

Inmigración y Derechos Humanos: Derecho Internacional y situación en España

Carlos Villán Durán

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Ginebra)¹

Joaquín González Vecín dedicó su vida profesional a satisfacer una doble vocación: académica y política. Así, como Profesor Titular de Geografía en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de León, dejó una amplia estela de alumnos y amigos que disfrutaron de su docencia y proyectos de investigación que se caracterizaron por su fuerte contenido social. La misma preocupación social volcó en su vocación política, que culminó en el plano institucional al ser Concejal por Izquierda Unida del Ayuntamiento de León. Como antiguo colega y amigo en ambos planos, Joaquín compartía conmigo la preocupación por la cuestión migratoria en España. Las líneas que siguen son mi mejor homenaje a su memoria, siempre presente.

INTRODUCCION

Se entiende por trabajador migratorio aquél que realiza una actividad remunerada en un país distinto del de su nacionalidad. 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. Las proyecciones para el futuro confirman¹ que este total aumentará aún mucho más en los próximos años².

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 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

¹ Las opiniones expresadas son de la exclusiva responsabilidad del autor, por lo que no comprometen las de la Organización.

² I.O.M., *World Migration 2003 - Managing Migration: Challenges and Responses for People on the Move*, Geneva, IOM, 2003, pp. 4-5

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 en 2003 la existencia de 1,4 millones de inmigrantes con permiso de residencia, incluidos los comunitarios³. A ellos se deben añadir los que se encuentran en situación irregular, que según otras estimaciones son unos 800.000⁴. 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 potencia la desregulación laboral y el desmantelamiento del Estado del bienestar, objetivos ambos del paradigma ideológico neoliberal que inspira el actual 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*, el "efecto llamada" de la economía sumergida y la escasa cooperación al desarrollo, facilitan el incremento de las migraciones.

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, pues está 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 ilegalmente⁵.

Por último, los trabajadores migratorios producen grandes beneficios económicos para los empresarios que les emplean. Al mismo tiempo, envían a sus países de origen remesas que alcanzan 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).

³ 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).

⁴ Diario *El País* de 14 de septiembre de 2004, editorial. Esta cifra es aceptada por la actual Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración

⁵ OACNUDH: *Los derechos de los trabajadores migratorios*. Ginebra, 2003, 69 p., at 8

I. 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 D. 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 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).

Los tratados arriba citados obligan a España a nivel internacional una vez ratificados. Por consiguiente, se deben 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)⁶ 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.

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

⁶ Cfr. FERNANDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos (Coordinador): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 2a. edición, Madrid, Edit. Dilex, 2003, Lecc. 16, pp. 441-464

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 reconoce⁷. 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 Humanos⁸.

Pues bien, 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 humanos⁹. 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

"...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*"¹⁰.

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 con-*

⁷ Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D.: «La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en materia de derechos humanos», in MARIÑO MENÉNDEZ (F. M.) (editor), *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

⁸ *Ibidem*, pp. 340-342

⁹ Cfr. VILLÁN DURÁN, C.: *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid, Trotta, 2002, pp. 96-99.

¹⁰ El subrayado es nuestro.

dición social"¹¹) 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 SIDA¹².

En el marco de su observación general relativa al principio "básico y general" de la no discriminación, el Comité de Derechos Humanos, órgano de expertos independientes 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"¹³.

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 públicas"¹⁴. 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"¹⁵.

Por tanto, toda diferencia, para no ser calificada de discriminatoria, ha de ser *razonable, objetiva* y perseguir un *propósito legítimo* conforme al Pacto¹⁶. 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.

¹¹ En francés: "toute autre situation". En inglés: "other status"

¹² Cfr. VILLÁN DURÁN, C.: «Los derechos humanos ante la epidemia del SIDA», in GÓMEZ ISA, Felipe (Director) 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.

¹³ 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

¹⁴ *Ibidem*, párrafo 12

¹⁵ *Id.*, párrafo 13

¹⁶ 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

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 principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico"¹⁷. En consecuencia, el citado principio "es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional"¹⁸, y "acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares"¹⁹.

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 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 los migrantes indocumentados en todo el mundo"²⁰.

Trasladando estos conceptos y valores a la realidad española²¹, 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 social²² y su Reglamento de ejecución²³ 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

¹⁷ Ver Corte IDH, OC-18/03, cit., párr. 101

¹⁸ *Ibidem*, párr. 173, punto 4 (opinión)

¹⁹ *Ibidem* id., punto 5 (opinión). Ver también los párrs. 84 y 85 del voto concurrente del Juez A. Cançado Trindade

²⁰ Voto concurrente del Juez A. Cançado Trindade en la Opinión Consultiva de la Corte IDH OC-18/03, cit., párr. 88

²¹ Ver SOLANES CORELLA, Ángeles: «La situación jurídica del extranjero irregular en España», in FERNÁNDEZ SOLA, Natividad y CALVO GARCÍA, Manuel (coordinadores), Inmigración y derechos. Zaragoza, Mira editores, 2001, pp. 237-263

²² 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», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, num. 1, 2002, pp. 99-112

²³ 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.

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 PIDESC²⁴.

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.

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 España²⁵ 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 humanos²⁶. Esa contradicción lleva al Estado a incurrir en responsabilidad internacional y debe resolverse a favor de las normas internacionales, pues jerárquicamente son superiores a la legislación interna²⁷, si bien su rango es infra-constitucional.

En palabras de la Corte IDH, “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”²⁸.

²⁴ Ver AGUELO, Pascual: «Los derechos y libertades de los extranjeros: análisis crítico del marco jurídico español», in ALEMANY, Jesús María et al., *La inmigración, una realidad en España*. Zaragoza, Centro Pignatelli, 2002, pp. 325-369;

²⁵ Ver CHUECA SANCHO, Ángel G.: «Los derechos humanos de los extranjeros en Europa: entre el respeto y la discriminación». in ALEMANY, Jesús María et al., *La inmigración, una realidad en España*. Zaragoza, Centro Pignatelli, 2002, pp. 237-261

²⁶ Consciente de la Sentencia del TS de 20 de marzo de 2003 citada en la nota anterior, así como de sus obligaciones internacionales, el Gobierno del PP 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 de 14 de septiembre de 2004

²⁷ 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

²⁸ Corte IDH, OC -18/13, cit., párr. 173, punto 11 (opinión)

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

Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990 (resolución 45/158), esta Convención entró en vigor en el plano internacional el 1 de julio de 2003. Cuenta con 26 Estados Partes²⁹, entre los que no se encuentra España ni ningún otro Estado miembro de la Unión Europea³⁰. 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 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).

²⁹ 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

³⁰ Ver BONET PÉREZ, Jordi: «La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares», in GÓMEZ ISA, Felipe (Director) y PUREZA, José Manuel, *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Bilbao, Universidad de Deusto, 2003, pp. 309-349

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.

III. LA RECLAMACION 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 Convenio³¹) podrá recibir demandas presentadas por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se consideren VICTIMAS 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 D. 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 a 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 declara 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).

³¹ Vid. también el Reglamento del TEDH de 4 de noviembre de 1998, enmendado en 2000 y 2002, en <http://www.echr.coe.int>

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)³², 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 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 cuasi-judicial: quejas ante los Comités de las Naciones Unidas establecidos en tratados

Mediante este procedimiento 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 interesados³³.

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% de los

³² Este Protocolo no ha sido ratificado por España

³³ Un estudio completo de los mecanismos cuasi-contenciosos 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, C.: *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid, Trotta, 2002, pp. 453-489.

casos, los Estados deciden acatar los términos de esos dictámenes y adoptar las medidas de reparación indicadas por el Comité.

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 Cruelles, 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 Partes en alguno de los tratados de derechos humanos, debe presentar periódicamente ante el respectivo Comité informes sobre el grado de aplicación

interna de los derechos consagrados en esos tratados³⁴. Para ello, los Estados deberán seguir las directrices de los distintos Comités en cuanto a la forma y contenido de los citados informes³⁵. Una vez estudiados esos informes, el Comité correspondiente aprueba las citadas *observaciones finales* en las que formula recomendaciones dirigidas a cada Estado³⁶. Todos estos documentos son públicos y se pueden localizar electrónicamente³⁷. Pues bien, 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 2004³⁸. 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 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% 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 obtener 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.

³⁴ 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”).

³⁵ 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.

³⁶ Un estudio completo de los procedimientos de información, tanto en las Naciones Unidas como en la UNESCO y en la OIT, se encuentra en VILLAN DURAN, Carlos: *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid, Trotta, 2002, pp. 382-424.

³⁷ Vid. la página Web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) (<http://www.ohchr.org>).

³⁸ 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

En segundo lugar, el *Comité contra la Tortura*³⁹ 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.

En tercer lugar, el *Comité de los Derechos del Niño*⁴⁰ 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 a 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 consecuencia, el Comité recomendó que se adopten con carácter urgente las medidas necesarias a 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

³⁹ El Comité examinó el cuarto informe periódico de España (CAT/C/55/Add.5) en sus sesiones 530^a, 533^a y 540^a celebradas los días 12, 13 y 19 de noviembre de 2002. Vid. doc. A/58/44, 2003, pp. 26-29.

⁴⁰ Observaciones finales aprobadas por el Comité de los Derechos del Niño en su 804^a sesión, celebrada el 7 de junio de 2002. Doc. CRC/C/15/Add.185, de 13 de junio de 2002.

- 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*⁴¹ aprobó el 10 de marzo de 2004 importantes *observaciones finales* relativas a 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 a 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 disponen de medios adecuados para regularizar su situación. Todos los extranjeros en el

⁴¹ Doc. CERD/C/64/CO/6, de 28 de abril de 2004

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 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 encareció 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.

Y, 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 Convención⁴². 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 Familiares⁴³.

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 a la Comisión de Derechos Humanos de las Nacio-

⁴² "...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"

⁴³ 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

nes Unidas, un órgano de composición política (53 Estados) que a partir de 1967 decidió que debía dotarse de mecanismos compuestos de 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 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 amplía 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.

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. 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 personas⁴⁴.

Tres de los procedimientos extra-convencionales de protección de la Comisión de Derechos Humanos se han referido en sus informes a las medidas discriminatorias que sufren los trabajadores inmigrantes en muchos países.

En primer lugar, 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 reagrupamiento⁴⁵.

Conforme a 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 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.

En segundo lugar, el *Relator Especial sobre la cuestión de la tortura* envió en el pasado 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 2004⁴⁶. Ante la persistencia de las denuncias, el Relator Especial solicitó

⁴⁴ CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, dictamen de 9 de julio de 2004, párrs. 132-134. 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. VILLAN DURAN, C.: *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid, Trotta, 2002, pp. 623-821.

⁴⁵ Deliberación num. 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

⁴⁶ 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, *cfr.* 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);

autorización para visitar el país, a lo que el Gobierno del PP accedió pero limitando la visita a seis 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”⁴⁷.

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 cachuchas.

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 Crueles, 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 interno⁴⁸.

Y, en tercer lugar, la *Relatora Especial sobre la situación de los trabajadores migratorios*, 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, formulando conclusiones y recomendaciones que dirige a todos los Estados miembros de la comunidad internacional. Así, en

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)

⁴⁷ Cfr. Doc. E/CN.4/2004/56/Add.2, de 6 de febrero de 2004 (informe del Relator Especial Sr. Theo van Boven)

⁴⁸ *Ibidem*

su último informe a la Asamblea General, señaló que “los abusos más frecuentes contra los inmigrantes se producen en el contexto de prácticas discriminatorias, xenófobas y racistas, la detención administrativa de inmigrantes indocumentados y a través de diversas formas de explotación de los trabajadores migrantes”⁴⁹.

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”⁵⁰.

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 misión⁵¹ mostró preocupación por la presencia de una creciente bolsa de irregulares, ocasionada por la dificultad de 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.

En el marco de la *Organización Internacional del Trabajo*, su Consejo de Administración se dotó en 1951, en el ámbito extraconvencional, 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 comen-

⁴⁹ Doc. A/59/342, de 3 de septiembre de 2004, párr. 59

⁵⁰ *Ibidem*, párr. 65

⁵¹ Doc. E/CN.4/2004/76/Add.2, de 14 de enero de 2004, pp. 20 y ss.

zó 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.

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"⁵². 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 convenientes⁵³.

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.

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 el 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

⁵² Caso núm. 1221. Vid. 327° informe del Comité de Libertad Sindical, doc. GB.283/8, de marzo de 2002, pp. 176-180

⁵³ *Ibidem*, párr. 562, p. 180

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 extraconvencionales. 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 fronteras⁵⁴, dando así cumplimiento a los objetivos de desarrollo establecidos en la Declaración del Milenio de 2000⁵⁵.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ 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

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 bi-direccional y consistir en “el desarrollo libre de las diversas identidades en pie de igualdad, así como un proceso de interacción e interrelación entre ellas”⁵⁶.

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 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.

Todos estos relatores especiales 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, 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.

padecen hambre, no tienen acceso al agua potable, a saneamiento, a la educación básica, a la salud o a una vivienda digna

⁵⁶ *Los derechos humanos en el País Vasco. Valoración pública del Instituto de Derechos Humanos*. Bilbao, Universidad de Deusto, 2004, p. 15