible existencia de una situación anómala. Todo ello, pese a que entre las pretensiones de este instrumento internacional están: incorporar el principio de no discriminación en el reconocimiento de derechos; reconocer los derechos humanos de los trabajadores migrantes no documentados; conceder derechos adicionales de carácter económico, social y cultural a los trabajadores documentados y eliminar los movimientos ilegales²⁸.

²⁷ Entre las importantes cuestiones que la actual Relatora Especial ha tratado en sus informes cabe destacar: la situación de las mujeres migrantes y la violencia contra éstas, los menores no acompañados y la migración no regular (E/CN.4/2002/94), la privación de libertad en el contexto de la gestión de la migración (E/CN.4/2003/85), los derechos humanos de los migrantes que trabajan como empleados domésticos (E/CN.4/2004/76), y el racismo y la discriminación racial contra los migrantes (E/CN.4/2005/85).

²⁸ J. DE LUCAS MARTÍN; C. RAMÓN CHORNET; A. SOLANES CORELLA, *Informe sobre la necesidad y oportunidad de la ratificación por España de la Convención internacional de la or-*

Se retroalimenta así el recurso a situaciones de inferioridad por medio del trato diferenciado y la construcción de una pirámide jurídica convencional que sitúa en su base al inmigrante indocumentado por oposición al que reúne las condiciones legales, impidiendo así al inmigrante, según su situación administrativa, el pleno disfrute de los derechos²⁹. La perversión de esa lógica jurídica y su aproximación resulta confusa pues promueve indirectamente unos derechos específicos en vía premial, por medio de un listado aparte de los que sí se reconocen al conjunto de aquellos que responden a la noción de trabajadores migrantes y familiares deseados³⁰. Una singular especificación normativa que según Nafziger plantea, en base a lo circunstancial, problemas en la interpretación de los derechos por la situación concreta del país receptor y no más bien por razones de satisfacción de necesidades y equiparación de poder³¹.

Una vez más conviene comenzar recordando de nuevo que la Convención no crea derechos nuevos para los inmigrantes, aunque sea cierto que el espíritu que la inspira es de carácter defensivo y económico-utilitarista. De hecho, no lleva a cabo una ruptura con el formalismo ni alcanza máximos respecto a la protección de los derechos de los inmigrantes en situación irregular aunque sea su aparente pretensión³². Por ejemplo, respecto al contenido se postula el principio de no discriminación en el reconocimiento de derechos a los inmigrantes, en base al cual no es posible realizar distinción por nacionalidad que es precisamente el pilar sobre el que se asienta la diferenciación.

Sin embargo, la propia Convención autorregula las limitaciones “salvo cuando en ella se disponga otra cosa” admitiendo así diferencias ex-

ganización de las Naciones Unidas de 1990 sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios, DIM Catalunya, Generalitat Catalana, 2009, esp. p. 9.

²⁹ A. SOLANES CORELLA, *Inmigración y Derechos Humanos*, cit., esp. p. 106.

³⁰ J. DE LUCAS MARTÍN, “El marco jurídico internacional de las migraciones. Algunas consideraciones sobre la protección de los derechos humanos de los inmigrantes: acerca del derecho a ser inmigrante”, F.M. MARIÑO MENÉNDEZ (coord.), *Un mundo sin desarraigo. El Derecho internacional de las Migraciones*, Libros de la Catarata, Madrid, 2006, pp. 29-56. Esto es, los inmigrantes no deseados (familiares y los inmigrantes irregulares que no se ajustan a un determinado perfil, de trabajadores empleados en el mercado formal de trabajo).

³¹ J.A.R. NAFZIGER; B.C. BARTEL, *The migrant workers Convention: Its place in Human rights Law*, cit., esp. p. 787. R. DE ASÍS ROIG, *Hacia una nueva generalización de los derechos. Un intento de hacer coherente a la teoría de los derechos*, cit., esp. p. 51.

³² R. CHOLEWINSKI, “The rights of migrant workers”, in R. CHOLEWINSKI; R. PERRUCHOUD Y E. MACDONALD), *International migration law. Developing paradigms and key challenges*, TMC Asser Press, The Hague, 2007, pp. 467-479, esp. p. 464 plantea la evolución del paradigma de la nacionalidad y la situación administrativa en el ámbito regional europeo.

plícitas entre los distintos derechos de los trabajadores migrantes y de sus familiares. Al efecto, forzando la compatibilidad con su objeto y fin que es el principio de no discriminación, dedica una parte III a los Derechos Humanos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares mientras que en la parte IV se refiere a otros derechos adicionales de los trabajadores migrantes y sus familiares que estén documentados o no se encuentren en situación irregular.

En la tercera parte, no se amplían los derechos dispuestos en los principales tratados internacionales antes mencionados, de ahí que no se pueda considerar realmente que se produzca una concreción del contenido o medidas de promoción efectiva de los derechos sino simplemente una especificación del sujeto migrante como trabajador por cuenta ajena o sus familiares³³. De ahí que aún siendo destacable el carácter internacional “falsamente” universal que persigue la Convención, los derechos que incorpora en buena medida se conciben desde una perspectiva minimalista (en relación a otras disposiciones internacionales) concretándolos en varias ocasiones con carácter facultativo y no imperativo para los Estados. Entre ellos por ejemplo, el derecho a salir de cualquier Estado y a regresar al Estado de origen (artículo 8), derecho a la vida (artículo 9), derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 10), derecho a no ser sometido a esclavitud (artículo 11), derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 12), derecho de opinión (artículo 13), no sometimiento a injerencias arbitrarias o ilegales (artículo 14), derecho a no ser privados arbitrariamente de sus bienes (artículo 15), derecho a la libertad y la seguridad personales (artículo 16), derecho a la protección contra la confiscación no autorizada de documentos (artículo 21), derecho a no ser objeto de expulsión colectiva (artículo 22), derecho a recurrir a la protección de las autoridades consulares o diplomáticas (artículo 23), derecho a recibir atención médica urgente (artículo 28), derecho a tener un nombre, el registro de nacimiento y una nacionalidad (artículo 29), respeto a la identidad cultural de los trabajadores migratorios (artículo 31), derecho a transferir sus ingresos, (artículo 32) (artículo 33) y ahorros, derecho a la obtención de informa-

³³ J. DE LUCAS MARTÍN; C. RAMÓN CHORNET; A. SOLANES CORELLA, *Informe sobre la necesidad y oportunidad de la ratificación por España de la Convención internacional de la organización de las Naciones Unidas de 1990 sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios*, cit., esp. p. 10-11.

ción en un idioma que puedan entender³⁴. Esto es, en cierto modo promoviendo la igualdad en la ley y no la igualdad en derechos en función de la situación administrativa que califica en última instancia la titularidad de ciertos derechos humanos.

³⁴ Vid. Artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 12.2 y 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y artículos 2.2 y 3.2 del Protocolo n° 4 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales.

Vid. Artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, y artículo 2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Vid. Artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 3 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales y artículo 4 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Vid. Artículo 4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 8.1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 4.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales y artículo 5 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Vid. Artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales y artículo 10 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Vid. Artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 19.1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 10 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales y artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Vid. Artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales. Vid. Artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 1 del Protocolo Adicional al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales y artículo 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Vid. Artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 5.1 y 2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales y artículo 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Vid. Artículo 19 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Vid. Artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y artículo 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Vid. Artículo 24.2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y artículo 7 del Convenio de los Derechos del Niño. Vid. Artículo 1.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 1.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y artículo 22 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Mientras que sólo la parte IV de la Convención, en los artículos 38 a 56, concreta exclusivamente y con preceptiva exclusión de sujetos los derechos adicionales de los trabajadores migratorios documentados y sus familiares. Se recogen de modo disímil derechos básicos incuestionables como el derecho a ser informados por el Estado de origen o por el Estado de empleo, según corresponda, de todas las condiciones aplicables a su admisión y, particularmente, de las relativas a su estancia y a las actividades remuneradas que podrán realizar (artículo 36); el derecho a establecer asociaciones y a participar en asuntos políticos (artículos 40 a 42); la igualdad de oportunidades y trato en lo que respecta a diversas cuestiones económicas y sociales (artículos 43 y 45); el derecho a la reagrupación familiar (artículo 44); la libre elección de empleo, con sujeción a ciertas restricciones y condiciones (artículo 52); los trabajadores migrantes gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en el ejercicio de la actividad remunerada, así como en relación con: la protección contra los despidos; las prestaciones de desempleo; el acceso a los programas de obras públicas destinados a combatir el desempleo hasta el acceso a otro empleo en caso de quedar sin trabajo o darse término a otra actividad remunerada (artículo 54). Y, por último, un apunte más innovador y garantista aunque exclusivo para los trabajadores migrantes y sus familiares en situación regular (artículo 56, parte IV) estableciendo que los trabajadores migrantes y sus familias en situación regular gozan de un considerable número de derechos en cuanto al procedimiento en caso de expulsión. Así como la previsión explícita de que un Estado pese a su competencia discrecional no podrá expulsar a un trabajador migrante o a sus familias “salvo por razones definidas en la legislación nacional de ese Estado” y en ningún caso “como medio de privar a un trabajador migrante o a un familiar suyo de los derechos emanados de la autorización de residencia y del permiso de trabajo”.

De nuevo, es posible concluir que la mayoría de los derechos que se recogen con independencia de la ubicación reiteran lo ya establecido también en Convenios y Recomendaciones de la OIT, la Carta Social Europea y el Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del trabajador migrante. Obviamente esta categorización de derechos, en cierto modo “irreverente” con la tesis de la indivisibilidad de los derechos humanos auspiciada por la Convención internacional de protección de derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares parafraseando a Peces Barba no es conscientemente una aportación de nuevos elementos que enriquecen y completan lo anterior. Más

bien se construye como un recordatorio de elementos contenidos en instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos en un contexto migratorio que estandariza las diferencias desde el prisma de la regularidad administrativa o la vía de entrada ordinaria escogida. En definitiva, persigue una lógica contraria a la especificación o la tendencia de que los derechos cada vez se encuentren más al alcance de los sujetos a los que van dirigidos y no a quiénes deberían ir dirigidos. O desde otro ángulo impide un proceso de selección y matización óptimo para que tales derechos adquieran una mayor vinculación con su objeto y finalidad promoviendo la búsqueda de contenidos más adecuados a las necesidades reales de los primeros.

Por este motivo, como herramienta eficaz extraña el marco conceptual de la Convención por la falta de reconocimiento al inmigrante de su propia titularidad, en la medida en que en otras palabras, según Bosniak³⁵ constituye una clara “institucionalización-sanción” de un segundo o tercer status para los inmigrantes no documentados y temporales, así como las olvidadas trabajadoras domésticas³⁶. Si bien, tal y como con acierto advierte Ferrajoli³⁷, “el Derecho Internacional parece ir apuntando en la dirección correcta” como la auténtica norma básica, por encima de las fronteras en defensa de los derechos fundamentales, inviolables, naturales e inalienables. Ello, no parece ser predicable de la Convención porque como recuerda Bobbio no es oportuno usar fórmulas persuasivas –“todos”– sin valor teórico creando confusión sobre los derechos y por extensión el sujeto reivindicado y el reconocido³⁸. No en vano, no todos los inmigrantes se consideran como trabajadores ni cualquier relación es catalogable como familiar. Máxime si el artículo 5 establece la distinción fundamental entre trabajadores migratorios documentados o en situación regular y sus familiares, aquellos que han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de

³⁵ L.S. BOSNIAK, “Human rights, State sovereignty and the protection of undocumented migrants under the International Migrant Workers Convention”, *International Migration Review*, núm. 25, vol. 4, 1991, pp. 737-770, esp. p. 759 “a protection gap therefore exists between the fine rhetoric of international human rights and labour standards and their enjoyment and implementation in practice”.

³⁶ Convenio n. 189 sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos 2011 y Recomendación n. 201 sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos 2011.

³⁷ Vid. L. FERRAJOLI, “El derecho como sistema de garantías”, *Jueces para la Democracia*, núm. 16/17, 1992, pp. 9-13, en concreto p. 11. B. NASCIMBENE, “Le migrazioni tra sovranità dello Stato e tutela dei diritti della persona” in M. CARTA, *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, Teso editore, Roma, 2009, pp. 1-36.

³⁸ Vid. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., part. pp. XVI e XX.

empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte frente a los que no cumplen esas condiciones por ser indocumentados o en situación irregular.

Se utiliza así abiertamente la expresión “todos los trabajadores migratorios” hasta desgastarla en cuanto no es equiparable a todos los inmigrantes. Más bien sólo si éste haya estado o vaya a estar sujeto a una actividad remunerada en un Estado del que no es nacional porque en exclusiva la movilidad por actividad laboral con o sin familias puede acreditar o reconocer al inmigrante como titular de una especial categorización de derechos. La inexistencia de actividad laboral sólo admite en la Convención la excepción de un modelo ideal tipo de familiares determinados de modo amplio y no pacífico³⁹.

En cualquier caso, la consideración o no de los trabajadores migrantes como grupos vulnerables o colectivos excluidos, es otro nuevo contrapunto para la titularidad de los inmigrantes pues a diferencia de otros grupos más genéricos es imposible desligar el inmigrante de su condición de trabajador o abstraerlo del ámbito laboral o en suborden familiar. Si bien a efectos del ordenamiento laboral no debería existir más matiz que la condición de trabajador que la propia Convención dualiza desde el discurso de los derechos humanos para alcanzar o promover la igualdad material entre una construcción jurídico-política de situaciones iguales y al mismo tiempo desiguales. Ese dualismo entre la situación de regularidad e irregularidad de los inmigrantes es un eje central de la ley de extranjería y se presenta erróneamente como un aspecto relevante desde el ámbito laboral cuando es estrictamente administrativo o acorde a la política de admisión. De ahí que sea posible considerar cuestionable la terminología de trabajadores migratorios por apostar por el ámbito laboral como título habilitante para dotar de garantías jurídicas un estatuto jurídico varado en el paradigma de la nacionalidad y no en la residencia. Obviamente, quizás habría sido más políticamente incorrecto usar calificativos tales como inmigrantes en situación administrativa regular o irregular con el propósito de reducir el “todos” a la fórmula de derechos de los inmigrantes o parafraseando la tesis orweliana afirmar explícitamente que “todos los trabajadores migratorios son iguales en base al artículo 7, pero algunos más que otros de conformidad con el artículo 79”⁴⁰.

³⁹ E. LA SPINA, *Familias transnacionales, sociedades multiculturales e integración : España, Italia y Portugal en perspectiva comparada*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 60 y ss.

⁴⁰ Art. 79 de la Convención “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al derecho de cada Estado Parte a establecer los criterios que rijan la admisión de los trabajadores migratorios y de sus familiares”.

Tal déficit en cuanto al contenido y titularidad general de protección de los derechos humanos de los inmigrantes, como señala Aleinikoff plantea una interesante cuestión sobre la viabilidad o coherencia de tales normas y principios en un futuro⁴¹. Se trata de garantizar la posibilidad de ejercitar los derechos desde la regularidad para promover la no irregularidad administrativa. Por ello, es llamativa la insatisfacción de los niveles propuestos como óptimos para la realización general e indiscriminada de los derechos reconocidos. Una lógica de contradicción que no descarta toda propuesta razonablemente escéptica y defensora de una *International Bill of Rights for Migrants* de mayor alcance⁴². Básicamente porque la perpetuación de limitaciones pone en duda si el marco convencional existente en verdad podría contribuir a la creación de una cultura de derechos que anime a la aplicación de las normas existentes bajo parámetros de progresiva y plena igualdad jurídica sin “círculos de exclusión”⁴³ legitimados desde, en y por instancias internacionales llamadas a garantizar su protección.

IV. ALGUNOS CONSIDERANDOS...

El mayor énfasis en las limitaciones convencionales no es incompatible con el aprovechamiento de las posibilidades de mejora en el ámbito interno que ofrecería la ratificación de la Convención internacional sobre Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares o el Convenio OIT 143 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migran-

⁴¹ A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “Contenido jurídico de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990”, *Migraciones*, núm 5, 1999, pp. 121-160.

⁴² Vid. T.A. ALEINIKOFF, *International legal Norms on migration: substance without architecture*, cit., p. 478-479.

⁴³ Varios autores comparten la misma idea, vid. C. TIBURCIO, *The Human Rights of aliens under International and Comparative Law*, Martinus Nijhoff Publishers, London, 2001, p. 118. G. FOURLANOS, *Sovereignty and the ingress of aliens: with special focus on family unity and refugee law*, Almqvist & Wiksell International, Stockholm, 1986. G.S. GOODWIN-GILL, “Migrants rights and manager migration”, en V. CHETAIL, *Mondialisation, migration et droits de l’homme: le droit international en question*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 161-185. V. CHETAI, “Migration, droits et souveraineté” en V. CHETAIL, *Mondialisation, migration et droits de l’homme: le droit international en question*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 13-133.

tes⁴⁴. La ratificación por los principales Estados de recepción es imprescindible como un mayor y necesario desarrollo de la labor del propio Comité. Sin embargo, este trabajo sí tiene como modesta pretensión ahondar en otras razones obviadas y no sólo aquellas que han estancado el debate sobre las carencias de la infraestructura necesaria para aplicar la Convención hasta otras más amplias de índole social, económica y política que explican temores de interferencia con políticas de inmigración, inestabilidad económica y el alto nivel de desempleo que llevan a algunos Estados a dar preferencia a sus nacionales por encima de los trabajadores foráneos.

Concretamente, porque ha sido un éxito indudable reformular los límites de la normativa de extranjería o la reciente jurisprudencia constitucional española⁴⁵, pero no por ello debe prevalecer un sentimiento acrílico sobre las limitaciones que sí admite la categorización convencional de los derechos de todos los inmigrantes y que son pretexto para la inacción en la lucha por los derechos. Unas limitaciones o límites no menores, si advertimos que los titulares del denominado proceso de concreción de los derechos han sido sólo los trabajadores migrantes y sus familiares respecto a un contenido tasado que no difiere motivadamente entre el ejercicio y la atribución de ciertos derechos. La Convención internacional presta mayor atención a determinadas circunstancias concretas conscientemente escogidas y relega otras como contrapartida al temor de pérdida del privilegio de la soberanía de los Estados o la voluntad de posibles ratificaciones. No en vano la finalidad apela a la voluntades y no a las capacidades o responsabilidades internacionales afirmando sin efecto la importancia de “...establecer normas que puedan contribuir a armonizar las actitudes de los Estados mediante la aceptación de los principios fundamentales relativos al tratamiento de los trabajadores migratorios y de sus familiares.”

⁴⁴ J. DE LUCAS MARTÍN; C. RAMÓN CHORNET; A. SOLANES CORELLA, *Informe sobre la necesidad y oportunidad de la ratificación por España de la Convención internacional de la organización de las Naciones unidas de 1990 sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios*, cit., esp. p. 12.

⁴⁵ Vid. entre otras STC 236/2007 de 7 de noviembre 2007, (BOE nº 295 de 10 de diciembre 2007) y su reenvío en las sentencias STC 260/2007 de 20 de diciembre de 2007 (BOE nº 19 de 22 de enero 2008), STC 261/2007 de 20 de diciembre de 2007 (BOE nº 19 de 22 de enero 2008), STC 260/2007 de 20 de diciembre de 2007 (BOE nº 19 de 22 de enero 2008), STC 262/2007 de 20 de diciembre de 2007 (BOE nº 19 de 22 de enero 2008), STC 263/2007 de 20 de diciembre de 2007 (BOE nº 19 de 22 de enero 2008), STC 264/2007 de 20 de diciembre de 2007 (BOE nº 19 de 22 de enero 2008), STC 265/2007 de 20 de diciembre de 2007 (BOE nº 19 de 22 de enero 2008).

Si como afirma Ferrajoli, en el orden constitucional, la ciudadanía es el último status normativo de discriminación, diferencia y privilegio en el campo de los derechos⁴⁶, es posible concluir que respecto a la Convención el último status normativo de discriminación, diferencia y privilegio es la situación administrativa o documental regular que institucionaliza. Siendo así un ejemplo ilustrativo respecto a la construcción “internacional” de limitaciones que califica De Lucas como una “especie de penúltima frontera teórico práctica de los derechos humanos” que son los derechos de los inmigrantes.

Las limitaciones “selectivas” advierten que su reconocimiento pone a prueba la voluntad de universalidad⁴⁷ de los derechos de los inmigrantes porque permite en último término devolverles o no dicha referencia *sine qua non*, una condición inderogable si no se quiere poner en cuestión el individuo como sujeto titular de los derechos. Una percepción negativa que en cambio sí se extrae de la técnica-jurídica convencional en el momento que opta por modificar el término persona por el de trabajador migrante o familia y por fijar categorías merecedoras de amparo. Aunque con ello, se subestimen, si cabe más todavía, los riesgos que implica entender la adicionalidad como compatible con la indivisibilidad, universalidad e interdependencia de los derechos o explícitamente la coherencia de las múltiples paradojas que presenta el carácter extensivo o “líquido” del principio de no discriminación que determina.

BIBLIOGRAFÍA

- T.A. ALEINIKOFF, “International legal Norms on migration: substance without architecture”, in R. CHOLEWINSKI, R. PERRUCHOUD Y E. MACDONALD, *International migration law. Developing paradigms and key challenges*, TMC Asser Press, The Hague, 2007, pp. 467-479.
- A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “Contenido jurídico de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990”, *Migraciones*, núm. 5, 1999, pp. 121-160.

⁴⁶ L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías, la Ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 63.

⁴⁷ J. DE LUCAS MARTÍN, *El desafío de las fronteras. Derechos Humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy Ensayo, Madrid, 1994, esp. p. 33.

- I. ARA PINILLA, "La categorización conceptual de los derechos de los inmigrantes" en L. MIRAUT MARTÍN, *Justicia, migración y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 113-126.
- E. BALIBAR, *Race, nation, classe*, L'Harmattan, Paris, 1992.
- L.S. BOSNIAK, "Human rights, State sovereignty and the protection of undocumented migrants under the International Migrant Workers Convention", *International Migration Review*, núm. 25, vol. 4, 1991, pp. 737-770.
- I. CAMÓS VICTORIA, E. ROJO TORRECILLA, "La convención internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y de sus familias", *Migraciones*, núm. 16, 2004, pp. 7-40.
- R. CANOSA: "Igualdad y no discriminación en el Derecho internacional de los Derechos Humanos", en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 11/1, 2008; pp. 39-66.
- J.H. CARENS, "Who should get in? The Ethics of Immigration admissions", *Ethics and international affairs*, núm. 17, vol. 1, 2003, pp. 95-110.
- V. CHETAİL, "Migration, droits et souveraineté" en V. CHETAİL, *Mondialisation, migration et droits de l'homme: le droit international en question*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 13-133.
- R. CHOLEWINSKI, "The rights of migrant workers", in R. CHOLEWINSKI, R. PERRUCHOUD Y E. MACDONALD, *International migration law. Developing paradigms and key challenges*, TMC Asser Press, The Hague, 2007, pp. 467-479.
- R. DE ASÍS ROIG, "Sobre la participación política de los inmigrantes" en J. DE LUCAS MARTÍN; A. SOLANES CORELLA (coord.), *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 301-321.
- "Hacia una nueva generalización de los derechos. Un intento de hacer coherente a la teoría de los derechos" en I. CAMPOY CERVERA (COORD.), *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 35-58.
- P. DE GUCHTENEIRE Y A. PÉCOUD, "La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de los trabajadores migrantes. Obstáculos, oportunidades y perspectivas", *Migraciones*, núm. 24, 2008, pp. 9-55.
- J. DE LUCAS MARTÍN, C. RAMÓN CHORNET Y A. SOLANES CORELLA, *Informe sobre la necesidad y oportunidad de la ratificación por España de la Convención internacional de la organización de las Naciones unidas de 1990 sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios*, DIM Catalunya, Generalitat Catalana, 2009.
- "Derechos humanos e inmigración" en R. DE ASÍS ROIG (coord.), *Los desafíos de los derechos humanos hoy*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 219-239.
- "El marco jurídico internacional de las migraciones. Algunas consideraciones sobre la protección de los derechos humanos de los inmigrantes: acerca del derecho a ser inmigrante", en F.M. MARIÑO MENÉNDEZ (coord.), *Un mundo*

- sin desarraigo. *El Derecho internacional de las Migraciones*, Libros de la Catarata, Madrid, 2006, pp. 29-56.
- *El desafío de las fronteras. Derechos Humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy Ensayo, Madrid, 1994.
- DE VERGOTTINI, "Jornadas con motivo del 60 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Ponencia inaugural", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 11/1, 2008, pp. 17-38.
- L. FERRAJOLI, "El derecho como sistema de garantías", *Jueces para la Democracia*, núm. 16/17, 1992, pp. 9-13.
- L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías, la Ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.
- G. FOURLANOS, *Sovereignty and the ingress of aliens: with special focus on family unity and refugee law*, Almquist & Wiksell International, Stockholm, 1986.
- G.S. GOODWIN-GILL, "Migrants rights and manager migration", en V. CHETAIL, *Mondialisation, migration et droits de l'homme: le droit international en question*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 161-185.
- E. LA SPINA, *Familias transnacionales, sociedades multiculturales e integración: España, Italia y Portugal en perspectiva comparada*, Dykinson, Madrid, 2011.
- J. LÖNNROTH, "The International Convention on the rights of all migrant workers and members of their families in the context of International Migration Policies: an analysis of ten years of negotiation" *International migration review*, núm. 25, vol. 4, 1991, pp. 710-736.
- MIGREUROPE: *Atlas des migrants en Europe. Géographie critique des politiques migratoires*, Armand Colin, Paris, 2009.
- J.A.R. NAFZIGER Y B.C. BARTEL, "The migrant workers Convention: Its place in Human rights Law", *International Migration Review*, núm. 25, vol. 4, 1991, pp. 771-788.
- B. NASCIBENE, "Le migrazioni tra sovranità dello Stato e tutela dei diritti della persona" in M. CARTA, *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, Tesoro editore, Roma, 2009, pp. 1-36.
- G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, et al., *Curso de derechos fundamentales*, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1991.
- M.A. RAMIRO AVILÉS Y P. CUENCA GÓMEZ, *Los derechos humanos : la utopía de los excluidos*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 9-38.
- S. SAROLÉA, *Droits de l'homme et migrations. De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, Collection du centre des Droits de l'Homme de l'Université Catholique de Louvain, Bruylant, Bruxelles, 2006.
- S. SASSEN, *Contra geografías de la globalización. Género y ciudadanía en los circuitos transfronterizos*, Traficantes de sueños, Mapas, Madrid, 2003.
- A. SOLANES CORELLA, "Un balance tras 25 años de leyes de extranjería en España: 1985-2010", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 90, 2010, pp. 77-101.

- “Un decálogo sobre la crisis del asilo en España”, *Sistema*, núm. 218, 2010, pp. 103-122.
 - “¿Cómo gestionar los flujos migratorios para potenciar la inmigración legal? Un análisis jurídico desde España”, *Migraciones internacionales*, vol. 4, núm. 4, 2008, pp. 136-172.
 - “Inmigración y Derechos Humanos”, en *Mediterráneo económico. Procesos migratorios, economía y persona*, Instituto de Estudios socioeconómicos de CajaMar, Murcia, 2002, pp. 105-118.
- C. TIBURCIO, *The human rights of Aliens under International and Comparative Law*, Martinus Nijhoff Publishers, London, 2001.

ENCARNACIÓN LA SPINA
Institut Universitari de Drets Humans
Universitat de València
Campus dels Tarongers s/n
46071 València (España)
e-mail: encarnacion.laspina@uv.es