

## LOS DERECHOS HUMANOS Y LA INMIGRACIÓN EN EL MARCO DE LAS NACIONES UNIDAS \*

Carlos Villán Durán<sup>1</sup>

### I. INTRODUCCIÓN

Se entiende por trabajador migratorio aquél que realiza una actividad remunerada en un país distinto del de su nacionalidad.<sup>2</sup> Según la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), de 1965 a 2000 el total de migrantes en el mundo pasó de 75 a 175 millones de personas, de manera que uno de cada 30 habitantes en el mundo es un trabajador migratorio. Las proyecciones para el futuro confirman que este total aumentará aún mucho más en los próximos años.<sup>3</sup>

Actualmente el flujo anual es de unos 2,3 millones de personas que, procedentes del Tercer Mundo, huyen de situaciones políticas o económicas adversas en sus países, con la intención de instalarse en países desarrollados del Norte en busca de seguridad política (caso de los demandantes

---

\* Este texto fue publicado en UGT de Castilla y León (edit.). *Inmigración, derechos humanos y relaciones internacionales. Antecedentes, situación actual y perspectivas de futuro*, León, UGT, 2005, pp. 149-180. Se publica con autorización del autor por la trascendencia que tiene con respecto a los temas que se analizaron durante el Seminario Internacional sobre los Derechos Humanos de los Migrantes. Boca del Río, Veracruz, junio de 2005.

<sup>1</sup> El autor es miembro de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Ginebra). Miembro del Instituto Internacional de Derechos Humanos (Estrasburgo). Antiguo Profesor de Derecho Internacional en las Universidades de Oviedo y León. Las opiniones expresadas son de la exclusiva responsabilidad del autor, por lo que no comprometen las de la Organización.

<sup>2</sup> Art. 2.1 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, de 1990.

<sup>3</sup> I.O.M. *World Migration 2003 -Managing Migration: Challenges and Responses for People on the Move*, Geneva, IOM, 2003, pp. 4-5.

de asilo y refugiados políticos) o económica (caso de los trabajadores emigrantes en sentido estricto).

Los grandes países desarrollados del Norte son los que reciben más emigrantes. Así, los Estados Unidos tienen unos 35 millones; Europa alberga 56 millones procedentes de los países del Sur y también del Este europeo (los principales países receptores son Reino Unido, Alemania y Francia). Pero también algunos países del Sur reciben inmigrantes, como es el caso de la India (6,2 millones), Arabia Saudita (5,2 millones) y Pakistán (4,2 millones).

En cuanto a España, la Relatora Especial constató la existencia de 1,4 millones de inmigrantes con permiso de residencia en 2003, incluidos los comunitarios.<sup>4</sup> A ellos se deben añadir los que se encuentran en situación irregular, que según otras estimaciones son unos 800 000.<sup>5</sup> La mayoría de ellos acaban siendo explotados en la economía sumergida, realizando trabajos poco cualificados que los españoles rechazan (sector agrícola, trabajo doméstico, cuidado de mayores y enfermos, construcción, hostelería, etc.). A su vez, la economía sumergida contribuye a la desregulación laboral y al desmantelamiento del Estado del bienestar, objetivos ambos del paradigma ideológico neoliberal que inspira el proceso de mundialización de la economía.

Se trata, pues, de un fenómeno mundial propiciado por la extrema pobreza y las desigualdades económico-sociales crecientes entre el Norte (rico) y el Sur (pobre). Otros factores que alimentan los flujos migratorios son, en los países de *origen*, las violaciones masivas de los derechos humanos producidas en el marco de guerras y conflictos civiles; la inseguridad o la persecución derivadas de la discriminación por motivos de raza, origen étnico, color, religión, idioma u opiniones políticas; y la corrupción generalizada. En cambio, en los países de *acogida*,

<sup>4</sup> Doc. E/CN.4/2004/76/Add.2, de 14 de marzo de 2004 (informe de la visita a España de la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la cuestión de los trabajadores migrantes Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro), p. 6, párr. 8. El Gobierno admitió a finales de 2003 que los extranjeros en España eran unos 1,6 millones, incluidos los comunitarios (*vid.* doc. E/CN.4/2004/G/17, de 10 de febrero de 2004, p. 8). Por su parte, el Padrón municipal arroja la cifra de 2,6 millones de extranjeros inscritos en España, con o sin papeles (Diario *El Mundo* de 13 de septiembre de 2004).

<sup>5</sup> Diario *El País* de 14 de septiembre de 2004, editorial. Esta cifra es aceptada por la actual Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.

el “efecto llamada” de la economía sumergida y la escasa cooperación al desarrollo, facilitan el incremento de los flujos migratorios.

El factor económico también está presente: los flujos migratorios nutren el floreciente negocio de las mafias dedicadas al tráfico ilegal de emigrantes. Además, desprovisto de condición jurídica o social alguna, el trabajador migratorio ilegal es por naturaleza objeto de explotación, a merced de empleadores que le pueden imponer condiciones laborales o de vida cercanas a la esclavitud o al trabajo forzoso. Su indefensión es total y raramente acude a los tribunales porque teme ser descubierto y expulsado del país donde se encuentra ilegalmente.<sup>6</sup>

Por último, los trabajadores migratorios producen grandes beneficios económicos en los Estados que les emplean. Al mismo tiempo, envían a sus países de origen unos 50 billones de dólares al año. Esta cifra se acerca al monto total de la ayuda oficial que los países más ricos han dedicado en 2003 al desarrollo del Tercer Mundo (68,4 billones de dólares).

## II. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA LEGISLACIÓN SOBRE EXTRANJERÍA EN ESPAÑA

El Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) es el sector del Derecho internacional que tiene como objetivo el desarrollo de un marco legal e institucional para la protección del individuo en el plano internacional, garantizándole el disfrute y el respeto de un cierto número de valores considerados como comunes (los “derechos humanos”) por el conjunto de la comunidad internacional.

La expresión “derechos humanos” tiene un significado preciso en el plano jurídico internacional, pues la comunidad internacional dispone de un Código normativo *sui generis* —el Código Internacional de Derechos Humanos— compuesto de normas procesales y sustantivas, que ha dado origen a una amplia red de instituciones que configuran el actual DIDH. Tres etapas han jalonado su proceso de elaboración.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> OACNUDH. *Los derechos de los trabajadores migratorios*, Ginebra, 2003, 69 p., at 8.

<sup>7</sup> *Vid.* por todos Abellán Honrubia, Victoria. “Internacionalización del concepto y del contenido de los derechos humanos”, en Centro Pignatelli (ed.). *Los derechos humanos, camino hacia la paz*, Zaragoza, Diputación General de Aragón, 1997, pp. 15-28.

En primer lugar, la Carta de las Naciones Unidas (1945) reconoce por primera vez en el Derecho internacional el estándar de *trato único* aplicable a todos los seres humanos. Entre los Propósitos de las Naciones Unidas, recordemos que el Art. 1.3 de la Carta establece el de la realización de la cooperación internacional en varias áreas, incluido el respeto “a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.

En segundo lugar, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) consagra el principio de *universalidad* de los derechos humanos, que se basa a su vez en la dignidad de la especie humana (Art. 1) y el principio de no discriminación (Art. 2).<sup>8</sup> La Asamblea General proclamó la Declaración como el “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”. Principios que son compatibles con “la legitimidad de un trato desigual si éste responde a motivos objetivos y razonables”, en situaciones en que “la dicotomía nacional/extranjero sea el fundamento de una diferencia de trato en el ejercicio de algunos derechos y libertades” consagrados en la DUDH.<sup>9</sup>

En tercer lugar, la Declaración y Programa de Acción de Viena confirmó que:

La promoción y protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales deben ser consideradas como un *objetivo prioritario* de las Naciones Unidas, de conformidad con sus *propósitos y principios*, en particular el propósito de la cooperación internacional. En el marco de esos propósitos y principios, la promoción y protección de todos los derechos humanos es una *preocupación legítima* de la comunidad internacional...<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Según el Art. 2.1 de la DUDH “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”.

<sup>9</sup> Ver Bonet Pérez, Jordi. *Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigrantes. Un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003, p. 23.

<sup>10</sup> Párr. I.4 de la Declaración y Programa de Acción aprobados en Viena por la segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993. Las itálicas son nuestras.

Sobre estas bases se ha desarrollado normativa e institucionalmente en los últimos decenios lo que hoy conocemos como Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y que hemos definido en otro lugar como un:

Sistema de principios y normas que regula un sector de las relaciones de cooperación institucionalizada entre Estados de desigual desarrollo socioeconómico y poder, cuyo objeto es el fomento del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales universalmente reconocidos, así como el establecimiento de mecanismos para la garantía y protección de tales derechos y libertades, los cuales se califican de preocupación legítima y, en algunos casos, de intereses fundamentales para la actual comunidad internacional de Estados en su conjunto.<sup>11</sup>

#### A. LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y SU INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO ESPAÑOL

En el plano *normativo* el Código Internacional de los Derechos Humanos se compone hoy de más de 150 tratados y protocolos internacionales que imponen obligaciones internacionales precisas en materia de derechos humanos a los Estados que los ratifican. El Código se completa con declaraciones, conjuntos de principios, códigos de conducta, etc., que no son por sí mismos obligatorios (*soft law*) pues se ofrecen a los Estados como pautas de conducta que, de ser seguidas, podrán cristalizar en nuevas normas obligatorias del DIDH (principios, normas consuetudinarias, o nuevas normas convencionales).

En el ámbito de las Naciones Unidas, cabe recordar que España es Parte, entre otros, en los siguientes tratados internacionales que tienen relevancia en la protección de los derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familiares: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>12</sup> y su primer Protocolo Facultativo,<sup>13</sup> por el que acepta la

<sup>11</sup> Cfr. Villán Durán, Carlos. *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2002, 1028 p., at 85 y ss.

<sup>12</sup> BOE n° 103, de 30 de abril de 1977. En vigor para España desde el 27 de julio de 1977.

<sup>13</sup> BOE n° 79, de 2 de abril de 1985 y BOE n° 107, de 4 de mayo de 1985. En vigor para España desde el 25 de abril de 1985.

competencia del Comité de Derechos Humanos para recibir quejas de individuos sobre presuntas violaciones a los derechos contenidos en ese Pacto; el Segundo Protocolo Facultativo<sup>14</sup> destinado a abolir la pena de muerte; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;<sup>15</sup> la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial,<sup>16</sup> incluido el Art. 14 de la misma, que confiere al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial la competencia para recibir quejas individuales;<sup>17</sup> la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1957; la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio;<sup>18</sup> la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>19</sup> y sus dos protocolos facultativos relativos a la participación de niños en los conflictos armados<sup>20</sup> y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía;<sup>21</sup> la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>22</sup> y su protocolo facultativo,<sup>23</sup> que habilita con un doble sistema de investigación de oficio y de comunicaciones individuales al Comité de ese nombre; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes,<sup>24</sup> así como el Art. 22 de la misma,<sup>25</sup> que faculta al Comité contra la Tortura para recibir quejas individuales por presunta violación de

<sup>14</sup> BOE n° 164, de 10 de julio de 1991. En vigor para España desde el 11 de julio de 1991.

<sup>15</sup> BOE n° 103, de 30 de abril de 1977. En vigor para España desde el 27 de julio de 1977.

<sup>16</sup> BOE n° 118, de 17 de mayo de 1969. En vigor para España desde el 17 de agosto de 1969.

<sup>17</sup> BOE n° 139, de 11 de junio de 1998, declaración de 13 de enero de 1998.

<sup>18</sup> BOE n° 34, de 8 de febrero de 1969. En vigor para España desde el 13 de diciembre de 1968.

<sup>19</sup> BOE n° 313, de 31 de diciembre de 1990. En vigor para España desde el 5 de enero de 1991.

<sup>20</sup> BOE n° 92, de 17 de abril de 2002. En vigor para España desde el 8 de abril de 2002.

<sup>21</sup> BOE n° 27, de 31 de enero de 2002. En vigor para España desde el 18 de enero de 2002.

<sup>22</sup> BOE n° 69, de 21 de marzo de 1984. En vigor para España desde el 4 de febrero de 1984.

<sup>23</sup> BOE n° 190, de 9 de agosto de 2001. En vigor para España desde el 6 de octubre de 2001.

<sup>24</sup> BOE n° 268, de 9 de noviembre de 1987. En vigor para España desde el 20 de noviembre de 1987.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

alguno de los derechos contenidos en la Convención; el Convenio para la supresión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, de 1951; la Convención<sup>26</sup> y Protocolo<sup>27</sup> sobre el Estatuto de los Refugiados; y la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, completada por el Protocolo sobre el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, así como el Protocolo sobre la prevención, supresión y castigo del tráfico de personas, especialmente mujeres y niños.

En cambio, España no ha ratificado, entre otras, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares;<sup>28</sup> y el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CCT), de 18 de diciembre de 2002, que autoriza a un Subcomité de expertos a visitar regularmente cualquier centro de detención bajo la jurisdicción de los Estados Parte, a los fines de prevenir la tortura y otros malos tratos.

Entre los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, España ha ratificado, entre otros, el Convenio núm. 29 sobre el trabajo forzoso u obligatorio y el núm. 105 sobre la abolición del trabajo forzoso; el Convenio núm. 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación;<sup>29</sup> el Convenio núm. 97 relativo a los trabajadores migrantes (revisado), de 1949;<sup>30</sup> el Convenio núm. 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva;<sup>31</sup> el Convenio núm. 100 sobre la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor; el Convenio núm. 102 sobre la norma mínima de seguridad social; el Convenio núm. 103 sobre la protección de la

<sup>26</sup> BOE n° 252, de 21 de octubre de 1978. En vigor para España desde el 12 de noviembre de 1978.

<sup>27</sup> *Ibidem*. En vigor para España desde el 14 de agosto de 1978. Corrección de errores en BOE n° 272, de 14 de noviembre de 1978.

<sup>28</sup> La Convención entró en vigor en el plano internacional el 1° de julio de 2003 y cuenta con 27 Estados Parte, ninguno de ellos de la Unión Europea. Para el estado de ratificaciones de los diferentes tratados *Vid.* el sitio de las Naciones Unidas en el Web [www.untreaty.un.org](http://www.untreaty.un.org).

<sup>29</sup> BOE n° 112, de 11 de mayo de 1977. En vigor para España desde el 20 de abril de 1978.

<sup>30</sup> BOE n° 135, de 7 de junio de 1967.

<sup>31</sup> BOE n° 111, de 10 de mayo de 1977. En vigor para España desde el 20 de abril de 1978.

maternidad (revisado); el Convenio núm. 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación); el Convenio núm. 122 sobre política del empleo; el Convenio núm. 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo;<sup>32</sup> el Convenio núm. 141 sobre las organizaciones de trabajadores rurales; el Convenio núm. 154 sobre la negociación colectiva; y el Convenio núm. 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y de la acción inmediata para su eliminación.<sup>33</sup>

En cambio, España no ha ratificado el Convenio núm. 143 sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), de 1975. Este Convenio obliga a los Estados a respetar a todos los trabajadores migrantes, sin distinción alguna, sus derechos humanos fundamentales, y promueve la igualdad de oportunidades y de trato del trabajador extranjero legalmente establecido con los nacionales del Estado.

En lo que respecta a los tratados bajo el auspicio de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), España ratificó la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza;<sup>34</sup> y el Protocolo<sup>35</sup> para instituir una Comisión de Conciliación y Buenos Oficios facultada para resolver las controversias a que pueda dar lugar la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza.

En el plano regional (Consejo de Europa), España es Parte en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales revisado por el Protocolo 11,<sup>36</sup> que establece la jurisdicción obligatoria del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para todos los casos relativos a la interpretación o aplicación del mismo, incluidas sus decisiones judiciales ante demandas individuales. El contenido material del Convenio Europeo fue ampliado a su vez por los Protocolos núms. 1<sup>37</sup> y 6<sup>38</sup> (igualmente ratificados), así como los 4, 7,

<sup>32</sup> BOE nº 109, de 8 de mayo de 1978. En vigor para España desde el 16 de mayo 1978.

<sup>33</sup> BOE nº 118, de 17 de mayo de 2001. En vigor para España desde el 2 de abril de 2002.

<sup>34</sup> BOE nº 262, de 1 de noviembre de 1969. En vigor para España desde el 20 de noviembre de 1969.

<sup>35</sup> BOE nº 193, de 12 de agosto de 1992. En vigor para España desde el 26 de septiembre de 1992.

<sup>36</sup> BOE nº 152, de 26 de junio de 1998. Corrección de errores en BOE nº 223, de 17 de septiembre de 1998. En vigor para España desde el 1 de noviembre de 1998.

<sup>37</sup> BOE nº 11, de 12 de enero de 1991. En vigor para España desde el 27 de noviembre de 1990.

<sup>38</sup> BOE nº 92, de 17 de abril de 1986. En vigor para España desde el 1 de marzo de 1985.

12 y 13 (todavía no ratificados). De otro lado, España es Parte en la Carta Social Europea de 1961<sup>39</sup> y su Protocolo Adicional, de 5 de mayo de 1988;<sup>40</sup> el Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes<sup>41</sup> y sus dos Protocolos adicionales;<sup>42</sup> el Convenio Europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante,<sup>43</sup> de 24 de noviembre de 1977; y el Convenio marco para la protección de las minorías nacionales.<sup>44</sup>

Como contraste, España no ha ratificado la Carta Social Europea (revisada), de 3 de mayo de 1996; ni sus Protocolos adicionales, en especial el de 1995 relativo al establecimiento de un sistema de reclamaciones colectivas. Tampoco ha sido ratificada la Convención Europea sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local, de 5 de febrero de 1992, que reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo a todos los extranjeros legalmente residentes en el Estado Parte durante los cinco años anteriores.

En términos generales, las normas convencionales arriba citadas obligan a España a nivel internacional una vez ratificadas. Por consiguiente, se debe incorporar rápidamente al ordenamiento jurídico interno mediante su publicación en el Boletín Oficial del Estado –lo que garantizará el principio de seguridad jurídica–, para facilitar su aplicación en la esfera interna tanto por parte de los tribunales de justicia como por los demás órganos del Estado (Art. 96.1 de la Constitución de 1978)<sup>45</sup> e incluso por los particulares. Si el tratado regula una materia perteneciente al ámbito competencial de una Comunidad Autónoma, ésta deberá adoptar las normas de desarrollo necesarias (legales o reglamentarias) para su ejecución y aplicación a nivel administrativo.

<sup>39</sup> BOE n° 153, de 26 de junio de 1980. En vigor para España desde el 5 de junio de 1980.

<sup>40</sup> BOE n° 99, de 25 de abril de 2000. En vigor para España desde el 23 de febrero de 2000.

<sup>41</sup> BOE n° 159, de 5 de junio de 1989. En vigor para España desde el 1 de septiembre de 1989.

<sup>42</sup> BOE n° 35, de 9 de febrero de 2002. En vigor para España desde el 1 de marzo de 2002.

<sup>43</sup> BOE n° 145, de 18 de junio de 1983. En vigor para España desde el 1 de mayo de 1983.

<sup>44</sup> BOE n° 20, de 23 de enero de 1998. En vigor para España desde el 1 de febrero de 1998.

<sup>45</sup> *Cfr.* Fernández de Casadevante Romani, Carlos. (coord.). *Derecho Internacional de los derechos humanos*, Madrid, Editorial Dilex, 2003, 2a. edición, Lecc. 16, pp. 441-464.

Además, las normas contenidas en los tratados internacionales no podrán ser derogadas o modificadas por la legislación interna, sino “en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional” (Art. 96.1 *in fine* de la Constitución). Por lo que, en atención a la especialidad de su origen, la Constitución española reserva a los tratados internacionales –una vez ratificados– un rango jerárquico superior al de la ley ordinaria. Salvo que requieran de un desarrollo reglamentario interno, las normas *self-executing* de los tratados internacionales pueden hacerse valer directamente ante los tribunales de justicia.

En la misma línea, tratándose de los derechos humanos reconocidos en la Constitución, el Art. 10.2 de la misma ataja cualquier posible contradicción entre las normas internacionales y constitucionales al disponer que éstas “se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. En consecuencia, los órganos internos del Estado (tribunales y administraciones, tanto a nivel central como autonómico y local) no podrán interpretar de modo restrictivo el alcance de los derechos humanos reconocidos en el DIDH que obliga a España, pues éste es el “garante externo” de los derechos y libertades que la Constitución reconoce.<sup>46</sup> Además, el Tribunal Constitucional español ha considerado que los derechos consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos deben ser interpretados conforme a la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.<sup>47</sup>

No obstante todas las garantías legales arriba expresadas, se debe reconocer que la invocación y la aplicación del DIDH no es todo lo frecuente que se pudiera desear, pues a menudo pasa desapercibido a los jueces, abogados y otros profesionales del Derecho a nivel nacional, así como a las organizaciones de la sociedad civil. A la falta de información se añade el hecho de que el jurista nacional se enfrenta a categorías jurídicas que no domina, por ser extrañas a las propias de su ordenamiento

<sup>46</sup> *Cfr.* González Campos, Julio D. “La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en materia de derechos humanos”, en Mariño Menéndez (F. M.) (edit.). *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 333-350, at 349.

<sup>47</sup> *Ibidem*, pp. 340-342.

interno. De ahí su escasa e insatisfactoria aplicación, a pesar de constituir un valioso sistema complementario del régimen jurídico interno de protección de los derechos humanos.

## B. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN Y LA LEGISLACIÓN SOBRE EXTRANJERÍA

Como ya hemos puesto de relieve en otro lugar, la igualdad ante la ley y la no discriminación en el disfrute de los derechos humanos son principios estructurales del DIDH, ya que son una consecuencia obligada de la afirmación de la dignidad de la persona humana, la cual constituye a su vez el fundamento mismo de los derechos humanos.<sup>48</sup> El principio de no discriminación se consagra en el Artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH, 1948) y, sobre todo, en los Artículos 2, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, 1966), que se completan con las referencias contenidas en los Artículos 20.2, 23.4 y 24.1 del mismo Pacto. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966) incorpora la cláusula genérica de no discriminación en su Art. 2.2. Otras convenciones de derechos humanos igualmente ratificadas por España se refieren al mismo principio: la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CEDR, 1965, Art. 1); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDCM, 1979, Art. 1); y la Convención sobre los Derechos del Niño (1989, Art. 2).

Ahora bien, la formulación del principio de no discriminación en algunos de los textos internacionales citados no define qué es la discriminación. Más bien se enumeran los motivos de distinción o discriminación que no serán permitidos. Así, por ejemplo, el Art. 26 del PIDCP, después de afirmar la igualdad ante la ley, anuncia que ésta prohibirá toda discriminación y que garantizará a todas las personas protección igual y efectiva:

<sup>48</sup> Cfr. Villán Durán, Carlos. *Curso de Derecho internacional...*, op. cit., pp. 96-99.

<sup>49</sup> El subrayado es nuestro.

... contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o *cualquier otra condición* social.<sup>49</sup>

Una medida discriminatoria contra una persona por el hecho de ser trabajadora inmigrante (con o sin papeles) no está expresamente prohibida por el Pacto. Sin embargo, la cláusula que figura en último lugar (“*cualquier otra condición social*”)<sup>50</sup> es tan amplia y abierta que podría comprender la condición de “trabajador inmigrante”, lo mismo que la prohibición de medidas discriminatorias contra las personas infectadas por el VIH o enfermas de SIDA.<sup>51</sup>

En el marco de su observación general relativa al principio “básico y general” de la no discriminación, el Comité de Derechos Humanos, que controla la aplicación del PIDCP, consideró que el término “discriminación” utilizado en el Pacto se debe entender referido a:

toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos... y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.<sup>52</sup>

Además, el Comité señaló que, a diferencia del Art. 2.1 del Pacto que limita el alcance del principio de no discriminación a los derechos consagrados en el Pacto, el Art. 26 del mismo establece en sí “un derecho autónomo” porque “prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades

<sup>49</sup> En francés: “toute autre situation”. En inglés: “other status”.

<sup>51</sup> *Cfr.* Villán Durán, Carlos. “Los derechos humanos ante la epidemia del SIDA”, en Gómez Isa, Felipe (dir.) y Pureza (José Manuel). *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003, 835 p., at 765-800.

<sup>52</sup> Observación general 18 -No discriminación (37º período de sesiones, 1989), párrafo 7. Las observaciones generales se han ido publicando como anexos a los informes anuales del Comité a la Asamblea General. Una recopilación de las mismas, junto a las observaciones o recomendaciones generales de otros órganos de las Naciones Unidas establecidos en tratados, se encuentra en el doc. HRI/GEN/1Rev.7, de 12 de mayo de 2004. Se localiza en [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org).

públicas”.<sup>53</sup> Por lo tanto, la prohibición de discriminación del Art. 26 abarca a *todas las leyes del Estado* y su aplicación, con independencia de que éstas se refieran o no a derechos consagrados en el Pacto. El Comité también se ocupó de establecer los límites del principio de no discriminación, ya que no toda diferenciación de trato equivale a discriminación,

... si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto.<sup>54</sup>

Esta interpretación moderna y progresista del Art. 26 ha sido consolidada por el Comité en su práctica ante las quejas individuales que sustancia conforme al primer Protocolo Facultativo del Pacto. Así, en el caso de 743 soldados jubilados de nacionalidad senegalesa que habían servido en el ejército francés antes de la independencia del Senegal, el Comité concluyó que la legislación francesa de 1974 sobre pensiones militares había incurrido en discriminación por haber concedido a los nacionales senegaleses una pensión inferior a la que correspondía a ciudadanos franceses. En el caso, la diferencia por razón de nacionalidad fue retenida por el Comité como discriminación por “cualquier otra condición social” y por consiguiente prohibida conforme al Art. 26 del Pacto.<sup>55</sup>

Por tanto, toda diferencia, para no ser calificada de discriminatoria, ha de ser *razonable, objetiva* y perseguir un *propósito legítimo* conforme al Pacto.<sup>56</sup> La determinación en el caso concreto corresponderá a la jurisprudencia y a la práctica internacionales, que tienen una orientación marcadamente progresista en atención a que el principio básico aplicable es el de la igualdad ante la ley, igual protección de la ley y no discriminación entre todos los seres humanos en el disfrute de sus derechos. Tal principio de DI general, “pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un

<sup>53</sup> *Ibidem*, párrafo 12.

<sup>54</sup> *Id.*, párrafo 13.

<sup>55</sup> *Gueye et al. contra Francia*, comunicación núm. 196/1985, párrafos 9.3-9.5.

<sup>56</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos confirmó esta observación general que ya había emitido el Comité de Derechos Humanos en 1986, pero añadió que toda distinción debe ser también “proporcional” para no ser considerada discriminatoria. Ver la Opinión Consultiva de la Corte sobre la condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados, OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, párr. 84.

principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”.<sup>57</sup> En consecuencia, el citado principio “es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional”,<sup>58</sup> y “acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares”.<sup>59</sup>

Así, por ejemplo, una diferencia que se consideró razonable en 1966 –fecha de adopción del PIDCP– se formuló al Art. 13 del mismo, que se aplica únicamente a los extranjeros que se hallen *legalmente* en el territorio de un Estado Parte. Así, esa categoría de extranjeros (“con papeles”) están protegidos de las expulsiones arbitrarias, colectivas o en masa, ya que sólo podrán ser expulsados del país en cumplimiento de una decisión individualizada y adoptada conforme a la ley. El extranjero podrá exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, salvo que existan “razones imperiosas de seguridad nacional que se opongan a ello”. Además, el extranjero podrá “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”. Pues bien, la exclusión de los extranjeros “irregulares” del campo de aplicación de las garantías del Art. 13 de PIDCP contra su expulsión, ha sido superada en el desarrollo normativo y jurisprudencial posterior en función de la continua evolución del DIDH, como tendremos ocasión de estudiar.<sup>60</sup>

Ya en 1986 el Comité de Derechos Humanos recordó que el Estado es soberano para subordinar la entrada o residencia de los extranjeros en el territorio nacional a determinadas condiciones, como la existencia de una oferta de empleo. Sin embargo, la discrecionalidad del Estado en este terreno no es absoluta, ya que el extranjero puede acogerse a la protección del Pacto –incluso respecto a cuestiones de ingreso o residencia–, “... cuando

<sup>57</sup> Ver Corte IDH, OC-18/03, cit., párr. 101.

<sup>58</sup> *Ibidem*, párr. 173, punto 4 (opinión).

<sup>59</sup> *Ibidem id.*, punto 5 (opinión). Ver también los párrs. 84 y 85 del voto concurrente del Juez A. Cançado Trindade.

<sup>60</sup> Ver Chueca Sancho, Ángel G. “El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 1, noviembre de 2002, pp. 9-36.

se planteen consideraciones de discriminación, de prohibición de trato inhumano y de respeto de la vida de la familia”.<sup>61</sup>

Una vez permitida la entrada en el país, el extranjero goza de todos los derechos reconocidos en el PIDCP,<sup>62</sup> en particular el derecho a la vida privada, la libertad religiosa y las libertades de expresión, asociación y reunión. También tendrá el derecho a circular libremente por el territorio del Estado y a escoger libremente en él su residencia. Las posibles restricciones a estos derechos deberán estar previstas en la ley y ser “necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros”, y ser compatibles con los demás derechos reconocidos en el Pacto (Art. 12.3).

En la misma línea argumental ha desarrollado el *Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial* (CEDR) su recomendación general sobre la discriminación contra los no ciudadanos.<sup>63</sup> Con arreglo a la Convención del mismo nombre, la diferencia de trato basada en la ciudadanía o en la condición de inmigrante constituirá discriminación si los criterios para establecer esa diferencia, juzgados a la luz de los objetivos y propósitos de la Convención, no se aplican para alcanzar un objetivo legítimo y no son proporcionales al logro de ese objetivo.

En consecuencia, los Estados Parte deben asegurar que las garantías legislativas contra la discriminación racial se aplican a los no ciudadanos independientemente de su condición de inmigrantes, y que la aplicación de la legislación no tiene ningún efecto discriminatorio sobre los no ciudadanos. En particular, deben velar porque las medidas que se tomen en la lucha contra el terrorismo no discriminen, por sus fines o efectos, por motivos de raza, color, ascendencia u origen nacional o étnico, y que los no ciudadanos no se vean sometidos a las caracterizaciones o estereotipos raciales o étnicos.

En materia de expulsión de los no ciudadanos, el CEDR considera que las leyes nacionales no deben discriminar por su objetivo o sus efectos entre los no ciudadanos por motivos de raza u origen étnico o nacional. Los no ciudadanos deben tener igualdad de acceso a recursos

<sup>61</sup> Observación general 15 (“La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto”), párr. 5. *Vid.* HRI/GEN/1/Rev.7, cit., pp. 159-160.

<sup>62</sup> *Ibidem*, párr. 6.

<sup>63</sup> Recomendación general XXX aprobada por el Comité el 5 de agosto de 2004. *Vid. doc.* CERD/C/64/Misc.11/Rev.3, de 10 de marzo de 2004.

eficaces, incluido el derecho a impugnar las órdenes de expulsión y poder utilizar efectivamente esos recursos. En ningún caso serán enviados a un país o territorio en el que corran el riesgo de ser sometidos a abusos graves de los derechos humanos, como tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. También se debe evitar la expulsión de los no ciudadanos residentes de larga data, que puedan tener como resultado una interferencia desproporcionada en el derecho a la vida familiar.

Según el CEDR, las instituciones educacionales públicas deben estar abiertas a los no ciudadanos y a los hijos de los inmigrantes indocumentados residentes en el territorio del Estado. También se debe evitar la escolarización segregada y la aplicación de normas distintas de trato a los no ciudadanos por motivos de raza, color, ascendencia y origen nacional o étnico en la escuela elemental y la primera etapa de la escuela secundaria y con respecto al acceso a la educación superior.

Por último, el CEDR insiste que los Estados deben garantizar la igualdad en el disfrute del derecho a la vivienda adecuada a los ciudadanos y los no ciudadanos, especialmente evitando la segregación en la vivienda y velando por que las agencias inmobiliarias se abstengan de utilizar prácticas discriminatorias. Igualmente, los Estados deben respetar el derecho de los no ciudadanos a unas normas adecuadas de salud física y mental, entre otras cosas, absteniéndose de negar o limitar su acceso a los servicios de salud preventiva, curativa y paliativa.

Por su parte, la *Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia* (Durban, 2001), prestó atención especial a la discriminación que sufren los trabajadores migrantes. En el Programa de Acción aprobado por esta Conferencia, se pide a todos los Estados que “luchen contra las manifestaciones de rechazo generalizado de los migrantes” y que “se opongan activamente a todas las manifestaciones racistas y actos que engendren conductas xenófobas y sentimientos negativos hacia los migrantes o su rechazo”,<sup>64</sup> dando así cumplimiento a “la Declaración Universal de Derechos Humanos y sus obligaciones en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos, prescindiendo de la situación de inmigración de los migrantes”.<sup>65</sup>

<sup>64</sup> Declaración y Programa de Acción, aprobado en Durban el 8 de septiembre de 2001, párr. 24.

<sup>65</sup> *Ibidem*, párr. 26.

En particular, se insta a los Estados a adoptar medidas concretas que eliminen el racismo en el lugar de trabajo, en especial contra los migrantes. Los Estados deben asegurar “la plena igualdad de todos ante la ley, incluida la legislación laboral”. También deben eliminar “los obstáculos, según proceda, a: la participación en la formación profesional, la negociación colectiva, el empleo, los contratos y las actividades sindicales; el acceso a los tribunales judiciales y administrativos para plantear quejas; el derecho a buscar empleo en diferentes partes del país de residencia, y el trabajo en condiciones seguras y saludables”.<sup>66</sup>

También se insta a los Estados a adoptar “todas las medidas posibles para promover el pleno disfrute por todos los migrantes de todos los derechos humanos, en particular los relacionados con los sueldos justos y la remuneración equitativa por trabajo de igual valor sin distinción de ninguna especie, y el derecho a seguridad en caso de desempleo, enfermedad, discapacidad, viudedad, vejez u otra falta de medios de subsistencia en circunstancias ajenas a su voluntad, la seguridad social, incluido el seguro social, el acceso a la educación, la atención sanitaria, los servicios sociales y el respeto a su identidad cultural”.<sup>67</sup>

En el ámbito regional interamericano, la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* ha estudiado el alcance del principio de igualdad y no discriminación referido a los trabajadores migratorios no documentados. Según la Corte “(...) la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral”.<sup>68</sup> Además, el respeto de los derechos laborales se proyecta tanto en el orden público como en el privado, por lo que el Estado es “responsable por si mismo tanto cuando funciona como empleador, como por la actuación de terceros que actúen con su tolerancia, aquiescencia o negligencia, o respaldados

<sup>66</sup> *Ibidem*, párr. 29.

<sup>67</sup> *Ibidem*, párr. 30 g).

<sup>68</sup> Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, sobre la condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados, párrs. 134 y 173, punto 8 (opinión).

por alguna directriz o política estatal que favorezca la creación o mantenimiento de situaciones de discriminación”.<sup>69</sup>

En consecuencia, el Estado “tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales”.<sup>70</sup> En particular, los trabajadores migrantes indocumentados “poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica”.<sup>71</sup>

Por último, la Corte IDH recordó que “como son numerosos los instrumentos jurídicos en los que se regulan los derechos laborales a nivel interno e internacional, la interpretación de dichas regulaciones debe realizarse conforme al principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana, en este caso, al trabajador. Esto es de suma importancia ya que no siempre hay armonía entre las distintas normas ni entre las normas y su aplicación, lo que podría causar un perjuicio para el trabajador. Así, si una práctica interna o una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el derecho interno. De lo contrario, si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos estatalmente, éstos se le deberán respetar y garantizar igualmente”.<sup>72</sup>

Estos principios, sólidamente establecidos en DIDH, contrastan fuertemente con la realidad imperante en el mundo, puesto que persisten en nuestros días nuevas formas de explotación del hombre por el hombre, tales como la explotación de la fuerza laboral de los migrantes indocumentados, la prostitución forzada, el tráfico de niños, y el trabajo forzado y esclavo. Todo ello ocurre en paralelo con el

<sup>69</sup> *Ibidem*, párr. 152.

<sup>70</sup> *Ibidem*, párr. 173, punto 9 (opinión).

<sup>71</sup> *Ibidem, id.*, punto 10 (opinión).

<sup>72</sup> *Ibidem, id.*, párr. 156.

aumento comprobado de la pobreza y la exclusión y marginación sociales, el desarraigo y la desagregación familiar. Pero, como ha expresado el Juez A. Cançado Trindade, ello no significa que falte reglamentación o que el Derecho no exista: “significa más bien que el Derecho está siendo ostensiva y flagrantemente violado, día a día, en detrimento de millones de seres humanos, entre los cuales están los migrantes indocumentados en todo el mundo”.<sup>73</sup>

Trasladando estos conceptos y valores a la realidad española,<sup>74</sup> será forzoso concluir que un buen número de leyes y prácticas nacionales discriminatorias no son legítimas conforme al Art. 26 del PIDCP ni con la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Así, cuando la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>75</sup> y su Reglamento de ejecución<sup>76</sup> limitaron el ejercicio de los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga de los extranjeros a los que “obtenzan autorización de estancia o residencia en España”, introdujeron unos criterios discriminatorios entre extranjeros que no eran compatibles con el principio de no discriminación establecido en los Arts. 2.1 y 26 del PIDCP, Art. 11 del CEDH, Art. 1.1 de la CEDR y Art. 8.1 del PIDESC.<sup>77</sup>

<sup>73</sup> Voto concurrente del Juez A. Cançado Trindade en la Opinión Consultiva de la Corte IDH de 17 de septiembre de 2003 sobre la condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados, cit., párr. 88.

<sup>74</sup> Ver Solanes Corella, Ángeles. “La situación jurídica del extranjero irregular en España”, en Fernández Sola, Natividad y Calvo García, Manuel (coords.). *Inmigración y derechos*, Zaragoza, Mira Editores, 2001, pp. 237-263.

<sup>75</sup> BOE n° 307, de 23 de diciembre de 2000; corrección de errores en BOE n° 47, de 23 de febrero de 2001. Ver Trinidad García, María Luisa. “Los inmigrantes irregulares en la Ley 4/2000 y en su reforma: una regularización que no cesa”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 1, 2002, pp. 99-112.

<sup>76</sup> Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000 modificada por la Ley Orgánica 8/2000 (BOE n° 174, de 21 de julio de 2001; corrección de errores en BOE n° 240, de 6 de octubre de 2001). La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Sexta) de 20 de marzo de 2003 estimó el recurso interpuesto por la Federación de asociaciones Pro Inmigrantes en Andalucía “Andalucía Acoge” y de la “Red Acoge”, Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes, contra el R.D. 864, anulando la aplicación de varios artículos del mismo.

<sup>77</sup> Ver Aguero, Pascual. “Los derechos y libertades de los extranjeros: análisis crítico del marco jurídico español”, en Alemany, Jesús María *et al.* *La inmigración, una realidad en España*, Zaragoza, Centro Pignatelli, 2002, pp. 325-369; del mismo autor, “Derechos humanos y legislaciones de extranjería”, en Fernández Sola, Natividad y Calvo García, Manuel (coords.). *Inmigración y derechos...*, op. cit., pp. 215-235.

Igualmente, la citada legislación nacional restringió indebidamente el reconocimiento de los derechos laborales (Art. 6 del PIDESC), a la seguridad social (Art. 9 del PIDESC), a la salud (Art. 12 del PIDESC), a la vida en familia y a la intimidad familiar (Arts. 17 del PIDCP y 8.1 del CEDH; Arts. 8 y 16 de la CDN), así como el derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los nacionales, a los extranjeros residentes legalmente en España (Art. 13.2.c del PIDESC), discriminando así a todos los indocumentados o irregulares en el ejercicio de esos derechos.<sup>78</sup>

Por último, el derecho a la asistencia jurídica gratuita y a intérprete fue reconocido por la legislación española a todos los extranjeros para cuatro hipótesis: denegación de entrada al territorio nacional, devolución, expulsión y asilo. Fuera de estas hipótesis, ese derecho solamente se reconoce a los extranjeros residentes o documentados que prueben insuficiencia de medios económicos. Esta discriminación tampoco está permitida por el Art.6 del CEDH ni por el Art. 14.3 del PIDCP.

En conclusión, las normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos que obligan a España<sup>79</sup> y que precisan el alcance del principio general de no discriminación, no son compatibles con las disposiciones nacionales que discriminan a los extranjeros en diferentes categorías a la hora de reconocerles el ejercicio de una serie de derechos humanos.<sup>80</sup> Esa contradicción lleva al Estado a incurrir en responsabilidad internacional y debe resolverse a favor de las normas

<sup>78</sup> Ver de Lucas, Javier. “La dimensión política de la inmigración: una reflexión pendiente”, en Alemany, Jesús María *et al.* *La inmigración, una realidad...*, *op. cit.*, pp. 263-286.

<sup>79</sup> Ver Chueva Sancho, Ángel G. “Los derechos humanos de los extranjeros en Europa: entre el respeto y la discriminación”, en Alemany, Jesús María *et al.* *La inmigración, una realidad...*, *op. cit.*, pp. 237-261.

<sup>80</sup> Consciente de la Sentencia del Tribunal Superior de 20 de marzo de 2003 citada en la nota anterior, así como de sus obligaciones internacionales, el Gobierno del Partido Popular impulsó la aprobación de la L.O. 11/2003, de 20 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, así como la L.O. 14/2003, de 20 de noviembre, que modifica la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Por su parte, el actual Gobierno del PSOE acaba de dar a conocer el borrador de un nuevo Reglamento de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. *Vid.* [www.elpais.es](http://www.elpais.es) de 14 de septiembre de 2004.

internacionales, pues jerárquicamente son superiores a la legislación interna,<sup>81</sup> si bien su rango es infraconstitucional.

En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio”.<sup>82</sup>

### III. LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES

El texto de esta Convención fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990 (resolución 45/158) y entró en vigor en el plano internacional el 1 de julio de 2003. Cuenta con 26 Estados Parte,<sup>83</sup> entre los que no se encuentra España ni ningún otro Estado miembro de la Unión Europea.<sup>84</sup> Su objetivo es establecer normas para armonizar las actitudes de los Estados mediante la aceptación de los principios fundamentales relativos a los derechos humanos de los trabajadores migratorios y de sus familiares, considerando la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran, particularmente en el caso de los irregulares.

En este sentido, la Convención alienta la adopción de medidas adecuadas para evitar y eliminar los movimientos y el tránsito clandestino de los trabajadores migratorios, asegurándoles a la vez la protección de sus derechos humanos fundamentales. Con ello se desalentará la

<sup>81</sup> Ver Bonet Pérez, Jordi. *Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigrantes. Un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003, pp. 65-72 y 77-92.

<sup>82</sup> Corte IDH, OC -18/13, cit., párr. 173, punto 11 (opinión).

<sup>83</sup> Al 1 de agosto de 2004 los 26 Estados Partes son: Azerbaiyán, Belice, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Burkina Faso, Cabo Verde, Colombia, Ecuador, Egipto, El Salvador, Filipinas, Ghana, Guatemala, Guinea, Jamahiriya Árabe Libia, Kirguistán, Malí, Marruecos, México, Senegal, Seychelles, Sri Lanka, Tayikistán, Timor Leste, Uganda y Uruguay.

<sup>84</sup> Ver Bonet Pérez, Jordi. “La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, en Gómez Isa, Felipe (dir.) y Pureza, José Manuel. *La protección internacional de los derechos humanos...*, op. cit., pp. 309-349.

práctica de las empresas que contratan trabajadores indocumentados o irregulares en condiciones menos favorables que las de otros trabajadores, obteniendo así los beneficios de una competencia desleal. En definitiva, el empleo en situación irregular será desalentado si se reconocen más ampliamente los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios y éstos, a su vez, acatarán mejor las leyes de los Estados de empleo si se les reconocen algunos derechos adicionales que la Convención consagra.

Además, el Art. 68.2 de la Convención obliga a los Estados de empleo a adoptar medidas efectivas,

... para eliminar la contratación en su territorio de trabajadores migratorios en situación irregular, incluso, si procede, mediante la imposición de sanciones a los empleadores de esos trabajadores. Esas medidas no menoscabarán los derechos de los trabajadores migratorios frente a sus empleadores en relación con su empleo.

En la misma línea, el Art. 69 de la Convención obliga a los Estados en cuyo territorio haya trabajadores migratorios y familiares suyos en situación irregular, a tomar “medidas apropiadas para asegurar que esa situación no persista”. En caso de regularización de la situación de esas personas “... se tendrán debidamente en cuenta las circunstancias de su entrada, la duración de su estancia en los Estados de empleo y otras consideraciones pertinentes, en particular las relacionadas con su situación familiar” (Art. 69.2).

Por otra parte, el Art. 81.1 de la Convención establece la cláusula de la norma más favorable al individuo, ya que nada de lo dispuesto en la Convención “afectará a ningún derecho o libertad más favorable” que se conceda a los trabajadores migratorios y a sus familiares “en virtud del derecho o la práctica de un Estado Parte” o de “todo tratado bilateral o multilateral vigente para el Estado Parte interesado”.

Finalmente, el Art. 82 recuerda que los derechos reconocidos a los trabajadores migratorios y sus familiares en la Convención “no podrán ser objeto de renuncia”, por lo que estará prohibida toda “forma de presión” sobre ellos para hacerlos renunciar a cualquiera de los derechos mencionados. Tampoco se podrán “revocar mediante contrato” tales derechos.

## A. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

Como ya vimos, el principio de no discriminación es la auténtica piedra de bóveda del DIDH. Ya en el Art. 1.1 se indica que la Convención será aplicable, salvo cuando en ella se disponga otra cosa,

... a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.

Además, el Art. 7 de la Convención impone a los Estados Parte la obligación de:

... respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.

Así, por ejemplo, en materia de detención administrativa de inmigrantes indocumentados, se observa la violación del principio de no discriminación cuando estas personas son internadas en centros de detención sin posibilidad de recurrir la legalidad de su detención ante un tribunal de justicia (derecho a un recurso efectivo contra la medida policial de detención). Esta situación tiende a generalizarse en los casos de aplicación de legislaciones especiales contra el terrorismo, en las cuales se restringen o suspenden indebidamente las garantías procesales que deben acompañar a toda persona detenida.

## B. LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS (DOCUMENTADOS O NO)

La Convención regula estos derechos en su Parte III (Arts. 8-35). Con independencia de su situación en el Estado de empleo (con o sin papeles),

todo trabajador migratorio y sus familiares deben gozar del derecho de salir libremente de cualquier Estado y de regresar a su Estado de origen en cualquier momento (Art. 8); protección de su derecho a la vida (Art. 9) e integridad física y mental (Art. 10); y contra la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso (Art. 11).

Una mención especial merece la libertad de pensamiento, conciencia y religión, incluida la “libertad de profesar o de adoptar la religión o creencia de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de ritos, las prácticas y la enseñanza” (Art. 12.1). La libertad de expresar la propia religión o creencia sólo podrá quedar sometida “a las limitaciones que se establezcan por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud y la moral públicos o los derecho y las libertades fundamentales de los demás” (Art. 12.3). También se deberá respetar la libertad de los padres “para hacer que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones” (Art. 12.4).

El Art. 13 consagra el derecho de opinión y la libertad de expresión de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, aunque el ejercicio de esta última podrá ser sometido a restricciones establecidas por la ley y que sean necesarias para respetar los derechos o el buen nombre ajenos, proteger la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas, prevenir toda propaganda en favor de la guerra o prevenir toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.

Igualmente se reconocen el derecho a la vida privada y al honor (Art. 14); el derecho de propiedad personal o en asociación con otras personas (Art. 15); el derecho a la libertad y seguridad personales, así como acceso a sus autoridades consulares en caso de detención, y asistencia gratuita de un intérprete para interponer recurso ante un tribunal que decida sin demora acerca de la legalidad de su detención y ordenar su libertad si la detención no fue legal (Art. 16); y el derecho de todo trabajador migratorio o familiar suyo privado de libertad a ser tratado humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano y a su identidad cultural (Art. 17).

Además, los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán iguales derechos que los nacionales del Estado de que se trate ante los tribunales y

cortes de justicia (Art. 18); si carecieran de medios se les nombrará defensa de oficio e intérprete gratuitos (Art. 18.3.d y f); el derecho a la irretroactividad de la ley penal (Art. 19); el derecho a no ser encarcelados por incumplimiento de una obligación contractual (Art. 20); y el derecho a los documentos de identidad (Art. 21).

También se reconoce el derecho a no ser objeto de medidas de expulsión colectiva (Art. 22.1); el interesado podrá oponerse a una decisión de expulsión individual, salvo cuando una autoridad judicial dicte una decisión definitiva, así como a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello; pendiente la revisión, se podrá “solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión” (Art. 22.4) y, en caso de expulsión, recurrir a la protección y la asistencia de las autoridades consulares (Art. 23).

En el ámbito laboral, los trabajadores migratorios gozarán de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo (remuneración, condiciones de trabajo y empleo), a pesar de la irregularidad de su permanencia o empleo (Art. 25); podrán participar en las reuniones y actividades de los sindicatos u otras asociaciones de trabajadores, afiliarse a las mismas y solicitarles ayuda, con las restricciones establecidas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o el orden público o para proteger los derechos y libertades de los demás (Art. 26).

En cuanto a la seguridad social, los trabajadores migratorios y sus familiares gozarán en el Estado de empleo del mismo trato que los nacionales “en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado...” (Art. 27.1). Igualmente, tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate y con independencia de su situación regular o no (Art. 28).

Todos los hijos de los trabajadores migratorios gozarán del derecho de acceso a la educación en igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate; el acceso a las instituciones de enseñanza preescolar o las escuelas públicas no podrá limitarse a causa de la situación irregular en que ellos mismos o sus padres se encuentren (Art. 30). Los Estados velarán por que se respete la identidad cultural de los trabajadores migratorios y de sus familiares y no impedirán que éstos mantengan

vínculos culturales con sus Estados de origen (Art. 31). Del mismo modo, deberán cumplir las leyes y reglamentaciones del Estado de empleo y respetar la identidad cultural de sus habitantes (Art. 34).

Por último, el reconocimiento de estos derechos no implicará la regularización de la situación de los trabajadores migratorios o de sus familiares en situación irregular (Art. 35).

### C. LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS DOCUMENTADOS

La Convención regula estos derechos en su Parte IV (Arts. 36-56), con el objeto de favorecer la integración social de los trabajadores extranjeros regulares y equipararlos progresivamente a los niveles de bienestar que disfrutaban los trabajadores nacionales. Además de los derechos reconocidos en la Parte III, los trabajadores migratorios que se encuentren en situación regular tendrán derecho a la libertad de movimiento y a escoger su residencia en el Estado de empleo, salvo que existan restricciones establecidas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y las libertades de los demás y sean congruentes con los demás derechos reconocidos en la Convención (Art. 39). Se les reconoce además el derecho a establecer asociaciones y sindicatos en el Estado de empleo, con las restricciones que prescriba la ley y resulten necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para proteger los derechos y libertades de los demás (Art. 40).

También podrán participar en los asuntos públicos de su Estado de origen, así como votar y ser elegidos en elecciones celebradas en ese Estado (Art. 41). En cuanto al Estado de empleo, se fomenta el establecimiento de procedimientos o instituciones que permitan tener en cuenta las necesidades y aspiraciones de los trabajadores migratorios y sus familiares, pudiendo éstos elegir a sus representantes en tales instituciones (Art. 42.1). A nivel de comunidades locales del Estado de empleo, se facilitará la participación de tales trabajadores y sus familiares en las decisiones relativas a la vida y administración de las mismas (Art. 42.2). En cambio, ese colectivo de trabajadores solamente podrá disfrutar de derechos políticos en el Estado de empleo si éste, en el ejercicio de su soberanía, les concede tales derechos (Art. 42.3).

Por otra parte, los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto a los nacionales del Estado de empleo en relación con el acceso a instituciones y servicios de enseñanza, servicios de orientación profesional y colocación, formación profesional y readiestramiento; acceso a la vivienda y protección contra la explotación en materia de alquileres; acceso a los servicios sociales y de salud; acceso a las cooperativas y empresas de autogestión; y acceso a la vida cultural (Art. 43.1).

Igualmente, se deberá asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio. A estos efectos, se facilitará 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; por razones humanitarias se podrá conceder un trato equivalente a otros familiares de los trabajadores migratorios (Art. 44).

Los familiares de los trabajadores migratorios gozarán en el Estado de empleo de igualdad de trato respecto de los nacionales de ese Estado en relación con el acceso a instituciones y servicios de enseñanza, orientación y capacitación vocacional, servicios sociales y de salud, y acceso a la vida cultural (Art.45.1). Se tenderá a integrar a los hijos de los trabajadores migratorios en el sistema escolar local, particularmente en lo tocante a la enseñanza del idioma local (Art. 45.2), al tiempo que se les facilitará la enseñanza de su lengua y cultura maternas con la colaboración del Estado de origen (Art. 45.3 y 4).

En principio, los trabajadores migratorios tendrán en el Estado de empleo libertad de elegir su actividad remunerada (Art. 52.1). Sin embargo, el Estado podrá restringir el acceso a categorías limitadas de empleo cuando lo considere necesario, o imponer condiciones para el reconocimiento de calificaciones profesionales adquiridas en el extranjero (Art. 52.2). En el caso de permisos de trabajo por tiempo limitado, el Estado podrá subordinar el derecho de libre elección a aquellos trabajadores migratorios que hayan residido legalmente en el Estado por un período no superior a dos años; o limitar el acceso a ciertos trabajos para los que desee otorgar prioridad a sus nacionales; pero estas limitaciones no se aplicarán a los trabajadores migratorios que hayan residido legalmente en el Estado por un período no superior a cinco años (Art. 52.3).

También se reconoce a los trabajadores migratorios igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con la protección contra los despidos, las prestaciones de desempleo, el acceso a programas de obras públicas destinadas a combatir el desempleo, el acceso a otro empleo en caso de quedar sin trabajo (Art. 54.1), e igualdad de trato en el ejercicio de una actividad remunerada determinada (Art. 55).

Por último, los trabajadores migratorios y sus familiares en situación regular no podrán ser expulsados del Estado de empleo salvo por las razones definidas en la ley nacional y con sujeción a las salvaguardias establecidas en la Parte III de la Convención. En cualquier caso, al considerar una hipotética medida de expulsión, se tendrán en cuenta consideraciones de orden humanitario y el tiempo de residencia en el Estado de empleo (Art. 56).

#### D. EL COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES

La Parte VII de la Convención (Arts. 72-78) establece el “Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares” y establece que sus funciones serán las de “observar la aplicación de la presente Convención” (Art. 72.1). El Comité se compone de 10 expertos (se ampliará a 14 cuando se alcancen 41 ratificaciones) “de gran integridad moral, imparciales y de reconocida competencia” en la materia (Art. 72.1.b). Aunque serán elegidos en votación por la asamblea de Estados Parte, “ejercerán sus funciones a título personal” (Art. 72.2.b). El Comité celebró su primer período de sesiones del 1 al 5 de marzo de 2004 y aprobó su reglamento provisional.<sup>85</sup> Las competencias del Comité son de una triple naturaleza.

En primer lugar, estudiar los *informes periódicos* (cada cinco años) que presenten los Estados Partes “sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otra índole que hayan adoptado para dar efecto a las disposiciones” de la Convención (Art. 73.1). También se indicarán “los factores y las dificultades, según el caso, que afecten a la aplicación

<sup>85</sup> Doc. A/59/48, Anexo IV, pp. 12-25.

de la Convención y se proporcionará información acerca de las características de las corrientes de migración que se produzcan en el Estado Parte de que se trate” (Art. 73.2).

Igualmente, se solicitará información pertinente de cada Estado a la Organización Internacional del Trabajo, otros organismos especializados y órganos de las Naciones Unidas, así como a las organizaciones intergubernamentales, los cuales podrán también participar en los debates del Comité a la hora de examinar los informes periódicos en sesión pública (Art. 74).

Aunque la Convención guarda silencio, el reglamento provisional del Comité prevé que las organizaciones no gubernamentales puedan presentar, a su vez, informes escritos<sup>86</sup> ante el Comité relativos a la aplicación de la Convención en Estados determinados.

Al final de este procedimiento de estudio de informes periódicos de los Estados, el Comité presentará a cada Estado Parte sus observaciones y éste podrá, a su vez, formular comentarios, de lo que se dará cuenta en el informe anual que el Comité dirigirá a la Asamblea General de las Naciones Unidas. El citado informe también será conocido por el Consejo Económico y Social, la Comisión de Derechos Humanos, la Oficina Internacional del Trabajo y otras organizaciones pertinentes.

Frente a la doctrina tradicional que consideraba las “observaciones finales” de los Comités establecidos en tratados como simples “recomendaciones” desprovistas de valor jurídico, la Corte Internacional de Justicia en su dictamen de 9 de julio de 2004 ha reconocido el valor jurídico y la interpretación autorizada tanto del Comité de Derechos Humanos como del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por medio de sus “observaciones finales” sobre los respectivos informes periódicos presentados por Israel ante esos Comités. En el caso, habían establecido que ambos Pactos se aplican al conjunto de los territorios y poblaciones que están bajo el control efectivo de Israel,<sup>87</sup> por lo que este Estado tiene la obligación de facilitar y proteger el disfrute de los derechos consagrados

<sup>86</sup> *Ibidem*, Art. 28.

<sup>87</sup> CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis du 9 juillet 2004, párrs. 107-113. Israel pretendía la aplicación exclusiva del derecho internacional humanitario a los territorios palestinos ocupados, en detrimento de las normas de derechos humanos contenidas en los tratados ratificados por Israel. Por el contrario, la CIJ determinó que tanto el derecho internacional humanitario como el DIDH son aplicables en los territorios palestinos ocupados (*Ibidem*, párr. 114).

en los respectivos Pactos de todas las personas que habitan en los territorios palestinos ocupados.

En segundo lugar, el Comité podrá recibir *quejas interestatales*, es decir, quejas en las que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple con sus obligaciones dimanadas de la Convención (Art. 76). Para ello, será necesario que los dos Estados interesados hayan aceptado expresamente la competencia del Comité descrita en el Art. 76.

El procedimiento se inicia con una primera fase en la que los dos Estados implicados intentarán resolver sus diferencias por la vía de la negociación bilateral durante un máximo de seis meses. Fracasada la negociación entre los dos Estados, cualquiera de ellos podrá llevar el asunto ante el Comité.

A su vez, el Comité se cerciorará de que los recursos internos sobre la materia hayan sido agotados, salvo que su tramitación “se prolongue injustificadamente” (Art. 76.1.c). A continuación, interpondrá sus buenos oficios ante los dos Estados interesados “con miras a llegar a una solución amigable de la cuestión sobre la base del respeto a las obligaciones establecidas en la presente Convención” (Art. 76.1.d) en el marco de un procedimiento confidencial.

En un plazo de 12 meses el Comité presentará un informe confidencial a las partes en el que se indicarán los hechos y la eventual solución a la que se haya llegado. En caso contrario, el Comité indicará en su informe los hechos pertinentes, añadirá las declaraciones escritas y orales hechas a lo largo del procedimiento por los Estados interesados, e indicará sus propias observaciones sobre el asunto (Art. 76.1.h.ii). Esta competencia del Comité entrará en vigor cuando 10 Estados Parte hayan formulado la declaración prevista en el Art. 76.1 de la Convención (Art. 76.2).

En tercer lugar, el Art. 77 de la Convención autoriza al Comité a recibir y examinar *quejas individuales*, es decir, las enviadas por personas sometidas a la jurisdicción del Estado contra el que se reclama, o en su nombre, alegando que ese Estado Parte ha violado los derechos individuales que les reconoce la Convención. Esta competencia del Comité tiene que ser expresamente aceptada por el Estado contra el que se reclama. Se requerirá la aceptación de 10 Estados para que esta competencia entre en vigor (Art. 77.8).

El procedimiento del Comité al tramitar una queja individual (también confidencial) consistirá en una primera fase de admisibilidad de la queja, en la que el Comité rechazará las quejas anónimas o que

constituyan un abuso del derecho a presentar comunicaciones o sean incompatibles con las disposiciones de la Convención (Art. 77.2). También se rechazará la queja si estuviera siendo examinada en otro procedimiento de investigación o de solución internacional o no se hubieran agotado los recursos internos, salvo que su tramitación “se prolongue injustificadamente o no ofrezca posibilidades de dar un amparo eficaz a esa persona” (Art. 77.3 b *in fine*).

Por otra parte, se comunicará al Estado interesado la queja individual recibida y éste dispondrá de 6 meses para explicar por escrito su posición y exponer las medidas correctivas que hubiere adoptado (Art. 77.4).

Declarada admisible la queja, el Comité estudiará la cuestión de fondo “a la luz de toda la información presentada por la persona o en su nombre y por el Estado Parte de que se trate” (Art. 77.5). Finalizará el procedimiento adoptando una “opinión” que comunicará a las partes en el procedimiento (Art. 77.7).

Aunque la Convención no lo indica, es de esperar que el Reglamento del Comité precise en su momento que los dictámenes que constaten violación de la Convención indicarán las medidas de reparación de la misma que el Estado Parte deberá de adoptar, así como las medidas de seguimiento que permitan al Comité cerciorarse de que el contenido de sus dictámenes es acatado por los Estados interesados.

#### IV. LA RECLAMACIÓN INTERNACIONAL ANTE VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS

El trabajador migratorio en España y sus asesores sociales, jurídicos y sindicales deben tener presente que, frente a la violación de sus derechos consagrados en el DIDH, pueden iniciar reclamaciones contra el Estado español en la esfera internacional, especialmente cuando los recursos judiciales internos han sido agotados sin éxito.

##### A. RECLAMACIÓN JUDICIAL: DEMANDAS ANTE EL TEDH

Conforme al Art. 34 del CEDH, el TEDH (Arts. 19 y ss. del Convenio)<sup>88</sup> podrá recibir demandas presentadas por cualquier persona física,

<sup>88</sup> *Vid.* también el Reglamento del TEDH de 4 de noviembre de 1998, enmendado en 2000 y 2002, en [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

organización no gubernamental o grupo de particulares que se consideren *víctimas* de una violación de los derechos reconocidos en el CEDH.

En la fase de admisibilidad del procedimiento el TEDH se cerciorará de que se hayan agotado las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de Derecho internacional generalmente reconocidos. La demanda se tiene que presentar dentro del plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva. Tampoco se admitirán demandas anónimas o que estén sometidas a otra instancia internacional de investigación o arreglo y no contengan hechos nuevos. Por lo mismo, el TEDH rechazará las demandas incompatibles con las disposiciones del CEDH, manifiestamente mal fundadas o abusivas (Art. 35).

Declarada admisible la demanda, el TEDH procederá al examen contradictorio del caso con los representantes de las partes en el proceso y se pondrá a su disposición con el fin de llegar a un *arreglo amistoso* del caso, inspirándose para ello en los derechos reconocidos en el CEDH (Art. 38).

Si el arreglo amistoso no es posible y el TEDH declarará que ha habido violación del CEDH o de sus Protocolos y si el derecho interno del Estado acusado sólo permite reparar de manera imperfecta las consecuencias de la violación, el TEDH concederá a la víctima una satisfacción equitativa (Art. 41).

Los Estados se comprometen a acatar los términos de las sentencias definitivas del TEDH y el Comité de Ministros del Consejo de Europa velará por su ejecución (Art. 46 CEDH).

En relación con los trabajadores migratorios y sus familiares, es de especial relevancia el Art. 14 CEDH (prohibición de la discriminación), al establecer que “el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. Adicionalmente, el Protocolo 12 al CEDH extiende la prohibición de la discriminación al “goce de todo derecho previsto por la ley” (Art. 1.1),<sup>89</sup> con independencia de que ese derecho esté consagrado o no en el CEDH.

También se puede alegar ante el TEDH la violación del Art. 14 combinado con otros derechos consagrados en el CEDH, tales como la

<sup>89</sup> Recuérdese que este Protocolo no ha sido ratificado por España.

libertad de reunión y asociación, incluida la asociación sindical (Art. 11); el derecho al respeto a la vida privada y familiar (Art. 8.1); la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, incluida la libertad de manifestar la religión o convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos (Art. 9.1); la libertad de expresión (Art. 10.1); el derecho a la libertad y a la seguridad (Art. 5); y el derecho a un proceso equitativo en el que el acusado gozará de presunción de inocencia, asistencia gratuita de abogado de oficio e intérprete (Art. 6).

#### B. RECLAMACIÓN CUASIJUDICIAL: QUEJAS ANTE LOS COMITÉS DE LAS NACIONES UNIDAS ESTABLECIDOS EN TRATADOS

Mediante esta técnica la víctima individual de la violación de alguno de los derechos consagrados en ciertos tratados de derechos humanos, podrá presentar su queja ante un órgano internacional independiente (Comité). En una primera fase, el Comité debe decidir si la queja es admisible por cumplir con requisitos de forma equivalentes a los señalados en el apartado anterior (CEDH), en particular el del agotamiento previo de los recursos judiciales internos (*decisión de admisibilidad*). A continuación, el Comité correspondiente deberá pronunciarse sobre si ha habido o no violación de la convención en el caso concreto (*dictamen u opinión sobre el fondo*) y, en caso positivo, señalar las medidas de reparación a la víctima y sanción a los responsables, así como de seguimiento del cumplimiento de sus propios dictámenes por parte de los Estados interesados.<sup>90</sup>

Si bien los dictámenes de los Comités no son sentencias en sentido estricto, la práctica del Comité de Derechos Humanos y de su Relator Especial sobre el seguimiento de los dictámenes condenatorios revela que, en un 30 por ciento de los casos, los Estados deciden acatar los términos de esos dictámenes y adoptar las medidas de reparación indicadas por el Comité.

<sup>90</sup> Un estudio completo de los mecanismos cuasicontenciosos de protección de los derechos humanos (*quejas de particulares contra Estados*), tanto en el sistema de las Naciones Unidas como en la OIT, se encuentra en Villan Duran, Carlos. *Curso de Derecho internacional...*, *op. cit.*, pp. 453-489.

En materia de quejas individuales han desarrollado jurisprudencia el Comité de Derechos Humanos (sobre el Protocolo Facultativo relativo al PIDCP), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (Convención del mismo nombre, Art. 14) y el Comité contra la Tortura (Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Art. 22). También tiene competencia para recibir quejas individuales el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (conforme al Protocolo Facultativo a la Convención de ese nombre), aunque todavía no ha desarrollado jurisprudencia sustantiva. Las competencias de estos cuatro Comités para recibir quejas individuales han sido aceptadas por España.

El campo de aplicación de las cuatro convenciones citadas es de gran importancia para la protección de los derechos humanos de los trabajadores migratorios, toda vez que las cuatro desarrollan el principio de no discriminación en el disfrute de los derechos humanos consagrados en la respectiva convención. Tales derechos se refieren al catálogo de derechos civiles y políticos, incluidas las libertades públicas, la prohibición de las discriminaciones –en particular contra la mujer–, así como la prohibición de la tortura y malos tratos.

Finalmente, recordemos que la competencia para recibir quejas individuales también se reconoce al Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (sobre la Convención del mismo nombre, que amplía considerablemente los derechos reconocidos a los trabajadores migratorios y sus familiares). Sin embargo, esta competencia no ha entrado en vigor en el plano internacional a falta de 10 aceptaciones del Art. 77 de la Convención. Además, la Convención tampoco ha sido ratificada por España.

### C. OBSERVACIONES FINALES DE LOS COMITÉS

Los órganos convencionales de protección de los derechos humanos (Comités establecidos en tratados) se enfrentan a menudo con los problemas de discriminación que sufren los inmigrantes en muchos países cuando estudian los informes periódicos que los Estados les someten sobre la aplicación de esos tratados en sus respectivos ámbitos internos. Completado el estudio de esos informes, los Comités formulan comentarios y

recomendaciones dirigidas a cada Estado en sus *observaciones finales*, así como recomendaciones u *observaciones generales* en las que interpretan el alcance de los derechos proclamados en su respectiva convención, de aplicación para todos los Estados.

España, como los otros 191 Estados Miembros de las Naciones Unidas que son Parte en ciertos tratados de derechos humanos, debe presentar periódicamente ante el respectivo Comité informes sobre el grado de aplicación interna de los derechos consagrados en esos tratados.<sup>91</sup> Para ello, los Estados deberán seguir las directrices de los distintos Comités en cuanto a la forma y contenido de los citados informes.<sup>92</sup> Una vez estudiados esos informes, el Comité correspondiente aprueba las citadas *observaciones finales* en las que formula recomendaciones dirigidas a cada Estado.<sup>93</sup> Todos estos documentos son públicos y se pueden localizar electrónicamente.<sup>94</sup> Cinco de esos Comités han formulado *observaciones finales* a España en las que se han abordado cuestiones de discriminación en contra de trabajadores migratorios o sus familiares.

En primer lugar, el *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* aprobó sus últimas observaciones finales en relación con España el 14 de mayo de 2004.<sup>95</sup> En ellas observa que se reconoce a los extranjeros indocumentados el derecho a la educación, la atención de salud y los servicios sociales básicos, a condición de que se inscriban en sus respectivas municipalidades. Pero mostró preocupación por la situación precaria de los numerosos inmigrantes que sólo gozan de una protección limitada de sus derechos económicos, sociales y culturales en España. También señaló que el aumento del número de inmigrantes que han

<sup>91</sup> El estado actual de presentación de informes ante los diferentes Comités se puede consultar –por Estado– en el documento HRI/GEN/4/Rev.4, de 15 de mayo de 2004, 198 p. (“Recent Reporting History Under the Principal International Human Rights Instruments”).

<sup>92</sup> Vid. “Compilación de directrices relativas a la forma y el contenido de los informes que deben presentar los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos”, en el doc. HRI/GEN/2/Rev.2, de 7 de mayo de 2004, 120 p.

<sup>93</sup> Un estudio completo de los procedimientos de información, tanto en las Naciones Unidas como en la UNESCO y en la OIT, se encuentra en Villán Durán, Carlos. *Curso de Derecho internacional...*, op. cit., pp. 382-424.

<sup>94</sup> Vid. la página Web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) ([www.ohchr.org](http://www.ohchr.org)).

<sup>95</sup> 32º período de sesiones (26 de abril a 14 de mayo de 2004), doc. E/C.12/1/Add. 99, de fecha 7 de junio de 2004.

llegado a España en los últimos años se ha visto acompañado de un aumento de las actitudes negativas y hostiles y de actos de xenofobia.

Por ello, alentó a España a promover la legalización de los inmigrantes indocumentados para que puedan disfrutar plenamente de sus derechos económicos, sociales y culturales. También recomendó que se sigan vigilando de cerca las situaciones de racismo y xenofobia, luchando contra ellas, y promoviendo la comprensión y tolerancia interculturales entre todos los sectores de la sociedad.

El Comité también recomendó a España aumentar gradualmente el nivel de la asistencia oficial para el desarrollo a fin de llegar a la meta del 0,7 por ciento del PIB fijada por las Naciones Unidas; difundir ampliamente estas *observaciones finales* en todos los niveles de la sociedad, en particular entre los funcionarios del Estado y los miembros del poder judicial; y lograr la participación de las organizaciones no gubernamentales y de otros miembros de la sociedad civil en el proceso de debate en el plano nacional antes de la presentación del próximo informe periódico.

En segundo lugar, el *Comité contra la Tortura*<sup>96</sup> consideró preocupantes las denuncias de malos tratos infligidos a inmigrantes, incluyendo abuso sexual y violación, supuestamente por motivaciones racistas o xenófobas. Al haber aumentado la población extranjera en el país, adquiere especial importancia la omisión en el Art. 174 del Código Penal español de la tipificación de la tortura basada en “cualquier tipo de discriminación”, sin perjuicio de que, según el mismo Código, el racismo es una circunstancia agravante en cualquier delito. El Comité también se refirió a los casos de malos tratos en el transcurso de ejecución de mandatos de expulsión del territorio, en particular cuando se trata de menores no acompañados.

En consecuencia, el Comité recomendó a España mejorar la tipificación del delito de tortura en el Art. 174 del Código Penal para completar su total adecuación al Art. 1 de la Convención y que siga tomando medidas para evitar incidentes racistas o xenófobos. Por último, los procedimientos de expulsión del territorio, en particular de menores, deben ser conformes a la Convención.

<sup>96</sup> El Comité examinó el cuarto informe periódico de España (CAT/C/55/Add.5) en sus sesiones 530<sup>a</sup>, 533<sup>a</sup> y 540<sup>a</sup> celebradas los días 12, 13 y 19 de noviembre de 2002. *Vid.* doc. A/58/44, 2003, pp. 26-29.

En tercer lugar, el *Comité de los Derechos del Niño*<sup>97</sup> mostró preocupación porque el principio de no discriminación no se aplique plenamente en España, entre otros, a los hijos de trabajadores migrantes, en particular cuando no son legales, y a los niños extranjeros no acompañados, especialmente con respecto al acceso a servicios adecuados de salud y educación. Por lo que recomendó a España que supervise la situación de los niños expuestos a la discriminación y elabore, basándose en los resultados de esa supervisión, estrategias globales que comprendan medidas específicas y selectivas con el fin de eliminar todas las formas de discriminación.

El Comité también expresó preocupación por los retrasos en el procedimiento de reunificación familiar de los refugiados reconocidos, en particular en la expedición del visado y los documentos de viaje necesarios por parte del Ministerio de Asuntos Exteriores. También se refirió a informes según los cuales en España se practica la mutilación genital femenina a niñas de origen subsahariano. Recomendó que se realice un estudio sobre el alcance y la naturaleza de la mutilación genital femenina que se practica en España o en el extranjero a niñas que residen en España.

El Comité expresó igualmente su profunda alarma por las condiciones de los niños extranjeros no acompañados, en su mayoría marroquíes, especialmente en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. En particular, le preocuparon las denuncias sobre las situaciones siguientes:

- a) El maltrato de niños por la policía durante la expulsión forzosa al país de origen al que, en algunos casos, han sido deportados sin tener acceso a asistencia letrada ni a servicios de interpretación;
- b) El hecho de que no se haya concedido a esos niños el permiso de residencia provisional al que tenían derecho por ley porque el Departamento de Bienestar Social, que era su tutor legal, no lo solicitó;
- c) El hacinamiento y las malas condiciones en los centros de acogida y los casos de maltrato por parte del personal y de otros niños de esos centros;

<sup>97</sup> Observaciones finales aprobadas por el Comité de los Derechos del Niño en su 804ª sesión, celebrada el 7 de junio de 2002. Doc. CRC/C/15/Add.185, de 13 de junio de 2002.

- d) La denegación de acceso a la atención sanitaria y a la educación a pesar de estar garantizado por la ley;
- e) La expulsión sumaria de niños sin procurar que sean devueltos a sus familias o a los organismos de asistencia social de su país de origen.

En consecuencia, el Comité recomendó que se adopten con carácter urgente las medidas necesarias con el fin de:

- a) Garantizar la aplicación de la Ley orgánica N° 4/2000 y de otras leyes facilitando a los niños extranjeros no acompañados el acceso a centros de acogida, a la enseñanza, a los servicios de urgencia y a los demás servicios de atención sanitaria, y proporcionándoles un permiso de residencia temporal;
- b) Brindar a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla los recursos económicos y humanos necesarios para atender a esos niños;
- c) [...] que, al ser repatriados de España a Marruecos, los niños afectados sean devueltos a los familiares que estén dispuestos a hacerse cargo de ellos o a un organismo de asistencia social adecuado;
- d) [...] evitar los procedimientos ilícitos en la expulsión de niños extranjeros no acompañados;
- e) Investigar de forma eficaz las denuncias de maltrato de esos niños;
- f) Facilitar a los niños extranjeros no acompañados información sobre sus derechos con arreglo a la legislación española y al derecho internacional, en particular el derecho a solicitar asilo;
- g) [...] mejorar las condiciones y la seguridad de los centros de acogida y formar debidamente al personal de dichos centros;
- h) [...] recibir y atender las denuncias de los niños internados, supervisar la calidad de la atención que reciben y [...] examinar periódicamente las circunstancias de su internación;
- i) Considerar la posibilidad de firmar y ratificar la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares [...].

En cuarto lugar, el *Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*<sup>98</sup> aprobó el 10 de marzo de 2004 importantes *observaciones finales* relativas a

<sup>98</sup> Doc. CERD/C/64/CO/6, de 28 de abril de 2004.

España en materia de migrantes. Así, mostró preocupación por los casos de racismo y xenofobia que se producen y la reaparición de actitudes discriminatorias, especialmente contra los gitanos, los africanos del norte, los musulmanes y los latinoamericanos. El Comité instó a España a que siga vigilando todas las tendencias que puedan suscitar un comportamiento racista y xenófobo y a que combata las consecuencias negativas de esas tendencias. También recomendó la promoción, a todos los niveles de la educación, de una sensibilización general a la diversidad y el multiculturalismo y que se apliquen medidas eficaces para facilitar la integración de los grupos minoritarios en la sociedad española.

El Comité expresó también inquietud ante las alegaciones recibidas de casos de mala conducta de la policía frente a las minorías étnicas o las personas de origen extranjero, incluidos el lenguaje injurioso e insultante, los malos tratos y la violencia. Igualmente, mostró preocupación por el consiguiente aumento del número de inmigrantes en situación irregular y las consecuencias negativas de esta situación en el goce de sus derechos.

El Comité recomendó a España que, al mismo tiempo que favorece los cauces regulares de la migración, tome medidas adecuadas para garantizar que los extranjeros que residen en España en situación irregular dispongan de medios adecuados para regularizar su situación. Todos los extranjeros en el país, dispongan o no de documentación y se hallen en situación regular o irregular, deben gozar de sus derechos humanos. Y que se ratifique la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

También se preocupó por las deficientes condiciones en que se hallan los solicitantes de asilo a causa del hacinamiento existente en los centros de acogida, especialmente en Ceuta y las Islas Canarias, así como en los centros de acogida de menores (especialmente en Ceuta y Melilla), recomendando que se tomen las medidas adecuadas necesarias para mejorar su situación.

Por último, el Comité recomendó a España que, durante la preparación de su próximo informe periódico, celebre consultas con las organizaciones de la sociedad civil que despliegan actividades en la esfera de la lucha contra la discriminación racial.

En quinto lugar, el *Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer* recomendó a España que introduzca en el derecho

interno la definición de discriminación contra la mujer establecida en el Art. 1 de la Convención.<sup>99</sup> Igualmente, España debe adoptar medidas para prevenir la violencia contra las mujeres —que constituye una forma de discriminación—, facilitar servicios de apoyo a las víctimas, así como castigar y rehabilitar a los culpables de acuerdo con su *Recomendación general 19*.

En relación con las mujeres que son víctimas de tráfico y prostitución, el Comité solicitó a España que se incremente la cooperación con los países de origen y de tránsito, se suprima la explotación de la prostitución, se persigan y castiguen a los traficantes y se asegure la protección de los derechos humanos de las mujeres y chicas objeto de tráfico, especialmente dentro de las comunidades de inmigrantes.

En el ámbito laboral, España debe intensificar las medidas tendentes al aumento del empleo de las mujeres, acceso a empleos permanentes y jornada completa, así como promover el principio de igual salario a trabajo de igual valor. Finalmente, el Comité también instó a España a ratificar la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.<sup>100</sup>

#### D. RECLAMACIÓN EXTRA CONVENCIONAL

Los mecanismos extra convencionales (es decir, los que no encuentran su origen en tratados de derechos humanos) que el sistema de las Naciones Unidas ha establecido para la protección de los derechos humanos se concentran fundamentalmente en torno de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, un órgano de composición política (53 Estados) que a partir de 1967 decidió que debía dotarse de mecanismos compuestos por expertos independientes (grupos de trabajo, relatores especiales...) que le auxiliaran en la investigación de violaciones de los derechos humanos en ciertos países o regiones del mundo (mandatos

<sup>99</sup> “... toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y de la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

<sup>100</sup> Doc. CEDAW/C/2004/II/CRP.3/Rev.1, de 26 de julio de 2004. Observaciones finales sobre España aprobadas el 7 de julio de 2004.

geográficos) o bien ciertas violaciones recurrentes en todo el mundo (mandatos temáticos).

Sobre la base de la resolución 1235 de 1967 del ECOSOC, se creó el procedimiento que autorizó a la Comisión a recibir quejas individuales que configurasen una *situación* que revelara la existencia de un cuadro persistente de violaciones flagrantes, masivas y sistemáticas de los derechos humanos en un país o área regional concreta donde persistieran políticas oficiales de dominación colonial, discriminación racial, segregación o *apartheid*.

En el marco de estas *situaciones* la Comisión pudo recibir quejas individuales sin necesidad del agotamiento previo de los recursos internos, así como establecer órganos especiales de investigación de una *situación* sin el consentimiento del Estado interesado; su mandato fue rendir informes públicos a la Comisión. Así nacieron el Grupo Especial de Expertos sobre el África Meridional (1967-1995) y el Comité Especial sobre las prácticas israelíes que afectan a los derechos humanos del pueblo palestino y de otros habitantes árabes de los territorios ocupados (1968-...).

En 1975, a raíz del golpe de Estado del general Pinochet en Chile, la Comisión amplió su competencia al crear el Grupo de Trabajo *ad hoc* para investigar la situación de los derechos humanos en ese país. A partir de entonces han sido numerosos los órganos especiales de investigación *geográficos*. En 2004 la Comisión recibió informes de Relatores Especiales, Representantes o Expertos independientes relativos a 13 países o regiones diferentes.<sup>101</sup>

A partir de 1980 se suman los órganos especiales de investigación *temáticos*. Junto al estudio de *situaciones* o temas globales, se ocupan de las quejas individuales desde un ángulo inicialmente humanitario. En abril del 2004 la Comisión ya disponía de un total de 25 mandatos temáticos.<sup>102</sup>

<sup>101</sup> Se trata de los territorios palestinos ocupados por Israel, Afganistán, Bosnia y Herzegovina, Burundi, Camboya, la República Islámica del Irán, Iraq, Haití, Myanmar, República Democrática del Congo (antiguo Zaire), Rwanda, Somalia y República Federal de Yugoslavia. En 2004 la Comisión añadió nuevos Relatores Especiales sobre la República Popular Democrática de Corea y Belarús. Además, la Alta Comisionada informa anualmente a la Comisión sobre la situación de los derechos humanos en Colombia y una Representante Personal de la Alta Comisionada informa sobre la situación en Cuba.

<sup>102</sup> Se trata de los informes de los Grupos de Trabajo, Relatores Especiales o Expertos independientes sobre los siguientes temas: desapariciones forzadas o involuntarias; ejecuciones extrajudiciales, tortura, libertad de religión o de creencias, mercenarios; venta de

Catorce de ellos han establecido el procedimiento de “acciones urgentes” bajo el cual las quejas se diligencian con flexibilidad y prontitud, sin atender a requisitos de admisibilidad tales como el agotamiento previo de los recursos internos o el consentimiento del Estado.

Los informes que los distintos relatores o expertos presentan regularmente a la Comisión de DH o a la Asamblea General son posteriormente tenidos en cuenta por la comunidad internacional como fuentes confiables de información. Así lo ha confirmado la Corte Internacional de Justicia en su dictamen de 9 de julio de 2004, al basar su argumentación en los informes del Relator Especial y del Comité Especial sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados, así como en el informe de visita del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación. En efecto, tales informes permitieron a la Corte concluir que la construcción del muro restringe ilegalmente la libertad de circulación de los habitantes de esos territorios, así como el ejercicio de los derechos al trabajo, la salud, la educación y a un nivel de vida suficiente de esas personas.<sup>103</sup>

Por otra parte, la Comisión ha solicitado a sus mandatos geográficos y temáticos que respondan a las quejas de los particulares que reciban

---

niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía; detención arbitraria, desplazados internos, derecho al desarrollo, libertad de opinión y de expresión; formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia; violencia contra la mujer; independencia de magistrados y abogados; vertidos tóxicos; derechos humanos de los migrantes; consecuencias de las políticas de ajuste estructural y de la deuda externa para el goce efectivo de todos los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales; derechos humanos y extrema pobreza; derecho a la educación; derecho a la alimentación; derecho a una vivienda adecuada; el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; la situación de los defensores de los derechos humanos; derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas; y el Grupo de Trabajo de Expertos sobre las personas de ascendencia africana. Además, el Secretario General nombró en 1997 un Representante Especial sobre las repercusiones de los conflictos armados sobre los niños; y en 2003 un Experto independiente sobre la violencia contra los niños (S. P. Pinheiro, Brasil), así como un grupo de cinco eminentes expertos independientes sobre la aplicación de la Declaración y el Programa de Acción de Durban (Conferencia mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia). En 2004 la Comisión DH añadió un Experto independiente sobre el terrorismo y una Relatora Especial sobre el tráfico de personas (especialmente mujeres y niños); y el Secretario General nombró una Experta independiente para actualizar un conjunto de principios contra la impunidad.

<sup>103</sup> CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, dictamen de 9 de julio de 2004, párrs. 132-134.

en el marco de sus respectivos mandatos. Las acciones urgentes de los mecanismos temáticos, libres de las ataduras procesales propias de los procedimientos cuasi contenciosos (convencionales) de protección, desbordan su carácter inicialmente humanitario para acercarse a un modelo de recurso de *habeas corpus* o amparo internacional, en el que se invoca el respeto a las normas internacionales de derechos humanos (convencionales o no) que obligan a cada Estado.<sup>104</sup>

## 1. LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS Y SU RELATORA ESPECIAL SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS

Los procedimientos extra convencionales de protección (sistema de Relatores Especiales y Grupos de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos, tanto geográficos como temáticos) también se pueden referir ocasionalmente en sus informes a las medidas discriminatorias que sufren los trabajadores inmigrantes en muchos países.

En este sentido, el *Grupo de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos sobre la Detención Arbitraria* aprobó en 1999 unas directrices aplicables a los solicitantes de asilo e inmigrantes privados de libertad en centros de retención, zonas internacionales o de tránsito en los aeropuertos, zonas fronterizas y centros de reagrupamiento.<sup>105</sup>

Según las directrices, tales personas serán informadas al ser interpelladas, y en un idioma que comprendan, de la naturaleza y los motivos de la decisión de negarles la entrada al país. Durante su retención podrán comunicarse con el exterior y ponerse en contacto con un abogado, un representante consular o sus familiares. También deben comparecer cuanto antes ante un juez u otra autoridad.

La ley debe prever un plazo máximo de retención que en ningún caso podrá ser indefinido ni tener una duración excesiva. La medida de

<sup>104</sup> Para un estudio detallado de los procedimientos extra convencionales de protección de los derechos humanos en el marco de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Vid.* Villán Durán, Carlos. *Curso de Derecho internacional...*, *op. cit.*, pp. 623-821.

<sup>105</sup> Deliberación núm. 5 sobre la situación relativa a los inmigrantes y a los solicitantes de asilo. Doc. E/CN.4/2000/4, de 28 de diciembre de 1999, anexo II.

retención será notificada por escrito en un idioma comprensible para el interesado, con detalle de los motivos; se precisarán las condiciones en las que el interesado podrá presentar recurso ante un juez, el cual fallará cuanto antes respecto de la legalidad de la medida y, llegado el caso, ordenará la puesta en libertad del interesado.

En cualquier caso, se procederá a la retención en una institución pública que no esté destinada a presos por delitos penales. Se autorizará el acceso del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, el Comité Internacional de la Cruz Roja y, si procede, las organizaciones no gubernamentales competentes a los locales de retención.

Por otra parte, dos procedimientos temáticos extra convencionales de la Comisión de Derechos Humanos han abordado recientemente la situación de los trabajadores migratorios y sus familiares en España: el Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y la Relatora Especial sobre la situación de los trabajadores migratorios.

En lo que se refiere al *Relator Especial sobre la cuestión de la tortura*, a lo largo de los años había enviado al Gobierno español numerosas acciones urgentes a favor de presuntas víctimas de tortura o malos tratos, muchas de ellas extranjeras, inmigrantes e indocumentadas; las últimas figuran en su informe general a la Comisión de 2004.<sup>106</sup> Ante la persistencia de las denuncias, el Relator Especial solicitó autorización para visitar el país, a lo que el Gobierno del Partido Popular accedió pero limitando la visita a 6 días (5-10 de octubre de 2003). En su informe de misión el Relator Especial concluyó que “la tortura o los malos tratos no son sistemáticos en España, pero que, en la práctica, el sistema permite la ocurrencia de tortura o malos tratos, en especial en el caso de personas detenidas en régimen de incomunicación por actividades terroristas”.<sup>107</sup>

<sup>106</sup> Informe del Relator Especial a la Comisión de Derechos Humanos. Doc. E/CN.4/2004/56/Add.1, de 23 de marzo de 2004 (párrs. 1446-1460, pp. 294-299). Para los años anteriores, *cf.* los siguientes Informes anuales del Relator Especial: Doc. E/CN.4/1998/38/Add.1, de 29 de diciembre de 1997 (párrs. 387 y ss., pp. 84-85); Doc. E/CN.4/1998/38, de 24 de diciembre de 1997 (párrs. 174-175, p. 40); Doc. E/CN.4/2000/9, de 2 de febrero de 2000 (párrs. 915 y ss., pp. 194-197); Doc. E/CN.4/2000/9/Add.5, de 14 de marzo de 2000 (párrs. 63 y ss., pp. 14-16); Doc. E/CN.4/2001/66, de 25 de enero de 2001 (párrs. 949-955, pp. 185-186); Doc. E/CN.4/2002/76/Add.1, de 14 de marzo de 2002 (párrs. 1325 y ss., pp. 268-301) y Doc. E/CN.4/2003/68/Add.1, de 27 de febrero de 2003 (párrs. 1260-1485, pp. 255 a 310).

<sup>107</sup> *Cfr.* Doc. E/CN.4/2004/56/Add.2, de 6 de febrero de 2004 (informe del Relator Especial Sr. Theo van Boven).

Entre otras cosas, el Relator Especial recomendó a España que las más altas autoridades declaren oficial y públicamente que la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes están prohibidos en toda circunstancia y que las denuncias de la práctica de la tortura en todas sus formas se investigarán con prontitud y a conciencia; y que se suprima el régimen de incomunicación.

Igualmente recomendó que se garantice con rapidez y eficacia a todas las personas detenidas por las fuerzas de seguridad: a) el derecho de acceso a un abogado, incluido el derecho a consultar al abogado en privado; b) el derecho a ser examinadas por un médico de su elección, en la inteligencia de que ese examen podría hacerse en presencia de un médico forense designado por el Estado; y c) el derecho a informar a sus familiares del hecho y del lugar de su detención.

Todo interrogatorio debería comenzar con la identificación de las personas presentes y ser grabado, preferiblemente en cinta de vídeo. A este respecto, se debería prohibir expresamente cubrir los ojos con vendas o la cabeza con capuchas.

También se deberían tomar medidas legales contra los funcionarios públicos implicados, que deberían ser suspendidos de sus funciones hasta conocerse el resultado de la investigación y de las diligencias jurídicas o disciplinarias posteriores.

Finalmente, el Relator Especial recomendó la ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, que no sólo contempla el establecimiento de un mecanismo internacional independiente, sino también de mecanismos nacionales independientes para la prevención de la tortura en el plano interno.<sup>108</sup>

En cuanto a la *Relatora Especial sobre la situación de los trabajadores migratorios*, recordemos que presenta regularmente informes a la Comisión de Derechos Humanos y a la Asamblea General sobre la situación de ese colectivo de trabajadores en todos los países del mundo. En sus informes generales formula conclusiones y recomendaciones que dirige a todos los Estados miembros de la comunidad internacional. Así, en su último informe a la Asamblea General, señaló que “los abusos más frecuentes contra los inmigrantes se producen en el contexto de prácticas

<sup>108</sup> *Ibidem*.

discriminatorias, xenófobas y racistas, la detención administrativa de inmigrantes indocumentados y a través de diversas formas de explotación de los trabajadores migrantes”.<sup>109</sup>

En relación con los procesos de regularización de inmigrantes en situación administrativa irregular, la Relatora Especial ha considerado que “deben llevarse a cabo con un escrupuloso respeto de los derechos humanos de estas personas, evitando que puedan ser extorsionadas al quedar la regularización en manos de los empleadores”.<sup>110</sup>

En relación con España, la Relatora Especial había enviado en los últimos años varias acciones urgentes al Gobierno interesándose por casos concretos de inmigrantes que habían sido puestos en su conocimiento. En uso de sus facultades la Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro visitó el país en septiembre de 2003 y en su informe de misión<sup>111</sup> mostró preocupación por la presencia de una creciente bolsa de irregulares, ocasionada por la dificultad para frenar la llegada de los mismos y de ejecutar las medidas de expulsión. Igualmente, notó el desconocimiento generalizado de las garantías y derechos que la ley reconoce a los migrantes, con el consiguiente riesgo de indefensión de los mismos frente a posibles abusos.

En particular, la Relatora Especial recomendó a España, entre otras cosas, que ratifique la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; que se reconozcan en la práctica los derechos a la asistencia letrada y a intérprete en todos los procedimientos administrativos contra los migrantes; que los expedientes migratorios, incluidos los relativos a la reagrupación familiar, se tramiten con más rapidez; que se flexibilice el sistema de cupos laborales en algunos sectores como el trabajo doméstico, y se evite la explotación de migrantes en la economía sumergida; que se fomente el alquiler de vivienda protegida para los migrantes, sensibilizando a la población contra el racismo y la xenofobia; proteger a las víctimas de la trata de seres humanos; y que se facilite una mayor presencia del ACNUR en los centros de internamiento de extranjeros y centros de estancia temporal donde pueden encontrarse potenciales demandantes de asilo.

<sup>109</sup> Doc. A/59/342, de 3 de septiembre de 2004, párr. 59.

<sup>110</sup> *Ibidem*, párr. 65.

<sup>111</sup> Doc. E/CN.4/2004/76/Add.2, de 14 de enero de 2004, pp. 20 y ss.

## 2. EL COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA OIT

El Consejo de Administración de la OIT se dotó en 1951 de un *Comité de Libertad Sindical* que, como el propio Consejo, tiene una composición tripartita (representantes de los gobiernos, de los empleadores y de los trabajadores). En total, el Comité consta de nueve miembros y sus correspondientes suplentes, además de un presidente independiente.

El mandato inicial del Comité consistió en examinar las quejas sobre violación de la libertad sindical desde un punto de vista formal, pero pronto comenzó el Comité a analizar también el fondo de las quejas, formulando sus propias conclusiones y recomendaciones, que el Consejo de Administración podía, a su vez, trasladar a los gobiernos interesados.

A lo largo de los años, el Comité ha examinado más de 1900 casos. Las quejas que se reciben con más frecuencia se refieren a detención y procesamiento de sindicalistas o violación de otros derechos humanos de los mismos, tales como el derecho a la vida, integridad física, seguridad y libertad de movimiento; libertad de opinión y de expresión; y derechos de reunión y manifestación.

En cuanto a los sindicatos propiamente dichos, se suelen denunciar injerencias indebidas en la libertad de creación, suspensión y disolución de sindicatos o federaciones sindicales, injerencia en la elección y destitución de los dirigentes sindicales, prohibición de huelgas, manifestaciones o reuniones sindicales, discriminación antisindical y prohibición de la negociación colectiva.

La práctica del Comité ha desarrollado un procedimiento que, a efectos de exposición, dividiremos en dos fases: admisibilidad y fondo.

### 1) ADMISIBILIDAD

El individuo *per se* no goza de *locus standi* para la presentación de una queja ante el Comité, sino las organizaciones profesionales de empleadores y trabajadores. En particular, serán admisibles las quejas presentadas por una organización nacional directamente interesada en el asunto, una organización internacional de trabajadores o de

empleadores con estatuto consultivo ante la OIT,<sup>112</sup> o cualquier otra organización internacional de trabajadores o de empleadores, siempre que las quejas se refieran a asuntos que afecten de modo directo a una de sus asociaciones afiliadas.

La queja puede ir dirigida contra cualquier Estado Miembro de la OIT, con independencia de que haya ratificado o no los convenios de la OIT relativos a la libertad sindical, en atención al carácter constitucional del principio de la libertad sindical.

En cuanto al requisito del agotamiento de los recursos internos, no es considerado como esencial por el Comité para declarar admisible una queja, aunque pueda tener en cuenta el hecho de que existan instancias de apelación internas o que el caso esté pendiente ante un tribunal interno, siempre que éste sea independiente y ofrezca las garantías procesales apropiadas.

El Comité ha previsto un procedimiento de urgencia para tramitar con prioridad asuntos en los que esté en peligro la vida o la libertad de determinadas personas. También en casos en que la situación existente comprometa la libertad de acción del movimiento sindical en su conjunto, o si se ha decidido la disolución de una organización. Igualmente, se aplicará el procedimiento de urgencia si la queja se ha presentado durante la vigencia prolongada de la declaración de un estado de excepción en el país en el que se ha producido la supuesta violación del principio de libertad sindical. Por último, se aplicará el procedimiento de urgencia en los casos sobre los que el Comité ya ha presentado un informe al Consejo de Administración.

## 2) FONDO

Declarada admisible la queja, el Comité analiza los alegatos que la motivan y determina si violan o no el principio de la libertad sindical de los trabajadores y de los empleadores, evitando formular acusaciones contra el gobierno encartado. En otros términos, el Comité establece en

<sup>112</sup> Cinco organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores gozan de estatuto consultivo ante la OIT: La Organización Internacional de Empleadores, la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres, la Confederación Mundial del Trabajo, la Federación Sindical Mundial y la Organización de la Unidad Sindical Africana.

cada caso si el gobierno garantiza o no el libre ejercicio de los derechos sindicales en su territorio.

Finalmente, en los casos que han merecido un estudio a fondo y un debate entre las partes, el Comité someterá un informe escrito con sus conclusiones y recomendaciones al Consejo de Administración, poniendo el acento en las medidas que el Estado deberá tomar en cumplimiento de su obligación de respeto del principio constitucional de la libertad sindical.

Entre los casos sometidos ante el Comité contra el Gobierno de España, destaca la queja de la Unión General de Trabajadores (UGT) de 23 de marzo de 2001 por denegación de los derechos de sindicación, huelga, reunión, manifestación, asociación y negociación colectiva a los trabajadores extranjeros “irregulares”.<sup>113</sup> Según los querellantes, la Ley Orgánica 8/2000 condiciona indebidamente el ejercicio de estos derechos a la obtención de una autorización de estancia o residencia en el país. El Comité acogió la queja de la UGT y recomendó que se respete el Art. 2 del Convenio núm. 87 (ratificado por España) en virtud del cual los trabajadores, sin ninguna distinción, tienen el derecho de afiliarse a las organizaciones que estimen convenientes.<sup>114</sup>

## V. CONCLUSIONES

La existencia de un colectivo superior a 2,6 millones de extranjeros inscritos en el Padrón municipal español (de los que al menos 800.000 son trabajadores inmigrantes irregulares), pone de relieve que no nos encontramos ante un fenómeno coyuntural que se pueda resolver con criterios puramente económicos (cupos de trabajadores extranjeros autorizados a entrar en el país) o represivos (construcción de muros disuasivos y otros controles policiales fronterizos, legislación de extranjería y prácticas administrativas abusivas). Estas medidas ya han mostrado su inoperancia, entre otras cosas, porque muchas de ellas suponen serias violaciones a los derechos humanos de este importante sector de la población que vive en España.

<sup>113</sup> Caso núm. 1221. *Vid.* 327º informe del Comité de Libertad Sindical, doc. GB.283/8, de marzo de 2002, pp. 176-180.

<sup>114</sup> *Ibidem*, párr. 562, p. 180.

Por el contrario, el fenómeno de los flujos migratorios es mundial (175 millones de personas) y *estructural* porque tiene su origen en las crecientes desigualdades económico-sociales entre el Norte rico y desarrollado y un Sur tercermundista donde se hacen la extrema pobreza, el hambre, la inseguridad y la exclusión social de la mayor parte de sus habitantes. El extranjero que ha huido de su país por razones políticas o económicas y que ha conseguido llegar a España se quedará, porque no tiene posibilidades de retorno. Además, lejos de constituir una rémora social, el trabajador inmigrante crea riqueza en nuestro país porque contribuye al desarrollo demográfico, económico-social y cultural del mismo, asumiendo tareas que los nacionales rechazan.

España ha ratificado numerosos tratados internacionales que le obligan a prohibir toda discriminación entre nacionales y extranjeros. El principio de no discriminación forma parte del núcleo duro o de *ius cogens* del DIDH, por lo que no es susceptible de derogación (Art. 4.1 del PIDCP). No obstante, cabe que el Estado introduzca en sus políticas migratorias o en su legislación de extranjería ciertas *diferencias de trato* entre nacionales y extranjeros que no se considerarán *discriminatorias* en la medida en que se justifiquen como *razonables, objetivas*, y persigan un *propósito legítimo* conforme al PIDCP (Art. 2.1).

Los tratados que obligan a España, avalados por la práctica de los órganos internacionales de control, prohíben discriminar entre nacionales y extranjeros (sean éstos trabajadores migratorios documentados o “sin papeles”) en el disfrute de una serie de derechos humanos básicos, entre los que se encuentran: el conjunto de derechos civiles y políticos; las libertades de reunión, asociación, sindicación y huelga; el derecho al trabajo y seguridad social; el derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar; el derecho a la educación; y el derecho a la asistencia letrada e intérprete gratuitos.

El campo de aplicación material del principio de no discriminación respecto del extranjero –documentado o no– se ampliaría considerablemente si España ratificara la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares* (de 1990). Se trata de una recomendación unánimemente formulada por los órganos de expertos en derechos humanos de las Naciones Unidas, tanto convencionales como extra convencionales. Adicionalmente, la integración real del extranjero en España se facilitaría con la ratificación del

*Convenio num. 143 de la OIT sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias)*, de 1975; y la *Convención Europea sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local*, de 1992.

Dado que los flujos migratorios plantean problemas estructurales tanto a nivel internacional como nacional, se deben resolver con políticas igualmente *estructurales*. Así, a nivel mundial, la comunidad internacional debe incrementar sustancialmente la ayuda oficial al desarrollo y aliviar la deuda externa de los países en vías de desarrollo, para darles la posibilidad de reducir la pobreza extrema y la exclusión social dentro de sus fronteras,<sup>115</sup> dando así cumplimiento a los objetivos de desarrollo establecidos en la Declaración del Milenio de 2000.<sup>116</sup>

A nivel nacional, el objetivo de toda política estructural debe ser la eliminación de las discriminaciones y la *integración* de todo extranjero que viva en España. Ahora bien, la integración no equivale a asimilación, pues debe ser bidireccional y consistir en “el desarrollo libre de las diversas identidades en pie de igualdad, así como un proceso de interacción e interrelación entre ellas”.<sup>117</sup>

Por otra parte, las violaciones más graves de los derechos humanos de los trabajadores migratorios y de sus familiares deben denunciarse ante los tribunales de justicia competentes, al tiempo que se invocan las normas internacionales que reconocen esos derechos y obligan a España.

Al mismo tiempo que se denuncian los hechos ante los tribunales nacionales, se pueden trasladar esas alegaciones ante el sistema de relatores especiales y grupos de trabajo de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Tal sistema abarca un amplio número de temas que están relacionados con los derechos humanos de los trabajadores

<sup>115</sup> 1,3 billones de seres humanos subsisten con menos de un dólar por día. *Vid.* PNUD. *Informe sobre desarrollo humano 2003. Los Objetivos de Desarrollo del Milenio: un pacto entre las naciones para eliminar la pobreza*, Madrid/Barcelona/México, Ediciones Mundi-Prensa, 2003, 367 p.

<sup>116</sup> Resolución 55/2 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada el 8 de septiembre de 2000 por los Jefes de Estado y de Gobierno de todo el mundo. Tales objetivos son la reducción a la mitad, para el año 2015, del número de excluidos sociales en situación de extrema pobreza que padecen hambre, no tienen acceso al agua potable, a saneamiento, a la educación básica, a la salud o a una vivienda digna.

<sup>117</sup> *Los derechos humanos en el País Vasco. Valoración pública del Instituto de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004, p. 15. Ver también de Lucas, Javier. “Las condiciones de un pacto social sobre la inmigración”, en Fernández Sola, Natividad y Calvo García, Manuel (coords.). *Inmigración y derechos...*, *op. cit.*, pp. 33-59.

migratorios: tortura y malos tratos; detención arbitraria; libertad de religión y de creencias; racismo y discriminación racial; libertad de opinión y de expresión; trabajadores migratorios; prostitución infantil; violencia contra las mujeres; derecho a la educación; derecho a la alimentación; derecho a una vivienda adecuada; y derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Pues bien, todos ellos están habilitados para solicitar del Estado –incluso por la vía de la acción urgente– que se investiguen las denuncias, cesen las violaciones, se castigue a los culpables y se repare a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos.

También se debe tener en cuenta que, en el marco de la OIT, el Comité de Libertad Sindical puede recibir quejas de su competencia. Lo mismo ocurre, en el ámbito del Consejo de Europa, con el Comisario Europeo para los Derechos Humanos,<sup>118</sup> el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia y el Comité Asesor del Convenio para la Protección de las Minorías Nacionales del Consejo de Europa.

Adicionalmente, agotados los recursos internos sin éxito, se debe recurrir ante los procedimientos judiciales y cuasi judiciales internacionales de protección, tanto a nivel del Consejo de Europa (TEDH) como de las Naciones Unidas (Comités establecidos en tratados internacionales de derechos humanos). Estos órganos internacionales pueden recibir, respectivamente, demandas o quejas individuales por violación de alguno de los derechos consagrados en el respectivo tratado ratificado por España. Constatada la violación, tales órganos internacionales establecerán las medidas que el Estado deberá adoptar para reparar debidamente a la víctima.

<sup>118</sup> Doc. CommDH(2003)8rev.bil: *Human Rights and Immigration. Collection of Contributions to the Work of the Commissioner for Human Rights, Alvaro Gil Robles*, Strasbourg, 2004, 146 p.