



FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONES  
INTERNACIONALES

**TESIS DOCTORAL**

**LA VIDA DIGNA EN EL CONTEXTO DE LA INMIGRACIÓN:  
LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS**

MARIA TERESA PALACIOS SANABRIA

Sevilla,  
Octubre de 2012



FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONES  
INTERNACIONALES

**TESIS DOCTORAL**

**LA VIDA DIGNA EN EL CONTEXTO DE LA INMIGRACIÓN:  
LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS**

Tesis que presenta para optar al Grado de Doctor:

MARIA TERESA PALACIOS SANABRIA

Dirigida por la profesora Doctora Dña. ANA  
M. SALADO OSUNA

Profesora Titular de Derecho Internacional y  
Relaciones Internacionales

Sevilla,

Octubre de 2012

## **Resumen**

En un mundo globalizado como el actual las migraciones internacionales son una realidad que exige de parte de los Estados un adecuado tratamiento y gestión de los flujos de personas que se movilizan por los territorios de los países. Sobre el particular se han efectuado numerosos estudios con diversos enfoques, y el tema ha sido abordado desde varias disciplinas. Con este trabajo de tesis doctoral se busca plantear una reflexión sobre los derechos de los extranjeros y de los trabajadores migrantes desde la disciplina del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y comprobar si en realidad se ha producido un desarrollo progresivo de las normas que amparan a este grupo de personas, o por el contrario las consagraciones normativas existentes aún no logran ser suficientes para atender a sus necesidades.

Para el cumplimiento de los objetivos de la investigación y el correcto desarrollo de este estudio, la tesis se ha dividido en seis capítulos que obedecen temáticamente a las siguientes cuestiones:

En el primero de ellos, la investigación ha partido de la delimitación de los conceptos, lo que nos permitió analizar las definiciones relacionadas con la migración y acoger una postura coincidente con el sentido restringido de los términos. Lo anterior permitió circunscribir el objeto de estudio. Con posterioridad, el análisis exigió entender la interpretación y el significado de dos principios estructurales de las normas de Derecho Internacional de Derechos Humanos; la dignidad humana y la igualdad y no discriminación. Sobre la base de estos dos principios, se proponen reflexiones y cuestionamientos sobre su aplicación al caso de las personas extranjeras y de los trabajadores migrantes y de sus familias. A continuación se analizó la importancia del derecho al trabajo para este colectivo de personas y finalmente se profundizó en el estudio y evolución de los derechos de los trabajadores migrantes en situación jurídica de irregularidad y también de aquellos que se encuentran en situación jurídica de regularidad.

**Palabras Clave:** Derecho Internacional, Migraciones Internacionales, Derechos de los extranjeros, dignidad humana, igualdad y no discriminación, trabajadores migrantes y sus familias.

## Summary

In today's globalized world, the international migration is a reality that requires proper management from the State, that is, the flow of people moving through the territories of the countries. In this regard there have been numerous studies with different perspectives, and the topic has been approached by several disciplines.

This doctoral thesis seeks to do a reflection on the rights of foreigners and migrant workers from the discipline of International Law of Human Rights. Also, to see if in fact there has been a progressive development of standards that protect this group of people or, if instead, the existing regulations still fail to be sufficient to meet their needs.

To fulfill the research objectives and the proper conduct of this study, the thesis is organized thematically in six chapters, as follows:

In the first chapter is the delimitation of the concepts, which allowed to analyze the definitions related to migration and take a position coincident with the sense of the terms. This allowed to circumscribe the object of study. Subsequently, the analysis required to understand the interpretation and meaning of two structural principles of International Human Rights Law, human dignity and equality and non-discrimination. Based on these two principles, there are proposed reflections and questions of its application to the case of foreigners and migrant workers and their families. After that, it was analyzed the importance of the right to work for this group of people and finally, deepened in the study and development of the rights of migrant workers in an irregular legal situation and also those who are in legal status of regularly.

**Keywords:** International Law, International Migration, foreigners Rights, human dignity, equality and non-discrimination, migrant workers and their families.

## AGRADECIMIENTOS

Al escribir estas palabras, pasa por mi mente un listado interminable de personas que han sido fundamentales para el logro de este objetivo, el cual, por mucho tiempo, ha sido la principal meta de mi vida. Creo que estas personas pueden clasificarse entre aquellas que me han dado la oportunidad material de estar hoy acá, ante esta página y aquellas que con su fuerza moral, cariño, comprensión, amor y mucha, mucha paciencia, no soltaron mi mano ni un momento en esos días buenos, malos y regulares que han formado parte de este proceso.

En el primer grupo de personas, no tengo más que palabras de infinita gratitud a la Fundación Carolina, pues a través de sus programas de cooperación internacional hizo posible que llegara a completar mi formación académica y profesional en mi muy querida Universidad de Sevilla. Sin duda, a mi casa, Alma Mater y lugar de trabajo, la Universidad del Rosario, que me ha dado las herramientas básicas no sólo materiales, sino, el tiempo y la posibilidad de realizar este sueño que está por volverse realidad.

A las directivas de la Universidad del Rosario, especialmente, al doctor Alejandro Venegas Franco, quien siendo Decano de la Facultad de Jurisprudencia y hoy Vicerrector de la Universidad del Rosario, me ha premiado con su apoyo, su confianza y ha creído en mi capacidad para sacar adelante este proyecto; no puedo omitir en estos momentos, al doctor José Manuel Restrepo Abondano, quien siendo el Vicerrector en el año 2006 me orientó, impulsó y promovió para la obtención de mi beca de Doctorado. A la doctora Beatriz Londoño Toro, quien ha sido más que una jefe para mí, ha sido mi modelo de superación y mi amiga y descubrió en mí, el talento para iniciar una vida en la Academia. Por supuesto, a mi profesor, el doctor Fernando Mayorga García, quien me condujo a la Universidad de Sevilla y me ha aconsejado con mucho cariño. Así mismo, hago extensivos mis agradecimientos al Grupo de Investigación en Derechos Humanos y a mis compañeros de trabajo en especial a Sheila Giraldo.

En la Universidad de Sevilla, a mi llegada, encontré personas maravillosas que me han tendido su mano y debo comenzar por don Fernando Betancur Serna, Catedrático de Derecho Romano, quien sin conocerme desde el primer momento me abrió las puertas de su corazón y de su familia y me acogió con el cariño de un verdadero compatriota. De él he aprendido la importancia de hacer que este proceso deje huellas no sólo en lo académico, sino en lo personal y en lo humano, que finalmente es lo más importante.

La doctora Doña Ana María Salado Osuna, quien aceptó generosamente ser la Directora de mi tesis y se sumergió conmigo en las profundidades de esta investigación; a ella, sólo tengo palabras de admiración y agradecimiento, pues con sus enseñanzas y altas exigencias académicas ha logrado hacer que un proyecto imperfecto, con muchos errores y dificultades, hoy se haya transformado en una tesis doctoral digna de ser presentada ante un jurado.

A Pilar Romero Domínguez, a quien un día llamé mi ángel de la guarda de la biblioteca, pues con su apoyo incondicional me permitió acceder a toda la información necesaria para

realizar correctamente y sin tropiezos mi investigación. Así mismo, a todos los funcionarios de la Biblioteca de la Universidad de Sevilla, caras amables que siempre buscaban una solución a los aparentes problemas operativos y de acceso a la información. Sin todos ellos, esto hoy no sería una realidad.

El segundo grupo de personas, el de mis entrañas, mi familia y mis grandes amigos; a ellos sólo les puedo decir: gracias, gracias por estar siempre ahí, gracias por entenderme y por apoyarme en todos los proyectos de mi vida, los amo.

Debo empezar por mis padres, seres humanos maravillosos y luchadores, a los que les debo TODO lo que tengo, desde mi existencia, hasta cada uno de los logros que he alcanzado en los diferentes aspectos de mi vida. Por ellos, soy hoy la persona que comparte con todos ustedes este mérito. Mamita linda, gracias por ser mi mamá, eres lo más hermoso que tengo, te amo por ser siempre esa persona transparente y de cara sonriente que alegra mi vida. A mi papá, un hombre trabajador y de corazón noble que me ha enseñado el valor de la honestidad y que siempre ha creído en mi por encima de las dificultades. A mi tía Cecilia, ser bueno, de corazón puro, que siempre me cuidó y me ha dado mucho amor.

Mi amado esposo, quien me conoció, se casó conmigo y ha sido mi compañero de vida en el transcurso de este proceso doctoral. A él, solo quiero decirle que le agradezco la comprensión y la paciencia que ha tenido durante este tiempo, las palabras de aliento y de fortaleza para no dejar nada en medio del camino. Espero en Dios, compartir con él la cosecha de esta siembra.

A mis hermanos, dos personas fundamentales en mi vida que adoro y admiro, con sus diferencias, han sido mis modelos de superación, fortaleza, carácter, fidelidad, incondicionalidad y mucha fe en el señor Jesús, artífice y piedra angular de nuestras vidas.

A mis suegros, quienes son mi nueva familia y han sido en este tiempo ejemplo de apoyo incondicional y de cariño, Dios los bendiga por ser tan buenos.

Mis amigas... que gran tesoro, son un hermoso regalo de Dios y de la vida; aquí debo mencionar a María Lucía Torres, Catalina Lleras, Viviana Díaz, Tatiana Oñate, Rocío Araujo, Luisa García y Adriana Borda. Ellas han sido el escape a mis momentos difíciles, me han sacado mil sonrisas y han sido mi incondicional paño de lágrimas; espero tenerlas siempre a mi lado, niñas.

Por último, dejo al Creador de toda vida existente y lo hago a propósito, pues es el ser más importante en este proceso. Gracias Dios, gracias por ser mi soporte, mi fuerza, el eje de mi vida, gracias por darme todas las oportunidades, por ser la fuente de mi energía y de mi fe, por nunca abandonarme, por abrirme los caminos en medio de las dificultades, por inspirarme, por iluminarme, por no dejarme caer y acompañarme junto con la Virgen de la medalla milagrosa.

### **Principales Abreviaturas utilizadas**

CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CCT	Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CEDM	Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer
CEDAW	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer
CEDH	Convenio para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
CEDR	Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial
CEAR	Comité de Expertos en Aplicación de Normas y Recomendaciones
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CSE	Carta Social Europea
CTMF	Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares
DADH	Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
FAO	Food and Agriculture Organization
HRQ	Human Rights Quarterly
IIDH	Instituto Interamericano de Derechos Humanos
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OIM	Organización Internacional para las Migraciones
OIT	Organización Internacional del Trabajo

ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PMA	Programa Mundial de Alimentos
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura



## Tabla de contenido

<b>INTRODUCCIÓN GENERAL</b> .....	13
I. Precisiones conceptuales y su incidencia en los principios de dignidad humana y de igualdad y no discriminación frente los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias. ....	20
II. El derecho al trabajo de los trabajadores migratorios y los derechos de los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias a partir del aporte de la CTMF y otros instrumentos internacionales. ....	25
III. Alcance de la investigación: .....	28
4. Conceptos relacionados con las personas: extranjeros, migrantes, emigrantes, inmigrantes. ....	44
5. El trabajador migratorio.....	52
5.1. Concepto previo a la CTMF.....	52
5.2. Concepto posterior a la CTMF.....	58
5.3. Inmigrante en situación jurídica de legalidad.....	67
5.4. Inmigrante en situación jurídica de ilegalidad .....	70
6. Familia del trabajador migrante.....	73
7. Estados de origen, de destino, de acogida, de empleo y de tránsito. ....	75
A) Objeto del estudio.....	28
B) Objetivos .....	29
C) Metodología .....	30
D) Fuentes de conocimiento .....	30
E) Plan de trabajo.....	32
<b>CAPÍTULO I</b> .....	<b>34</b>
<b>TRABAJADORES MIGRANTES: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL</b> .....	<b>34</b>
1. Migración, emigración, inmigración. ....	34
2. Migración forzada y migración voluntaria .....	36
3. Migración interna y migración internacional .....	43
<b>CAPÍTULO II</b> .....	<b>82</b>
<b>PRINCIPIO DE DIGNIDAD</b> .....	<b>82</b>
1. La dignidad humana y los trabajadores migratorios y sus familias.....	82
2. Ámbito universal. ....	84
2.1. Consagración internacional de la dignidad humana: la Carta de las Naciones Unidas.....	84

2.2. La proclamación de derechos humanos fundamentados en la dignidad humana: la Declaración Universal de Derechos Humanos .....	86
2.3. Consagración jurídica de los derechos de toda persona en virtud del principio de la dignidad humana. ....	90
2.3.1. Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos. ....	90
2.3.2. Otros tratados específicos. ....	97
2.3.3. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. ....	109
3. Ámbito Regional. ....	113
3.1. Europeo. ....	113
3.1.1. Consejo de Europa. ....	113
3.1.1.1. El Convenio Europeo de Derechos Humanos. ....	113
3.1.1.2. La Carta Social Europea y otros tratados. ....	117
3.1.2. Unión Europea. Especial referencia a la Carta de Derechos Fundamentales. .	121
3.2. Ámbito Americano: Organización de los Estados Americanos. ....	125
3.2.1. La Declaración y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. ....	125
3.2.2. Otros tratados específicos. ....	131
<b>CAPÍTULO III</b> .....	132
<b>PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN</b> .....	132
1. Los principios de igualdad y de no discriminación: su internacionalización .....	132
2. Consagración normativa de los principios en el ámbito universal .....	134
2.1. Carta Internacional de los Derechos Humanos. ....	134
2.2. Tratados específicos .....	155
2.3. Confirmación de los principios de igualdad y de no discriminación en relación con los trabajadores migratorios en la CTMF .....	168
2.4. Las medidas de acción positiva: su finalidad .....	171
3. Apuesta por los principios de igualdad y de no discriminación en los ámbitos regionales. ....	175
3.1. Europa en defensa de los principios de igualdad y no discriminación. ....	175
3.1.1. Los esfuerzos del Consejo de Europa. ....	175
3.1.2. Avances y retrocesos en la Unión Europea .....	188
3.2. La Organización de los Estados Americanos a favor del principio de igualdad y su lucha contra la discriminación: los esfuerzos normativos .....	192
<b>CAPÍTULO IV</b> .....	199
<b>EL DERECHO AL TRABAJO DE LOS INMIGRANTES</b> .....	199

1. Concepto de derecho al trabajo. ....	199
1.1. El derecho al trabajo y los trabajadores migratorios. ....	199
1.2. Consagración del derecho al trabajo aplicable a los trabajadores migratorios. ....	202
1.2.1. El primer paso marcado por la DUDH. ....	203
1.2.2. El sucesivo desarrollo del derecho al trabajo en los demás instrumentos internacionales. ....	204
1.2.3. El derecho al trabajo según la CTMF. ....	215
2. Ámbito Regional. ....	220
2.1. Sistema Regional Europeo. ....	221
2.2. Derecho de la Unión Europea. ....	228
2.3. Sistema regional interamericano. ....	235
3. Trabajo decente de los inmigrantes. ....	240
<b>Capítulo V. ....</b>	<b>246</b>
<b>LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRANTES Y SUS FAMILIAS. ....</b>	<b>246</b>
1. Cuestiones preliminares: Adquisición y cese de la condición de Trabajador migrante. ....	246
2. Los derechos de los trabajadores migratorios en situación jurídica de irregularidad. ....	249
2.1. Marco normativo de protección anterior a la CTMF. ....	251
2.2. Marco normativo de protección bajo la vigencia de la CTMF. ....	256
2.2.1. Derechos civiles reconocidos a los trabajadores migratorios y a sus familiares en situación jurídica de irregularidad. ....	257
a) <i>Derecho a salir del país</i> ....	257
b) <i>Derecho a la vida</i> ....	259
c) <i>Derecho a la integridad personal</i> ....	260
d) <i>Prohibición de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso.</i> ....	264
e) <i>Libertad de expresión, de pensamiento, conciencia y religión.</i> ....	265
f) <i>Derecho a la vida privada y familiar y derecho a no ser privado de sus bienes.</i> ....	266
g) <i>Derecho a libertad y seguridad personales.</i> ....	267
h) <i>Garantías relacionadas con el debido proceso y el acceso a la justicia.</i> ....	270
i) <i>Prohibición de Expulsión.</i> ....	272
j) <i>Asistencia Consular.</i> ....	276
k) <i>Derecho a la personalidad jurídica y a recibir información sobre las condiciones migratorias.</i> ....	277

l) <i>Derecho al nombre y a la nacionalidad.</i> .....	278
2.2.2. Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconocidos a los trabajadores migratorios y sus familiares en situación jurídica de irregularidad. ....	280
a) <i>Derecho a la atención médica.</i> .....	281
b) <i>Derecho a la educación.</i> .....	283
c) <i>Respeto a la identidad cultural.</i> .....	284
d) <i>Derecho a transferencia de ahorros.</i> .....	284
3. Derechos derivados de la relación laboral. ....	285
3.1. Condiciones de empleo. ....	285
3.2. Derecho a la seguridad social. ....	294
3.3. Derecho de asociación sindical .....	297
<b>CAPÍTULO VI.</b> .....	304
<b>DERECHOS DE LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS EN SITUACIÓN JURÍDICA DE REGULARIDAD.</b> .....	304
1. Los derechos reconocidos. ....	304
1.1. Protección previa a la CTMF .....	304
1.2. Bajo la vigencia de la CTMF. ....	311
1.2.1. Derechos civiles reconocidos a los trabajadores en situación jurídica de regularidad. ....	312
a) <i>Derecho a ser informados sobre las condiciones migratorias y poder ausentarse temporalmente.</i> .....	312
b) <i>Libertad de circulación y de residencia.</i> .....	314
c) <i>Participar en los asuntos públicos de su país de origen.</i> .....	321
d) <i>Derecho a la familia.</i> .....	324
e) <i>Derecho a elegir actividad remunerada.</i> .....	330
1.2.2. Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconocidos a los trabajadores en situación jurídica de regularidad. ....	333
a) <i>Derechos de asociación, acceso a la orientación profesional, enseñanza, salud y vivienda, inclusión en planes sociales.</i> .....	333
1.2.3. Derechos reconocidos de manera particular a los familiares de los trabajadores migratorios en situación jurídica de regularidad. ....	339
2. Normativa de la UE y reconocimiento de derechos a los trabajadores migrantes en situación jurídica de regularidad. ....	343
<b>CONCLUSIONES</b> .....	354
<b>FUENTES UTILIZADAS</b> .....	377

## INTRODUCCIÓN GENERAL

La selección de este tema de tesis doctoral proviene de mi interés en profundizar sobre el estudio de los movimientos de personas a nivel internacional por motivos económico-laborales, indagar las razones por las cuales se producen estas migraciones y evaluar cómo se ha avanzado o retrocedido en la protección de los derechos de los migrantes. Como se pondrá de manifiesto a lo largo de este trabajo, las migraciones laborales internacionales han aumentado de manera vertiginosa en los últimos tiempos y cada día son mayores los retos que deben enfrentar los Estados para poder dar un adecuado tratamiento a estas personas. Estudiar las ventajas y las desventajas de la migración, sus causas, consecuencias, pero sobre todo los derechos de los trabajadores migrantes consagrados en los instrumentos internacionales a la luz de principios como el de dignidad humana y de igualdad y no discriminación, permitirá comprender la verdadera dimensión de las migraciones internacionales en el escenario jurídico, y valorar si es suficiente la regulación internacional existente, o si aún se debe avanzar en elevar los estándares de protección de este colectivo de individuos considerados como grupos vulnerables.

En mi condición de profesora de carrera académica (en formación) en la Universidad del Rosario (Bogotá-Colombia), y como miembro del Grupo de Investigación en Derechos Humanos de esta misma universidad, he tenido la oportunidad de trabajar en temas como el de desplazamiento forzado interno por motivos de violencia generalizada. Esta temática motivó mi interés en otro tipo de movilizaciones humanas, como la migración internacional, toda vez que muchos de mis connacionales han decidido abandonar el Estado colombiano en busca de mejores oportunidades en otros países con economías más sólidas. Así mismo, en mi calidad de becaria de la Fundación Carolina de España, debía desarrollar algún tema de investigación relacionado con mi experiencia universitaria que permitiera generar un aporte a la comunidad académica a la que pertenezco. En consecuencia, consideré que el tema seleccionado refleja la responsabilidad social que desde los estudios universitarios podemos tener los estudiantes latinoamericanos comprometidos con el respeto de los derechos humanos, y así guardar coherencia con parte del trabajo que he venido realizando en estos últimos años.

Las migraciones no son una circunstancia que pueda considerarse novedosa, pues tal y como lo señala el profesor **Jiménez Piernas** “los movimientos de población con fines económicos son tan antiguos como la historia”<sup>1</sup>. Pero en las últimas décadas el fenómeno se ha ido incrementado, y así lo ha manifestado la Organización Internacional del Trabajo<sup>2</sup> (en adelante OIT), en el último estudio que publicó en ese sentido, en el cual sostuvo: “Los trabajadores migrantes ascienden a 105 millones en 2010”<sup>3</sup>. En un informe más reciente de

---

<sup>1</sup> JIMÉNEZ PIERNAS, C.: “La política y legislación española sobre extranjería e inmigración y su conformidad con el derecho europeo e internacional en la materia”, en *Estudios en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, (Z. Dranas de Clement. Coord.), Tomo II, Dranas-Lerner Editores, Córdoba -Argentina, 2002, p. 888.

<sup>2</sup> Creada en 1919 por el tratado de Versalles

<sup>3</sup> Organización Internacional del Trabajo, “Migración Laboral Internacional: un enfoque basado en los derechos”, resumen ejecutivo, disponible en:

[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms\\_160050.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms_160050.pdf)

2011 la OIT sostiene que “(...) los trabajadores migrantes constituyen entre el 8% y el 20% de la fuerza de trabajo”<sup>4</sup>.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante OCDE) en un informe publicado en 2012, señaló que la crisis económica ha impactado de manera directa en la migración laboral. Sostiene la OCDE que: “Se han dado cambios en las políticas migratorias a nivel mundial y esto se ha vinculado a la grave situación económica. No está muy claro aun lo que dicha situación ha afectado porcentualmente a los flujos migratorios, a pesar de que sí es evidente que el freno a la migración ha sido causado por la caída de la demanda en la mano de obra (...)”<sup>5</sup>.

Con esta perspectiva se han planteado análisis de interés acerca de las ventajas y desventajas de la inmigración, de la pertinencia de albergar población migrante, y más aún sobre la conveniencia de reconocer derechos a este colectivo de personas. Sobre este aspecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), a través de su Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, se ha pronunciado al estudiar la situación migratoria de los países y ha puesto de manifiesto en algunos casos que: “(...) el fenómeno migratorio tiene efectos sociales, económicos y políticos que repercuten de manera muy importante en el desarrollo (...)”<sup>6</sup>.

La decisión de emigrar puede obedecer a muchas razones como será señalado en el capítulo primero<sup>7</sup>. No obstante, las recientes crisis económicas mundiales han impactado

---

<sup>4</sup> OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, 100<sup>o</sup> reunión, “La Igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse”, *Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, Ginebra, 2011, , p. xii, disponible en: <http://www.ilo.org/declaration/follow-up/globalreports/lang--es/index.htm>

<sup>5</sup> CHALOFF, J. “The impact of the economic crisis on migration and labour market outcomes of immigrants in OECD countries”, p. 45, disponible en la biblioteca de la OIT, [http://www.ilo.org/public/libdoc/electronic\\_articles/2012/470475.pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/electronic_articles/2012/470475.pdf)

<sup>6</sup> *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Quinto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*, Capítulo V, visita in loco a México, Doc. OEA/Ser.L/V/II.118. 70 rev. 2, de 29 de diciembre de 2002, p. 194. En un informe anterior al referido, la misma Relatoría señala que: “(...) El debate sobre las repercusiones económicas de la migración es un tema álgido y que genera amplia controversia en diversos sectores. Diferentes grupos usan argumentos relacionados con este tema para justificar medidas tendientes a estimular, o bien controlar los flujos migratorios. Sectores proclives a la inmigración, por ejemplo, puntualizan que los Estados deberían fomentar la inmigración ya que ésta contribuye al aumento de la productividad e incide positivamente en el crecimiento económico de los países. Son los grupos contrarios a la inmigración, empero, los que más comúnmente citan las repercusiones económicas como un argumento para restringir la migración” *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, Capítulo VI, Estudios Especiales*, Doc. OEA/Ser.L/V/II.114. 5 rev, de 16 de abril de 2001, p. 78.

<sup>7</sup> Según la OIT “(...) es evidente que el motor principal de la intensificación actual de las presiones migratorias es la inexistencia de oportunidades satisfactorias en el país de emigración.” OIT, *Informe de la 92 Conferencia Internacional del Trabajo*, “En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada”, Ginebra, 2004, p. 63, disponible en <http://www.ilo.org/public/spanish/standards>. De allí, que de los movimientos de personas que salen de sus países de origen para desempeñar un trabajo en un Estado de empleo se reporten consecuencias positivas, pero también negativas. Sobre el particular ver: *Informe del Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas*, Migración Internacional y desarrollo, Doc. A/65/203, de 2 de agosto de 2010, párs. 11-27

fuertemente en la migración y según el informe de 2012 presentado por la OIT “Tras tres años en que los mercados laborales han enfrentado continuas condiciones críticas, y frente a la perspectiva de un nuevo deterioro de la actividad económica, el desempleo afecta hoy en día a 200 millones de personas a nivel mundial (...) y esta situación afecta de manera directa a los trabajadores migrantes toda vez que (...) cuando no pierden su empleo aceptan salarios y condiciones incompatibles con las expectativas de la fuerza de trabajo nacional”<sup>8</sup>. Lo cierto es que los únicos afectados con la crisis no solamente son los migrantes, así lo ha puesto de manifiesto la OIT en 2012, al exponer que en la eurozona “(...) un 4,5 millones de personas podrían sumarse para 2016 a los 17,4 millones de desempleados que hay en la actualidad”<sup>9</sup>.

El aumento de número de trabajadores desempleados ha traído como consecuencia que se “(...) limite el ingreso de trabajadores extranjeros (...) en el Estado de destino, y los gobiernos han intensificado sus medidas, haciéndolas más férreas para el control de la migración extranjera”<sup>10</sup>.

Desde la óptica de los países de origen la emigración de sus nacionales a otros Estados con mejor calidad de vida refleja beneficios representados en el ingreso de remesas a la economía, dado que en gran parte de los casos, sus nacionales radicados en el exterior envían periódicamente sumas de dinero a sus familias<sup>11</sup>.

---

Así lo señala también la Relatoría de la CIDH en los informes que se han referenciado, y en otros posteriores. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*, p. 78 y ss.

<sup>8</sup> OIT, *Tendencias Mundiales del Empleo 2012: Prevenir una crisis mayor del empleo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2012, p. 78, disponible en [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_168095.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_168095.pdf)

<sup>9</sup> Centro de noticias de la Organización de Naciones Unidas, 11 de julio de 2012, “OIT advierte riesgo de mayor desempleo en Eurozona”, disponible en:

<http://www.un.org/spanish/News/fullstorynews.asp?newsID=23935>

<sup>10</sup> *Informe presentado por el Secretario General de las Naciones Unidas*, “Migración internacional y desarrollo”, Doc. A/65/203, de 2 de agosto de 2010. Se afirma en el informe que: “la reducción de cuotas numéricas, la adopción de mediciones más estrictas del mercado de mano de obra, limitación de las posibilidades que tienen los migrantes de cambiar su estatuto o renovar su permiso de trabajo, promoción de la migración de retorno (...)” entre otras medidas que tienen por finalidad incentivar el trabajo y la ocupación de los nacionales en los Estados de destino, *Ibidem*, p. 16.

<sup>11</sup> Así lo pone de manifiesto la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la CIDH, al referirse a que uno de los argumentos normalmente tenidos en cuenta para sostener que a los países emisores les interesa promover la migración “(...) es que los países de origen también pueden estar interesados en promover la emigración para asegurar las remesas enviadas por sus ciudadanos, dinero que para muchos países constituye una importante fuente de ingresos (...)” *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*, p. 104. En este mismo sentido según lo sostenido por Rodríguez Manzano esto tiene como efecto que “(...) se logra colocar en el mercado laboral a la porción de sus nacionales que abandonan el país, y así reducen la tasa de desempleo, aspecto que se encuentra muy vinculado con el desarrollo”. RODRÍGUEZ MANZANO, I.: “La transformación de los flujos migratorios internacionales: remesas y desarrollo en América Latina y el Caribe”, en *Migraciones y desarrollo, II jornadas iberoamericanas de Estudios Internacionales*, (F. Aldecoa Luzárraga, J.M. Sobrino Heredia, Coords.), Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 285. Sobre este aspecto conviene tener en cuenta el Informe de Desarrollo Humano 2009 del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (en adelante PNUD) según el cual, se pone en evidencia cómo se benefician las familias de los trabajadores migrantes de las actividades

La relación entre la migración y el desarrollo es evidente según el profesor **Cançado Trindade** quien sostiene que: “Paralelamente la globalización de la economía, la desestabilización social ha generado una pauperización mayor de los estratos pobres de la sociedad (y con esto, la marginalización y exclusión sociales), al mismo tiempo que se verifica el debilitamiento del control del Estado sobre los flujos de capital y bienes y su incapacidad de proteger los miembros más débiles y vulnerables de la sociedad como los migrantes, los trabajadores extranjeros”. Considera también que debido a estos factores “los desprovistos de protección del orden público a menudo salen o huyen; de ese modo, la propia globalización económica genera un sentimiento de inseguridad humana además de la xenofobia y los nacionalismos reforzando los controles fronterizos y amenazando potencialmente a todos aquellos que buscan la entrada en otro país”<sup>12</sup>.

En sentido similar se expresa **Quindimil López**, quien afirma que “(...) se trata de un verdadero fenómeno global cuyas causas hunden sus raíces profundamente, cual árbol al sur de la línea imaginaria que delimita la brecha de las desigualdades socio-económicas que separan a Estados en desarrollo (al sur) y a los Estados desarrollados (al norte)”<sup>13</sup>.

Lo sostenido por el profesor **Cançado Trindade** y por **Quindimil López** responde a un contexto temporal específico, y conviene tener en consideración si dichas afirmaciones son válidas en tiempos de crisis económica, donde la mayor parte de los Estados afectados han sido los Estados más desarrollados y que han sido en los últimos años países de destino de migrantes. En este punto no sobra preguntarse sobre la conveniencia de la permanencia de la mayor parte de la población de un Estado en su propio país, pues últimamente se está observando que muchas personas retornan a sus Estados de origen<sup>14</sup>.

---

laborales y económicas desarrolladas en los Estados de empleo por parte de los trabajadores migratorios, y entre dichos aspectos se destacan las remesas y su gran aporte en el sostenimiento de la economía doméstica” Ver en PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2009: Superando barreras: movilidad y desarrollo humanos*, Nueva York, 2009, disponible en: [http://hdr.undp.org/en/media/HDR\\_2009\\_ES\\_Complete.pdf](http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2009_ES_Complete.pdf), p.85 y ss. En sentido similar se pronuncia el Secretario General de la ONU en su informe sobre Migración Internacional y Desarrollo. *Informe presentado por el Secretario General de las Naciones Unidas*, de 2 de agosto de 2010, párs, 20 y 21. No puede olvidarse que con anterioridad en el Informe de Desarrollo Humano de 2003 el PNUD ya había puesto de manifiesto la importancia de la migración para los países en vía de desarrollo y en torno a los impactos económicos de la misma señaló: “(...) el compromiso con el índice de desarrollo, que incluye la actuación de los países ricos en relación con la implementación de las políticas que contribuyen al desarrollo (...) señala su desempeño en relación con el de otros países, no sólo en ayuda, sino también en la protección de sus mercados frente a los productos de países en desarrollo, en inversiones, en la apertura a los inmigrantes, en contribución al mantenimiento de la paz (...)”. *Informe sobre Desarrollo Humano: Los Objetivos de Desarrollo del Milenio: un pacto entre las naciones para eliminar la pobreza*, Ediciones Mundiprensa, Madrid, p. 161, disponible en: [http://hdr.undp.org/en/media/hdr03\\_sp\\_complete2.pdf](http://hdr.undp.org/en/media/hdr03_sp_complete2.pdf)

<sup>12</sup> CANÇADO TRINDADE, A.: “Reflexiones sobre el desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal”, en *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI*, (A.A. Cançado Trindade, J. Ruiz de Santiago. Eds), 2 Edición, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2003, pp. 32 y p. 33

<sup>13</sup> QUINDIMIL LÓPEZ, J.A.: “El viraje de la integración hacia el ser humano y la incardinación de las migraciones en el objetivo último del desarrollo social en América Latina y el Caribe”, en *Migraciones y Desarrollo*, Ob. Cit, p. 445.

<sup>14</sup> Así es señalado por la OIM, que resalta las ventajas del retorno voluntario a los países de origen de las personas. Ver <http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/managing-migration/cache/offonce/lang/es/pid/662>.



Sin perjuicio de lo anterior en el contexto de la migración no todo son bondades, pues de un lado aquella mano de obra que emigra de los Estados de origen y que cuenta con cierto nivel de instrucción académica puede ocasionar la denominada “fuga de cerebros”<sup>15</sup>. Otro de los aspectos negativos de la migración consiste en aquellos casos en los que se da la inmigración sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por los Estados, esto es, se produce bajo la infracción a las normas de control migratorio, lo que desencadena una serie de consecuencias negativas para el inmigrante en razón a que puede verse explotado laboralmente, subcontratado y sin garantías, ser víctima de trata, y en algunos casos la actividad laboral desarrollada no llegar a generar ningún tipo de remuneración. Este aspecto es señalado por la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la CIDH<sup>16</sup>. Esta preocupación también es expresada por el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes<sup>17</sup>.

---

Según la OIT para los países de origen, “la migración en procura de empleo puede contribuir al desarrollo a través de las remesas, así como ocurre con la “migración de retorno”, Ver, *Informe “En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada”*, Ob. Cit, pár. 89. 90 y 91. La OIT ha entendido la migración de retorno como el regreso de los trabajadores migratorios y de sus familias a sus Estados de origen. Estas personas han sido inmigrantes en el sentido restrictivo del término, es decir trabajadores migrantes conservan esta condición hasta el momento de regresar a sus países. No puede olvidarse que tal y como fue estudiado en el capítulo III, la CTMF en su artículo 2 preceptúa que la protección de las normas previstas en este instrumento se aplicarán en todas las etapas del proceso migratorio, incluso hasta el retorno. No puede olvidarse que tal y como fue analizado en el capítulo anterior en el que se efectúan ciertas claridades conceptuales la migración (incluso bajo el sentido restringido del término, es decir aquella con finalidad económico-laboral) resulta ser el género y la emigración y la inmigración las especies. que reporta beneficios para los Estados si es posible que se genere nuevo conocimiento o aplicación de nuevas tecnologías de las aprendidas en el exterior. – la migración de retorno, término empleado por la OIT y que denota el regreso a los Estados de origen, pues según la CTMF su campo de aplicación temporal cubre “todo el proceso de migración” incluido “el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual” (art. 1.2 CTMF)- y el compromiso de las comunidades transnacionales. Los migrantes de retorno traen consigo capital humano, capital financiero y capital social, así facilitan el desarrollo de nuevos mercados, la creación de lazos comerciales y la transferencia de tecnología y de reformas económicas y políticas [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-dgreports/gender/documents/publication/wcms\\_101619.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-dgreports/gender/documents/publication/wcms_101619.pdf). Es relevante tener en cuenta que con la solidez de algunas economías, países que tradicionalmente han sido Estados con economías emergentes, hoy en día son Estados con gran poder económico, como ocurre con Brasil, que a la fecha hace parte del (G-20).

[http://www.oecd.org/country/0,3731,en\\_33873108\\_36016449\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/country/0,3731,en_33873108_36016449_1_1_1_1,00.html)

<sup>15</sup> OIT, *Informe “En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada”*, Ob. Cit. párs. 65 y 68.

<sup>16</sup> Que sostiene que: “La situación es particularmente grave en el caso de los migrantes indocumentados, cuya situación inmigratoria los expone aún más a abusos. De hecho, dada la situación particular de los migrantes se sostiene que estas personas enfrentan una condición de vulnerabilidad estructural”. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, Estudios especiales: Capítulo V, Migración y Derechos Humanos*, Doc. OEA/Ser./L/V/II.111.doc. 20 rev, de 16 de abril de 2001, pár. 64, disponible en: [http://www.cidh.org/Migrantes/1.%20Migración%20y%20Derechos%20Humanos%20\(2000\).pdf](http://www.cidh.org/Migrantes/1.%20Migración%20y%20Derechos%20Humanos%20(2000).pdf)

<sup>17</sup> Al afirmar que: “La discriminación contra los trabajadores migratorios en la esfera del empleo adopta muchas formas; por ejemplo, exclusiones o preferencias respecto al tipo de trabajo que puedan desempeñar. En algunos contratos los migrantes quedan privados de ciertas ventajas y también se aplican normas diferentes que a los nacionales con respecto a la estabilidad en el puesto; a veces quedan excluidos de los reglamentos que rigen las condiciones de trabajo y se les niega el derecho a participar en actividades sindicales (...)” *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, Doc. E/CN.4/2000/82, 6 de enero de 2000, pár. 51

No obstante, los trabajadores migratorios en situación jurídica de regularidad pueden gozar de los mismos derechos que los nacionales y así lo ha establecido la Unión Europea por ejemplo en la Directiva 2009/52/CE<sup>18</sup>, que prevé que sean sancionados los empleadores por contratar a inmigrantes en situación de irregularidad (§13).

El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes ha expuesto que: “En la mayoría de los casos, los trabajadores y trabajadoras salen de sus países de origen solos. Este es un factor de riesgo de desintegración familiar. Los padres o madres cabezas de familia emigran para sobrevivir dignamente y enviar recursos a los suyos. Cuando esta situación se combina con la imposibilidad de salir del país de forma regular, expone a los migrantes al riesgo de caer en manos de redes de delincuencia organizada que se dedican a la venta de documentación de viaje a través del engaño (...)”<sup>19</sup>. Lo anterior no es ajeno en el contexto interamericano y el Relator Especial ha señalado este peligro que pueden sufrir los inmigrantes<sup>20</sup>. En sentido similar se ha expresado el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, en la Observación General No.1<sup>21</sup>.

La situación jurídica de irregularidad se puede prolongar en el tiempo y siguiendo las palabras del profesor **Chueca Sancho** “(...) con ello la ausencia de garantías en el disfrute de muchos de los derechos que se consagran tanto en los instrumentos internacionales, como en las normas internas haciendo que pueda llegar a considerarse al inmigrante en condición jurídica de irregularidad”<sup>22</sup>. Dicha circunstancia origina que el trabajador migratorio resulte siendo una persona doblemente vulnerable, de un lado por la

---

<sup>18</sup> *Por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular*, de 18 de junio de 2009. Dicha Directiva dispone que dichas medidas restrictivas “(...) Estas disposiciones no deben aplicarse a los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con independencia de que tengan permiso para trabajar en su territorio” (§ 5).

<sup>19</sup> *Informe presentado por la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, E/CN.4/2001/83, de 9 de enero de 2001, pág. 40.

<sup>20</sup> *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*, pág. 116.

<sup>21</sup> Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Observación General No. 1, *Sobre trabajadores domésticos migratorios*, Doc. CMW/C/G/1, de 23 de febrero de 2011. Al reconocer que “(...) muchas de las cuestiones y preocupaciones relativas a los derechos humanos señaladas por el Comité en la presente Observación General son aplicables a todos los trabajadores” (pág. 7) y entre ellas resalta que: “Al llegar al lugar de destino los inmigrantes a menudo son abandonados a su suerte, con la fuerte deuda contraída para migrar y sin documentación en regla, ni un empleo, lo cual los hace vulnerables a los abusos y la explotación. Incluso cuando disponen de un contrato firmado antes de su partida, muchos trabajadores migratorios se ven obligados a su llegada a firmar un nuevo contrato, casi siempre por un salario menor y a menudo para realizar un trabajo con condiciones de empleo y domicilio diferentes de las acordadas o prometidas, en un idioma que no comprenden, sin asistencia jurídica y bajo coacción” (pág. 11)

<sup>22</sup> CHUECA SANCHO, A.: “Un análisis de las migraciones laborales a través de cinco mitos”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, número 9, julio de 2005, Valencia, pp. 45-63, p.48.

circunstancia misma de la migración y del otro por la ausencia de derechos con que pueda contar durante su permanencia en el Estado de empleo<sup>23</sup>.

Pero el Estado de destino no puede necesariamente ser responsable de las consecuencias sociales y jurídicas de los inmigrantes en situación jurídica de irregularidad, toda vez que dichas personas ingresan al territorio del Estado sin el cumplimiento de los requisitos exigidos para esto, y en la mayor parte de los casos conscientes de ello. Lo anterior, no busca afirmar que una vez empleados, como personas y como trabajadores, no tengan los derechos derivados de la relación laboral (como se estudiará en los capítulos V y VI).

En lo que se refiere a los países de destino o Estados de empleo (según el caso) los principales impactos relacionados con la llegada de trabajadores migrantes a sus territorios son varios, sin embargo, entre los que se perciben como negativos se resalta la dificultad “en la adaptación social (...), los cuales no solamente son atribuibles a los Estados de destino, sino que por la misma cultura del inmigrante, sus costumbres, pueden estar referidos al Estado de origen”. De otra parte, según la OIT en el aspecto económico y laboral “(...) la inmigración ha tenido un impacto ambiguo en los países de destino (...), sin embargo, suele pensarse que la presencia de trabajadores extranjeros (...) rebaja los salarios de los trabajadores locales”<sup>24</sup> lo que conlleva efectos negativos en la economía del Estado de acogida. Este último aspecto lo resalta también la CIDH a través de uno de los informes de progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias<sup>25</sup>.

No obstante según los estudios realizados por **Glover**<sup>26</sup>, **Bücker y Epstein** “(...) aquellos países en los que se cuenta con un mayor número de trabajadores inmigrantes, son los países más ricos, y que tienen más éxito en el ámbito económico”<sup>27</sup>. Pese a ello, se plantea a nivel político y jurídico una preocupación respecto de los cupos de trabajo y su relación con la inmigración de trabajadores. En este sentido, la OIT señala que: “Hay un gran debate a propósito de la posibilidad de que la inmigración acentúe el desempleo de los autóctonos”<sup>28</sup>. Frente a ello, la OCDE ha señalado que no se registra un impacto negativo evidente entre el empleo de los trabajadores extranjeros y los despidos de trabajadores nacionales<sup>29</sup>.

---

<sup>23</sup> MÉNDEZ SILVA, R.: “Derechos humanos y migración”, en *Migraciones y desarrollo, II jornadas iberoamericanas de Estudios Internacionales* (F. Aldecoa Luzárraga, J. M. Sobrino Heredia, Coords.) Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 67.

<sup>24</sup> OIT, *Informe* “En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada”, Ob. Cit. pár. 104, 106, 110.

<sup>25</sup> *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*, pár.83.

<sup>26</sup> GLOVER, S.: “Migration: An economic and social analysis”, Home Office, RDS, Occasional Paper No. 67, Londres, 2001.

<sup>27</sup> BRÜCKER, H, EPSTEIN, G, y otros. “Managing migration in the Welfare State”, en: *Immigration policy and the Welfare State* (T. Boeri, G. Hanson y B. McCormick dirs.), Oxford University Press, Oxford, 2002, pág. 120.

<sup>28</sup> OIT, *Informe* “En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada”, Ob. Cit. pár. 113.

<sup>29</sup> OCDE: *Trends in international migration*, SOPEMI, París, 1998. En términos similares lo hace la Relatoría Especial sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias la cual ha sostenido que “(...) la llegada de inmigrantes genera más consumo y en muchas ocasiones contribuye a mejorar la productividad de la

Sobre la base de lo expuesto previamente en esta tesis se plantea una reflexión sobre el desarrollo progresivo de los conceptos relacionados con la migración (capítulo I), y se analiza la aplicación de los principios de dignidad humana (capítulo II), igualdad y no discriminación (capítulo III) a los trabajadores migratorios y sus familias. Así mismo, se estudia el alcance y contenido del derecho al trabajo de estas personas (capítulo IV) y se profundiza en los derechos de los trabajadores migrantes y de sus familias en situación jurídica de irregularidad (capítulo V) y también de aquellos en situación jurídica de regularidad (capítulo VI).

### **I. Precisiones conceptuales y su incidencia en los principios de dignidad humana y de igualdad y no discriminación frente los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias.**

Analizar los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias desde los principios rectores de dignidad humana, igualdad y no discriminación exige ciertas precisiones conceptuales, razón por la cual se han explorado las nociones de migrante, emigrante, inmigrante, trabajador migratorio, familia del trabajador migratorio, emigración, inmigración, país o Estado de origen, de destino o de empleo, de tránsito, inmigrante documentado e indocumentado, entre otros aspectos, toda vez que a partir de allí se define si se adopta un enfoque en sentido amplio o en sentido restringido como marco de análisis.

El análisis de los conceptos ha justificado que se haga un estudio de su consagración normativa con carácter general lo que implica que no sea solamente necesario analizar la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares<sup>30</sup> (en adelante CTMF), sino los aportes previos realizados por la (OIT) en sus Convenios y Recomendaciones, entre otros tratados internacionales. El estudio de los conceptos permite que se determine si se ha producido o no, un desarrollo

---

economía (por ejemplo, al crear economías de escala en la producción). Los inmigrantes también contribuyen al ahorro, ya que en general tienen una fuerte propensión marginal a ahorrar. Más importante aún, la inmigración ayuda a aumentar la eficiencia económica y la productividad, ya que permite transferir trabajadores de áreas improductivas a sectores productivos de la economía (...). *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*, p. 101. Los resultados de este estudio fueron comprobados por la propia OIT, y sobre dicho aspecto ha sostenido que “no se constató relación alguna entre el desempleo y el aumento del número de nuevos inmigrantes” y agregó que en situaciones de economía deprimida “(...) Incluso en momentos de contracción de la economía, los inmigrantes siguen realizando trabajos que los autóctonos evitan”. Pese a lo anterior, esta tendencia ha cambiado significativamente con la actual crisis mundial, y así obra en un informe de la OIT del año 2011 que revela que la crisis económica ha afectado de manera fuerte a los inmigrantes. Se señala que: “Los trabajadores migrantes también se han visto muy afectados por la crisis económica en la medida en que ésta ha supuesto menos empleo u oportunidades de migración, más xenofobia, peores condiciones de trabajo e incluso episodios de violencia. Los migrantes se enfrentan con condiciones de trabajo abusivas tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo”. Ver, OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, 100° reunión, “La Igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse”, Ob. Cit, p. xii.

<sup>30</sup> Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, en vigor el 1 de julio de 2003, 46 Estados Partes, a 14 de septiembre de 2012, según información sobre su Estado de ratificaciones, disponible en la página web, [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-13&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en)

progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en favor de los derechos de los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias.

La noción de trabajador migratorio, la cual ha sido objeto de evolución en lo que se refiere a su consagración normativa<sup>31</sup>, es de vital importancia y por tal se entiende, según lo dispuesto por la CTMF como “(...) toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”(art. 2.1). De allí que pueda determinarse el campo de aplicación personal y temporal de la norma, aspecto que redundaría en el reconocimiento de los derechos.

Si bien el artículo 2.1 de la CTMF parece dejar claro a quienes se aplican sus disposiciones y desde qué momento, también lo es que en este trabajo se buscó aclarar desde cuándo se adquiere la condición de trabajador migratorio así como cuándo se pierde la misma.

Otro de los aspectos centrales de la investigación gira entorno al derecho al trabajo de los inmigrantes, acogiendo un concepto restringido de la expresión, es decir, referido a aquellos que tienen motivaciones económico-laborales para salir de su país de origen y que desarrollan en el Estado de acogida una actividad remunerada por cuenta propia o ajena. El análisis de este derecho se hace a partir de su naturaleza de derecho económico, social y cultural, el cual de acuerdo con la normatividad, la doctrina y la jurisprudencia internacional puede ser limitado por parte de los Estados de acogida en virtud de los requisitos de legalidad que se establezcan y en beneficio de la protección del mercado de trabajo y de la situación nacional de empleo del Estado de destino. En este contexto, se estudia además el deber internacional de los Estados de permitir el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales a los miembros más vulnerables de una sociedad razón por la cual los inmigrantes estarían amparados por las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>32</sup> (en adelante PIDESC), así como por la interpretación realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observaciones Generales No. 3, y No. 18).

No obstante lo anterior, y en estrecha relación con la aplicación del principio de igualdad, (el cual supone que no siempre procederán tratos idénticos entre nacionales y extranjeros, toda vez que está permitido realizar distinciones), se analiza si el derecho al trabajo se debería aplicar a todas las personas. Se estudia así mismo la posibilidad de que los Estados de acogida puedan abstenerse legítimamente de reconocer estos derechos a quienes no son sus nacionales y que no cumplen con los requisitos dispuestos por la Ley, es decir, se encuentran en situación jurídica de irregularidad.

Por otra parte, en este estudio se reconoce que el Derecho Internacional es protagonista de una importante transformación con la creación de la Organización de las Naciones Unidas en 1945 (en adelante ONU) y, a partir de allí, tanto su tratado Constitutivo<sup>33</sup> como los

---

<sup>31</sup> En razón a que algunos Convenios de la OIT se aproximan a la noción, así como otros tratados en el ámbito Regional tales como el Convenio Europeo sobre el Estatuto Legal de los Trabajadores Migrantes, Adopta en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1977, entrada en vigor el 15 de mayo de 1983.

<sup>32</sup> Adoptado por la Asamblea General en resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 3 de enero de 1976.

<sup>33</sup> Firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945, entrada en vigor el 24 de octubre de 1945.

desarrollos normativos posteriores que se enmarcan desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>34</sup> (en adelante DUDH), varían el lenguaje y la comprensión del individuo en la escena internacional. Así lo resaltan exponentes de la doctrina internacional como los profesores **Carrillo Salcedo, Pastor Ridruejo y Salado Osuna**, en donde el primero de ellos sostiene que “(...) a partir de la Carta y de la Declaración Universal, el modo en que un Estado respete los derechos de las personas que se hallen bajo su jurisdicción pasó a ser una materia de interés internacional regulada por el Derecho Internacional.”<sup>35</sup> Por su parte, la profesora **Salado Osuna** considera que “(...) en el Derecho Internacional vigente la persona es titular de derechos subjetivos reconocidos por este ordenamiento jurídico (...)”<sup>36</sup>, lo que en las palabras del profesor **Pastor Ridruejo** significa que el Derecho Internacional “(...) se está globalizando”<sup>37</sup>.

A partir del mencionado proceso de internacionalización de los derechos humanos se proclaman algunos principios básicos los cuales justifica la existencia de los derechos consagrados en los diversos instrumentos internacionales de carácter general y de carácter sectorial. De allí que la dignidad humana sea considerada como “(...) el fundamento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”<sup>38</sup> y sea contemplada como un atributo inescindible de la propia naturaleza de la persona. En la mayor parte de los instrumentos analizados, por no decir en su totalidad, se consagra como un principio rector la dignidad de la persona humana y en este sentido pertenece a todas las personas de manera general. Lo anterior ocurre en razón a que en los instrumentos posteriores a la Carta de la ONU y la DUDH recogen sus propósitos y en sus preámbulos enuncian la dignidad humana como directriz para el posterior desarrollo normativo de los derechos.

En lo que se refiere al derecho al trabajo y su relación con la dignidad de la persona se ha interpretado que: “El derecho al trabajo es esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente a la dignidad humana. Toda persona tiene derecho a trabajar para poder vivir con dignidad”<sup>39</sup>. Esta afirmación lleva a pensar que dada la condición de persona humana de las personas extranjeras y de los trabajadores migrantes, el derecho al trabajo compromete el núcleo de sus derechos y su dignidad, sin embargo, tal y como se estudiará el razonamiento no puede ser tan simple y es necesario precisar algunos aspectos.

La CTMF resalta la importancia de la dignidad de la persona humana en función de los movimientos migratorios, de tal modo que este principio deberá irradiar el proceso migratorio. Así se enuncia la dignidad como principio básico a partir del cual debe

---

<sup>34</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, mediante resolución 217 A (III).

<sup>35</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A.: *Dignidad frente a la barbarie: La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Mínima Trotta, Madrid, 1999, p. 19.

<sup>36</sup> SALADO OSUNA, A.: *Textos básicos de Naciones Unidas relativos a derechos humanos y estudio preliminar*, 2 edición, Secretariado de Publicaciones Universidad de Sevilla, Sevilla, 2004, p. 21.

<sup>37</sup> PASTOR RIDRUEJO, J.A.: “La globalización de los derechos humanos: el reto del siglo XXI”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, No. 2, 2003, p. 19.

<sup>38</sup> SALADO OSUNA, A.: *Textos básicos de Naciones Unidas relativos a derechos humanos y su estudio preliminar*, Ob. Cit. p. 25.

<sup>39</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 18, *El derecho al Trabajo*, Doc. E/C.12/GC/18, de 6 de febrero de 2006, párr. 1.

realizarse la migración internacional<sup>40</sup>. En este sentido, se ha expresado el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, quien ha sostenido que: “Cualquiera que sea la condición jurídica del migrante, el Estado tiene la responsabilidad de garantizar que se cumplan las normas relativas a los derechos humanos fundamentales y que todos los migrantes sean tratados con dignidad”<sup>41</sup>.

La jurisprudencia regional proferida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) también ha resaltado la importancia de la dignidad humana para la protección de los derechos de los extranjeros de manera implícita o explícita, a través de la aplicación de los artículos 3 y 8 del Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales<sup>42</sup> (en adelante CEDH).

En este escenario, de acuerdo con la profesora **Salado Osuna** el “(...) principio de *dignidad de la persona* (cursiva fuera de texto) se transforma en el eje articulador del reconocimiento de derechos cuya efectividad es una obligación contraída por los Estados partes, a pesar de que el CEDH de forma expresa no haga referencia a dicho principio”<sup>43</sup>. Lo anterior demuestra que de acuerdo con lo sostenido por el profesor **Gros Espiell** “(...) no puede haber duda de que la referencia a los criterios y principios históricos y culturales europeos constituyen un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y preeminencia del Derecho, a las que no puede ser ajenas ni la idea ni el concepto de dignidad de la persona humana, significa una recepción implícita de esta idea y de este concepto”<sup>44</sup>.

Es importante tener presente que la relevancia de la dignidad humana si bien ha estado presente desde el inicio del proceso de internacionalización de los derechos humanos, al parecer ha ido adquiriendo cada vez más fortaleza y como ejemplo de ello se puede referenciar la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>45</sup> (en adelante CDFUE), toda vez que en ella se hacen referencias muy puntuales a la dignidad humana desde su preámbulo (pár. 2), hasta la consagración en su parte dispositiva como un derecho (Título I, art. 1º), al mismo nivel de otros derechos como el derecho a la vida y a la integridad personal, haciendo que este instrumento pueda considerarse vanguardista respecto de los demás existentes hasta el momento; vale la pena señalar que reconoce asimismo la dignidad de las personas mayores (art.25).

---

<sup>40</sup> Artículo 64, “1. Sin perjuicio de las disposiciones del artículo 79 de la presente Convención, los Estados Partes interesados se consultarán y colaborarán entre sí, según sea apropiado, con miras a promover condiciones satisfactorias, equitativas y dignas en relación con la migración internacional de trabajadores y sus familiares”.

<sup>41</sup> *Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes*, Sr. Jorge Bustamante, Doc. A/HRC/7/12, de 25 de febrero de 2008, pár. 14.

<sup>42</sup> Firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, entrado en vigor el 3 de septiembre de 1953.

<sup>43</sup> SALADO OSUNA, A.: “Universalidad de los Derechos Humanos en el Consejo de Europa”, en *La obra Jurídica del Consejo de Europa, en conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa*, (P.A. Fernández Sánchez, Ed.) Gandulfo Ediciones, Sevilla, 2010, p. 233.

<sup>44</sup> GROS ESPIELL, H.: “La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humano Nueva Época*, Ob. Cit. p. 215.

<sup>45</sup> Proclamada por el Parlamento, el Consejo, y la Comisión Europea en Niza, en diciembre de 2000 entrada en vigor con el Tratado de Lisboa en diciembre de 2009. Doc. (2010/C 83/02).

En el sistema interamericano de protección a los derechos humanos la dignidad humana ha tenido también gran importancia, así en este contexto de acuerdo con las palabras del profesor **Monroy Cabra** “(...) se ha adoptado la filosofía personalista que reconoce el valor de la dignidad de la persona humana como ser trascendente y dotado de derechos inmanentes a su naturaleza, que el Estado reconoce pero no crea y que debe garantizar y proteger en todo momento”<sup>46</sup>. Por su parte, los fallos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), también han expuesto argumentos que apelan a la dignidad para afirmar los derechos de los inmigrantes, así como las condiciones bajo las cuales deben ser tratados los trabajadores migratorios.

De la proclamación de la dignidad humana como valor predicable de toda persona se consagra también el principio de igualdad y no discriminación. Dichos principios parecen convivir juntos tanto en los instrumentos internacionales como en la jurisprudencia derivada de varios órganos. Esta relación se hace evidente a partir del reconocimiento de la propia dignidad, toda vez que se reconoce a todos los individuos sin entrar a tener en consideración aspectos de raza, color, sexo, origen nacional, condición económica, social, entre otros aspectos, que imponen la prohibición general de discriminación. De ello se deriva que el principio de dignidad acompaña a la persona y que deberá ser reconocido sin que pueda mediar algún tipo de discriminación, lo que en principio implicaría que se haga en condiciones de igualdad.

La igualdad y no discriminación son principios que rigen la totalidad de los instrumentos internacionales y que en muchos de ellos se desarrollan también como derechos en particular. En este sentido y de acuerdo con la letra de gran parte de los instrumentos, los derechos consagrados deberán reconocerse en condiciones de igualdad a todas las personas, es decir, tanto nacionales como extranjeras. No obstante, tal y como se pondrá de manifiesto en la capítulo III el Derecho Internacional de los Derechos Humanos autoriza distinciones de trato entre nacionales y extranjeros en aspectos aparentemente muy concretos.

De ahí que se realice un análisis de la distinción de trato y de las exigencias que deberán observarse en aras a que éste no pueda ser considerado como discriminatorio, es decir, que sea objetivo y razonable. Si bien no todos los derechos están sometidos a limitación en lo que se refiere al disfrute por los extranjeros, y muchos de ellos por estar vinculados a la dignidad de la persona son efectivamente universales, es una realidad que dada la potestad soberana de los Estados para definir la mayor parte de los aspectos asociados a la extranjería, al control migratorio y de fronteras, son numerosas las restricciones al ejercicio de los derechos de quienes no son nacionales de un Estado.

Sobre la aplicación del principio de la dignidad humana a los extranjeros y a los trabajadores migratorios no habría duda en afirmar que se produce de la misma forma en la que se da a los nacionales de un Estado, pues el atributo tal y como se anotó, hace parte de

---

<sup>46</sup> MONROY CABRA, M.G.: “Derechos y deberes consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, en *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, Washington, 2006, p. 34.



la naturaleza de la persona y así ha sido reconocido tanto por las normas como por la jurisprudencia y por la doctrina internacionalista.

Respecto de los principios de igualdad y no discriminación, en un primer momento podría llegar a firmarse que se aplica a todas las personas y que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en aras a erradicar conductas discriminatorias establece cuales son los aspectos por los que no se puede discriminar, listado que no obedece a una descripción taxativa, sino que es meramente enunciativa de tal modo que cualquier trato diferente que no esté debidamente justificado, y no obedezca a un motivo objetivo y razonable será prohibido y derivará en responsabilidad internacional.

Lo anterior no obsta para que todos los individuos deban ser destinatarios de trato idéntico, toda vez que en ningún caso igualdad implica igualitarismo y existen internacionalmente autorizadas las diferencias de trato. Es el caso concreto de los extranjeros, quienes podrán ser objeto de diferencia de trato respecto de los nacionales de un país. Debe precisarse que entre extranjeros no proceden los tratos discriminatorios y así lo ha querido el Derecho Internacional, en consecuencia, queda prohibido establecer perfiles raciales que estigmaticen a los extranjeros<sup>47</sup>.

## **II. El derecho al trabajo de los trabajadores migratorios y los derechos de los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias a partir del aporte de la CTMF y otros instrumentos internacionales.**

Otro de los aspectos relevantes en el análisis de la tesis es el derecho al trabajo de los extranjeros, concretando el estudio en los trabajadores migratorios y a su vez los derechos de estas personas (en situación jurídica de regularidad y de irregularidad) a la luz de la CTMF.

Lo que debe entenderse por derecho al trabajo, la importancia del mismo en la sociedad, su dimensión individual y colectiva, y naturalmente la consagración de esta garantía en los Instrumentos de derechos humanos, son abordados en la tesis. El derecho en mención es posible hallarlo en la mayor parte de los instrumentos desde la DUDH, PIDESC, las disposiciones que se relaciona con él en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>48</sup> (en adelante PIDCP), y la consagración de este derecho en otros tratados de ámbito universal y regional.

El derecho al trabajo según gran parte de los Instrumentos Internacionales que serán analizados en este estudio es un “derecho humano” toda vez que de acuerdo con lo sostenido por **Vernet I Llovet y Román Martín** “(...) trabajar es indisociable de la vida misma, ya que es lo que nos proporciona directa o indirectamente los alimentos necesarios para sobrevivir (...). De esta forma “(...) el derecho al trabajo tiene gran relación con el derecho a la vida y con el derecho a la propiedad, en razón a que la persona vende lo que le

---

<sup>47</sup> Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Recomendación General No. XXX, *Sobre la no discriminación contra los no ciudadanos*, 65° periodo de sesiones, (2005), Doc.HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), de 27 de mayo de 2008, pág. 13 y 14.

<sup>48</sup> Adoptado por la Asamblea General en Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976.

pertenece, pues es propietario de su mano de obra y le permite con ello acceder a bienes que son susceptibles de apropiación”<sup>49</sup>.

El derecho al trabajo en las consagraciones normativas de gran parte de los instrumentos internacionales evidencia la indivisibilidad de los derechos humanos, debido a que si bien se trata de un derecho económico, social y cultural, su ejercicio supone también la puesta en escena de ciertas facultades que se ejercen a partir de las libertades individuales o de los derechos civiles, tales como la libertad para escoger y aceptar un trabajo.

La CTMF merece especial atención en este sentido, debido a que se aplica a los trabajadores migratorios -por su carácter de tratado sectorial-, y además de contemplar una serie de derechos a favor de estas personas las garantías consagradas se reconocen a partir de la condición de trabajador. Si bien en este instrumento no se hace referencia de manera explícita al derecho al trabajo, sí es posible encontrar disposiciones que prohíben el trabajo forzoso u obligatorio (art. 11.2), conductas riesgosas que son frecuentes en el contexto migratorio, más aún si se trata de inmigrantes indocumentados o que se encuentran en situación jurídica de irregularidad, dada su especial condición de vulnerabilidad<sup>50</sup>.

No sobra señalar que si bien las obligaciones de los Estados frente al derecho al trabajo definidas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establecen el alcance del derecho para cualquier persona, al tratarse de personas extranjeras o trabajadores migrantes, procederán algunas distinciones que se encuentran legitimadas por las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es así como los Estados se encuentran obligados a garantizar el derecho al trabajo a las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción (siguiendo al PIDESC), pero esto no implica que se esté ante “(...) un derecho absoluto e incondicional a obtener empleo”<sup>51</sup>, en favor del extranjero o del trabajador migratorio, más aún si dicha persona se halla en situación jurídica de irregularidad. En tal circunstancia un Estado de destino no estará en el deber de ofrecer

---

<sup>49</sup> VERNET I LLOBET, J y ROMÁN MARTÍN L, “Artículo 23”, en *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*, comentario artículo por artículo”, (X. Pons Rafols, Coord.), Icaria, Barcelona, 1998. p.376 y 377. La diferencia entre trabajo y empleo es un aspecto a resaltar y de acuerdo a ello la diferencia central entre los dos radica en que el trabajo es una categoría de actividad humana más amplia, mientras que el empleo se limita al trabajo remunerado. Por su parte, la OIT con el desarrollo del concepto de Trabajo decente dota a esta actividad de una serie de condiciones que son coherentes con la dignidad de la persona y sobre todo con las disposiciones normativas que reconocen este derecho. Según esta Organización Internacional se entiende por tal el “Trabajo productivo, en el cual se protegen los derechos, lo cual engendra ingresos adecuados con una protección social apropiada. Significa también un trabajo suficiente, en el sentido de que todos deberían tener pleno acceso a las oportunidades de obtención de ingresos”. El trabajo decente además “resume las aspiraciones de la gente durante su vida laboral.” <http://www.ilo.org/public/libdoc/ILO-Thesaurus/spanish/>

<sup>50</sup> Esta preocupación ha sido puesta de manifiesto de manera reiterada por el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes<sup>50</sup>, así como también por parte del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares. Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observación General No. 1, párs. 7, 8, 11, 14, 21, 24, 43, 52, 53.

<sup>51</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 18, párr. 6.

empleo a dicha persona, toda vez que “(...) los Estados Partes pueden negarse a ofrecer empleo a los no ciudadanos que no posean un permiso de trabajo (...)”<sup>52</sup>.

Lo anterior no significa que en todos los casos los extranjeros y los trabajadores migrantes se encuentren en desventaja, pues son dos cosas muy distintas el derecho que en calidad de extranjero se tiene a acceder al empleo, el cual no comporta una obligación para los Estados de destino, y otra cosa es que una vez una persona se encuentre desempeñando una actividad laboral tenga derecho a ciertas garantías mínimas como las condiciones de trabajo en pie de igualdad con los nacionales del Estado. Frente a este aspecto existen discrepancias por parte de los Estados y de hecho uno de los motivos por los cuales la CTMF ha tenido tan baja aceptación entre los Estados de destino es la garantía prevista en el artículo 25, entre otras tantas que atribuyen derechos a todos los trabajadores migratorios independientemente de su estatus jurídico.

La especial referencia a la CTMF no significa desconocer los aportes de la OIT en lo que se refiere al reconocimiento del derecho al trabajo, ni tampoco que en el ámbito regional se cuenta con instrumentos realmente avanzados en lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, en especial el derecho al trabajo<sup>53</sup>.

La CTMF reconoce derechos que son aplicables a todos los trabajadores migratorios (Parte III, art. 8-35), sin perjuicio de aquellos derechos que se aplican de manera particular a los trabajadores migratorios en situación de regularidad y a sus familiares (Parte IV art.36-56) En virtud de ello, la CTMF evidencia que si bien contiene un estándar mínimo de protección a favor de todos los trabajadores migratorios, ello no supone establecer un incentivo a la inmigración irregular, toda vez que los Estados no pierden la facultad de reglamentar los aspectos relativos a la política migratoria y de extranjería, y se propende por estimular la migración en situación jurídica de regularidad en función de la ampliación de los derechos de los que pueden ser titulares estas personas.

En la CTMF además de verse ampliado el catálogo de derechos a todos los trabajadores migratorios y establecerse un estándar más amplio a los trabajadores migratorios que se encuentran en situación jurídica de regularidad y a sus familias, se incluyen otras categorías de trabajadores migratorios que anteriormente se hallaban excluidos en otros instrumentos, lo que ha implicado que el campo de aplicación personal se ha ampliado y esto favorece al trabajador migratorio.

Sobre las condiciones de trabajo que deben ser reconocidas a todo trabajador migratorios es importante resaltar que en el sistema interamericano hay un pronunciamiento de la Corte

---

<sup>52</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General No. XXX, pár. 34

<sup>53</sup> Tal es el caso de la Carta Social Europea, tanto la de 1961 como la revisada de 1996 (en adelante CSE, Adoptada por el Consejo de Europa en Turín el 18 de octubre de 1961, en vigor el 26 de febrero de 1965, y la Revisada Adoptada en Estrasburgo, el 3 de mayo de 1996, en vigor el 1 de julio de 1999.) que consagra un generoso número de disposiciones dedicadas a este derecho y se refiere también en sentido particular a los derechos de los trabajadores migrantes (art. 19). Pese a esto como se analizará en la tesis, su campo de aplicación es algo restringido.

IDH afirmando los derechos de los inmigrantes incluso de aquellos en situación jurídica de irregularidad (Opinión Consultiva No. 18 de 17 de septiembre de 2003)<sup>54</sup>.

A pesar del importante desarrollo normativo y jurisprudencial en materia de inmigración, como será puesto de manifiesto en los distintos capítulos, sin embargo en la práctica la realidad se presenta de otra manera y muchos de los derechos que son reconocidos a estas personas no son efectivamente garantizados y así es puesto de manifiesto por el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes<sup>55</sup> y por el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares en la Observación General No. 1 de febrero de 2011<sup>56</sup>. A lo anterior hay que añadir la falta de ratificación de la CTMF, lo que constituye motivo de preocupación para diversos órganos, entre ellos, para el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial<sup>57</sup>.

### **III. Alcance de la investigación:**

#### **A) Objeto del estudio**

Esta tesis doctoral tiene por finalidad analizar el desarrollo progresivo que en virtud de los instrumentos internacionales de protección a los Derechos Humanos<sup>58</sup> de la jurisprudencia internacional y de la doctrina, han tenido los derechos de los trabajadores migratorios, en especial el derecho al trabajo. Lo anterior, en el marco del análisis de la aplicación de los principios de dignidad humana y de igualdad y no discriminación.

De allí que haya sido necesario estudiar la aplicación de las normas contenidas en los tratados a la luz de los mencionados principios pues toda persona por el hecho de serlo es titular de un grupo de derechos que deben ser efectivos en el territorio de los Estados, sea o no el de su nacionalidad. El análisis de los derechos de los extranjeros y del derecho al trabajo de los trabajadores migratorios supone reflexionar sobre el alcance de la dignidad de la persona humana y de la importancia del derecho al trabajo para la efectiva realización de este principio.

Por otro lado, abordar el derecho al trabajo desde el principio de igualdad y no discriminación exige que se estudie el verdadero significado de estos principios y se valore si las llamadas “distinciones”, en realidad constituyen un trato consecuente con la universalidad que se predica de todos los derechos, incluido el derecho al trabajo.

---

<sup>54</sup>Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

<sup>55</sup>Resoluciones Comisión de Derechos Humanos 2002/62 de 25 de abril de 2002 y 2005/47 de 19 de abril de 2005 y Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos 08/10 de 17 de agosto de 2010 y 17/12 de 15 de marzo de 2011.

<sup>56</sup>Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observación General No. 1, pár. 3.

<sup>57</sup>Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observaciones Finales relativas a España*, de 28 de abril de 2011, pár. 18, a *Irlanda*, de 4 de abril de 2011, pár. 28 y a *Francia*, Doc. CERD/C/FRA/CO/17-19, de 23 de septiembre de 2010, pár. 21.

<sup>58</sup>Del ámbito universal (generales y sectoriales), y de los regionales Europeo e Interamericano.

El análisis de los derechos desde una perspectiva general permite que se estudie cómo se garantiza cada uno de ellos a los extranjeros y a los trabajadores migratorios, y se contextualice la situación particular del derecho al trabajo de estas personas. Por tanto, se hace necesario analizar el derecho a acceder a un trabajo por parte de un extranjero frente a un nacional, y cuáles han de ser las condiciones de disfrute y ejercicio de ese derecho al trabajo una vez obtenido.

De otra parte, se analiza cuando se puede ser titular del derecho al trabajo; cuáles requisitos son necesarios por parte de un extranjero para poder practicarlo, y si procede en algunos supuestos, la igualdad de trato entre dichas personas y los nacionales del Estado de empleo. En función de lo polémica que puede ser la migración, más aún en una sociedad globalizada y en crisis económica mundial, se torna relevante dimensionar la verdadera importancia que ostentan los derechos humanos de las personas que no son nacionales de un Estado, y los límites que pueden imponerse a la soberanía de los Estados en pro de salvaguardar lo dispuesto por los Instrumentos Internacionales derechos humanos.

Es importante resaltar que, tal y como se expondrá en el acápite dedicado a las fuentes de conocimiento empleadas en esta tesis, el estudio se centró en los principales Instrumentos Internacionales Universales generales y sectoriales y en los de mayor relevancia de los sistemas regionales que son aplicables a los trabajadores migrantes. Por su parte, la jurisprudencia y la doctrina de dichos sistemas complementan el acervo normativo. En este sentido se hacen referencias muy puntuales y específicas relacionadas con el Derecho de la Unión Europea, sin entrar a profundizar en las políticas desarrolladas en este marco y en la jurisprudencia aplicable. El tratamiento de los extranjeros y de los trabajadores migrantes desde esta óptica normativa es de gran importancia, pero su extensión es de tal envergadura que hubiese requerido un estudio especial sobre el particular.

## **B) Objetivos**

El *objetivo general* de esta tesis doctoral consiste en estudiar la consagración de los derechos de los trabajadores migratorios en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, haciendo un especial énfasis en el derecho al trabajo.

Por su parte, los *objetivos específicos* gravitan en analizar el alcance y la aplicación de los principios de dignidad humana y de igualdad y no discriminación como valores irradiadores de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a todas las personas, incluidas por supuesto las extranjeras (aspecto que comprende a los trabajadores migratorios).

De igual manera, se estudian los conceptos básicos asociados a la migración (inmigración, emigración -en sentido amplio y en sentido restringido-, inmigrante, emigrante, Estado de origen, de destino, tránsito, trabajador migratorio, familia del trabajador migratorio, entre otros), y a partir de allí, se asume una postura que circunscribe el campo de estudio de los derechos de los trabajadores migratorios tanto en situación jurídica de regularidad como de irregularidad y comprobar el desarrollo progresivo de dichos conceptos.

Así mismo, se analiza el contenido, alcance y naturaleza jurídica, requisitos del derecho al trabajo de los extranjeros y de los trabajadores migratorios, para establecer las diferencias

entre el derecho a acceder a un trabajo, y a las condiciones con las que se debe desarrollar el mismo una vez obtenido, así como determinar cuáles son los derechos derivados de la relación laboral propiamente dicha.

### **C) Metodología**

Con el propósito de cumplir con una serie de procedimientos que buscan dar garantía y rigor científico a la investigación, el método empleado en esta tesis doctoral ha combinado algunos elementos del analítico o ecléctico, y del deductivo.

En un primer momento, al acudir a los diferentes instrumentos internacionales aplicables a los extranjeros y a los trabajadores migratorios se realiza un análisis de la jurisprudencia internacional y de la doctrina, aspectos propios del método inductivo. El empleo de este método permite que el investigador se aproxime a las fuentes de conocimiento y facilita el procesamiento de la información.

El análisis del derecho al trabajo de estas personas y el tratamiento que se ha dado a la luz de los demás derechos de los que son titulares los extranjeros y los trabajadores migratorios, también ha permitido que se determine su alcance y estándar de protección.

La sistematización de la información, la identificación de contenidos relevantes y la elaboración de fichas de análisis y de síntesis de los textos consultados, permitieron que se extractaran tendencias generales sobre lo que a nivel internacional representa la protección de los derechos de los trabajadores migrantes.

Finalmente, la investigación combina los análisis realizados en la primera etapa en la que se empleó el método analítico, y de la información recopilada y estudiada, lo que permite que se infieran conclusiones derivadas de las normas y de los fallos y sus comentarios doctrinarios. Así, una vez realizado esto se efectúa una valoración de los principales pronunciamientos que establecen el alcance de los derechos de los extranjeros y se evalúa a la luz de la normativa general. Lo anterior supuso que se empleara el método deductivo.

### **D) Fuentes de conocimiento**

En primer término, se han empleado fuentes de carácter normativo, es decir, instrumentos internacionales convencionales y no convencionales<sup>59</sup>, los cuales han implicado que en algunos de los casos en especial respecto de la CTMF se haya acudido a algunos de sus trabajos preparatorios, o documentos previos al texto definitivo, que dan cuenta del proceso de conformación de la norma objeto de análisis. El acceso a dichas fuentes se obtuvo a partir de las visitas a las bibliotecas durante las estancias de investigación en España, principalmente los fondos de la Universidad de Sevilla, Universidad Pablo de Olavide,

---

<sup>59</sup> Para el acceso a ellas se han empleado las páginas oficiales del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <http://www.ohchr.org>, de la OIT para lo relativo a los Convenios y las Recomendaciones analizadas: <http://www.ilo.org>, portal oficial del TEDH en el que es posible tener acceso tanto a la jurisprudencia de este alto tribunal como a los instrumentos internacionales: [http://www.echr.coe.int/echr/Homepage\\_EN](http://www.echr.coe.int/echr/Homepage_EN), sitio web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que es posible tener acceso no solamente a la jurisprudencia de la Corte IDH, de la CIDH, sino a los Instrumentos Internacionales del Sistema Interamericano: <http://www.corteidh.or.cr/>

Universidad Complutense de Madrid y Universidad Carlos III de Madrid. Los recursos informáticos y de préstamo interbibliotecario de la Universidad de Sevilla, a través del acceso remoto a sus fuentes facilitó el acceso a gran parte del material que no podía obtenerse directamente de dicha biblioteca.

Por otra parte, durante los periodos de la investigación que fueron realizados en Colombia se accedió a las fuentes de las bibliotecas de las Universidades del Rosario, Externado de Colombia, Andes, la Biblioteca Nacional Luis Ángel Arango, y fondos privados de abogados internacionalistas.

Se emplearon también publicaciones seriadas y revistas temáticas, obtenidas principalmente de la Universidad de Sevilla y en el caso del material del Instituto Interamericano de Derechos Humanos se acudió a su solicitud por vía de prestamos interbibliotecarios, y a las publicaciones disponibles en el portal oficial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos lo que supuso la obtención del material por medio virtual.

Los manuales generales y obras básicas de Derecho Internacional Público, así como de Derecho Internacional de los Derechos Humanos también fueron utilizados en esta investigación dado que se estudiaron aspectos puntuales que requerían ser contextualizados a partir de dichas obras, como fue el caso del papel de la soberanía de los Estados, la humanización del Derecho Internacional Público tras la creación de la ONU, la importancia de la dignidad humana en la esfera internacional, las competencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otros aspectos. Las interpretaciones realizadas por los órganos de los tratados, principalmente de los universales, han sido debidamente tenidas presente en esta tesis. (Observaciones y Recomendaciones Generales, como en las finales)<sup>60</sup>. A nivel regional se estudia la jurisprudencia del TEDH, de la Corte IDH, así como de la CIDH.

La obtención de estas fuentes se realizó a través de sus portales virtuales oficiales los cuales ofrecen gran parte de la jurisprudencia; sin embargo, se ha tenido también presente la doctrina que ha comentado dichos fallos. Lo anterior sin dejar de lado algunos pronunciamientos muy puntuales que fueron tomados del Comité Europeo de Derechos Sociales<sup>61</sup> y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (antiguo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)<sup>62</sup>.

Los informes anuales y las visitas a los países realizados por el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes son de vital importancia en el desarrollo de esta tesis a raíz de que en ellos es posible encontrar diagnósticos fieles de la situación los migrantes a

---

<sup>60</sup> Comité de Derechos Humanos, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comité de Derechos del Niño, Comité contra la Tortura, Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

nivel mundial, y se plasman también las principales preocupaciones en lo que se refiere a las violaciones de los derechos de estas personas, se formulan recomendaciones sobre las acciones que deben emprender los Estados en favor de la erradicación de estas conductas y se resaltan los avances y buenas prácticas que en esta materia son adoptadas por algunos Estados. El recaudo de estos documentos proviene del enlace virtual oficial disponible en la página del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Las monografías y obras colectivas conmemorativas de los instrumentos internacionales o en homenaje a los especialistas en Derecho Internacional Público han sido un importante insumo en este trabajo debido a que las mismas, en muchos de los casos abordan los principales temas de actualidad que formulan retos a los derechos humanos en el contexto de la normativa internacional. Así es frecuente que en ellos se encuentren reflexiones sobre los movimientos migratorios<sup>63</sup>.

Debe mencionarse que a lo largo de la investigación se tomaron como fuentes de apoyo los estudios que sobre el tema migratorio ha desarrollado la Comisión de Derecho Internacional (CDI), así como los aportes de la OIM, OIT, OCDE, entre otras Organizaciones Internacionales. La obtención de dichas fuentes se hizo a partir de los enlaces de internet en los cuales se hallan a disposición estos insumos.

Por último, es importante resaltar que las fuentes empleadas en este estudio no corresponden a la totalidad existente, en razón a la dispersión, y densidad de la bibliografía que se encuentra en varios idiomas, circunstancia que sin duda impediría entregar un resultado final de investigación dentro de un plazo razonable.

### **E) Plan de trabajo**

El desarrollo de la presente tesis de doctorado se compone de seis capítulos distribuidos de la siguiente forma: Capítulo I titulado: “*Trabajadores migrantes: delimitación conceptual*” tal y como su nombre lo indica pretende dar claridad sobre una serie de nociones que se relacionan con los movimientos migratorios de personas, entre ellos la migración, la inmigración, la emigración, el emigrante, el inmigrante, el trabajador migratorio, etc. La importancia de este capítulo radica en que a partir de los conceptos abordados se asumen posturas desde las cuales se estructura la investigación, y de este modo se acota el objeto de estudio.

El capítulo II se denomina: “*Principio de dignidad*” en el que se aborda el estudio de la importancia de la dignidad humana para este grupo de personas, como atributo que les pertenece en función de su condición, partiendo de la consagración de este principio desde la Carta de la ONU de 1945, hasta resaltar su presencia y tratamiento en los sucesivos instrumentos internacionales aplicables a los extranjeros y a los trabajadores migratorios y a sus familiares.

El Capítulo III se titula: “*Principios de igualdad y de no discriminación*”, en el que se aborda la aplicación y alcance de este principio en el caso particular de las personas



extranjeras y de los trabajadores migratorios. Se analiza la procedencia de las distinciones y diferencias de trato que pueden dispensarse a estas personas y que a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no constituyen discriminación y se estudia si los principios de no distinción y no discriminación son sinónimos o no.

El capítulo IV de la tesis desarrolla el tema denominado: “*El derecho al trabajo de los trabajadores inmigrantes*”, en el que se aborda otra de las partes centrales de la tesis, toda vez que a partir de los conceptos vistos en los capítulos I, II y III se estudia el alcance y contenido del derecho al trabajo para los trabajadores migratorios. Las reflexiones previamente realizadas en los capítulos anteriores permiten que el derecho al trabajo sea estudiado en contexto y a partir de los Instrumentos Internacionales que lo contemplan.

El capítulo V titulado: “*Los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familias*”, estudia de manera general la totalidad de los derechos contenidos en la CTMF, que se atribuyen a los trabajadores independientemente de su situación jurídica. Tales derechos se analizan a la luz de la consagración existente en los demás tratados internacionales.

Finalmente el capítulo VI “*Derechos de los trabajadores migratorios en situación jurídica de regularidad*” estudia de manera específica aquel catálogo de derechos que se reconoce exclusivamente a los trabajadores migrantes y a sus familias que cumplen con los requisitos para permanecer y trabajar en el Estado de empleo. De tal forma no sólo se analiza la CTMF (Título IV), sino que se efectúa un recorrido por otros instrumentos, tales como los diversos Convenios de la OIT, así como sus Recomendaciones, y demás tratados que de tiempo atrás han regulado derechos de trabajadores extranjeros. En este capítulo se estudia un poco más la normativa de la UE, la cual en gran parte de los casos se aplica a estos trabajadores que cumplen con los requisitos previstos en el espacio Schengen.

Por último, la tesis doctoral finaliza con doce (12) conclusiones principales, las cuales han sido extraídas del análisis que se ha llevado a cabo en los seis capítulos que componen este trabajo, y que no solamente condensan las principales ideas desarrolladas en la tesis, sino que dan cuenta de los hallazgos que se obtuvieron del estudio de la temática.

## CAPÍTULO I

### TRABAJADORES MIGRANTES: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

En este capítulo se harán algunas precisiones conceptuales de utilidad para la comprensión de la problemática sobre los derechos de los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias. Hay diversas nociones en torno al concepto de migración y dada la ausencia de unanimidad sobre un concepto de migración universalmente aceptado, este trabajo se circunscribirá al sentido restringido del término, es decir, la migración asociada a los motivos económicos y con finalidades laborales, sin perjuicio de que en el desarrollo de este capítulo y de los subsiguientes se toquen aspectos puntuales sobre la migración en sentido amplio que cobija otros supuestos adicionales a la migración laboral.

#### 1. Migración, emigración, inmigración.

La migración “(...) es un fenómeno humano y demográfico de gran trascendencia para el orden social, económico, cultural y político de un país”,<sup>64</sup> como lo señala el profesor **Gros Espiell** “(...) complejo y múltiple, que implica y comprende elementos individuales y colectivos, que responde y es la consecuencia de diversas causas que se suman y entremezclan en distinta intensidad, y elementos según los diferentes momentos históricos y los diversos lugares geográficos y situaciones en que ocurre.”<sup>65</sup>

El concepto es relativamente reciente, pues si bien la movilización de las personas a lo largo de la historia ha sido una constante, estos actos humanos se denominaban de diversas formas. Así lo afirma **Varlez** en su estudio publicado por la Academia de Derecho Internacional en 1929 en el que se ocupa de hacer una interesante y profunda reflexión sobre lo que etimológicamente debe entenderse por migración e inmigración, entre otros conceptos. Señala que: “la migración es un neologismo, y que su existencia constituye la evidencia histórica de la evolución propia del lenguaje, el cual ha sido influido por el desarrollo internacional, y que se concreta posteriormente en una norma jurídica”.<sup>66</sup>

No existe una definición universalmente aceptada de lo que se entiende por migración, así se ha reconocido en los estudios publicados por la Academia de Derecho Internacional y lo ha reiterado la Organización Internacional para las Migraciones (en adelante OIM) al resaltar que aclarar los conceptos “(...) es de vital importancia para efectos de poder realizar un análisis de las leyes internas de los Estados, a la luz de lo que disponen las

---

<sup>64</sup> VARONA MARTÍNEZ. G.: *La inmigración irregular: derechos y deberes humanos*, colección de derechos humanos Francisco de Vitoria, Ed. Ararteko, Guipúzcoa, 1993, p. 21.

<sup>65</sup> GROSS ESPIELL. Héctor.: “Derechos humanos y migraciones”, en *Migraciones y Desarrollo*, II Jornadas Iberoamericanas de estudios internacionales, (F. Aldecoa Luzárraga, J.M. Sobrino Heredia, Coords.) Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 39.

<sup>66</sup> VARLEZ, L.: “Les migrations internationales et leur règlementation” en *Académie de Droit International*, Tome 20 de la collection, Tomo V, Librairie Hachette, Paris, 1929, pp. 169-344, p. 172, afirma que los movimientos de las personas en la historia se han denominado colonizaciones, conquistas, ocupación de tierras baldías, entre otros términos. p. 173

normas internacionales”.<sup>67</sup> No obstante lo anterior, debe acudirse a las definiciones que están disponibles, y de ellas nos ocuparemos.

La migración según la OIM es entendida como el “movimiento de población hacia el territorio de otro Estado o dentro del mismo, que abarca todo tránsito de personas sea cual fuere su tamaño, su composición o sus causas; incluye migración de refugiados, personas desplazadas, personas desarraigadas, migrantes económicos”<sup>68</sup>.

Este concepto supone el desplazamiento o la movilización de las personas de manera genérica y sin que medie ningún calificativo<sup>69</sup>, es decir, se alude a la migración en sentido amplio, la cual admite muchas posturas sobre el acto migratorio, y además contempla necesariamente dos tipos de actos, tales como la *emigración*, es decir la salida de los individuos, o el abandono por parte de los mismos de un lugar, ya sea un país o una región, y comprende también la *inmigración*, es decir el ingreso de los individuos en un territorio determinado. Lo anterior, al considerar el escenario de que la migración es el género, (asemejándolo a la moneda) y la emigración y la inmigración las especies que la componen, o sus partes fundamentales (asemejándolo a la cara y la cruz).

Como ya se anotó anteriormente, desde una perspectiva práctica, la migración supone la existencia de dos actos paralelos, complementarios y de necesaria ocurrencia, estos son: la *emigración* y la *inmigración*, y si en estricto sentido, éstos no ocurren de manera simultánea, por lo menos si pueden ser calificados como de “doble flujo”,<sup>70</sup> y sucesivos, toda vez que cuando alguien se desplaza para abandonar un lugar, es decir “*emigra*” (garantía reconocida como el derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, como se prevé en diversos instrumentos internacionales)<sup>71</sup>, forzosamente y como consecuencia física y natural de su movilización, tendrá que llegar o tener como destino otro lugar, lo que implica en el lenguaje de las migraciones, que tiene que “*inmigrar*” (en ninguna norma internacional es posible encontrar este derecho de manera expresa, a diferencia de lo que ocurre con el derecho a salir de un Estado). Esto hace que sean dos fenómenos “naturalmente paralelos”.<sup>72</sup> La doctrina ha cuestionado la coherencia del reconocimiento del derecho a salir de un país y sobre la restricción de entrar en el territorio de otro Estado. Sobre el particular se pronuncian los profesores **Chueca Sancho** y **Aguelo Navarro** al

---

<sup>67</sup> *Ibidem*. p. 171.

<sup>68</sup> Organización Internacional para las Migraciones, *Glosario sobre migración*, Derecho Internacional sobre Migración, No. 7, Ginebra, 2006, p. 38, disponible en <http://www.oim.org.co/Sobremigración/GeneralidadesdeLaMigración/Conceptosgenerales/tabid/104/language/es-CO/Default.aspx>

<sup>69</sup> En esta primera aproximación a la definición no se hace explícito si esto es voluntario, forzado, o si existe otro calificativo para la movilización.

<sup>70</sup> RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, C.: “Análisis crítico de la normativa internacional de protección de los trabajadores migrantes: el papel de la OIT”, en *Migraciones y desarrollo*, II Jornadas Iberoamericanas de estudios internacionales, Ob. Cit. p. 127.

<sup>71</sup> Artículos 13.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 12.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 2.2 del Protocolo Adicional No. 4 al Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, y el 22 Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>72</sup> GROSS ESPIELL. Héctor.: “Derechos humanos y migraciones”, en *Migraciones y Desarrollo*, Ob.Cit, p. 39

referirse al “*ius migrandi*” (aspecto sobre el que se profundizará más adelante) sosteniendo que son varios elementos los que integran este derecho, tales como el derecho a poder establecerse pacíficamente en un lugar, lo que para dichos autores comporta además el derecho a residir y a trabajar.<sup>73</sup> De lo anterior, puede inferirse que esto se traduce en el derecho a inmigrar, es decir a llegar a un destino de manera libre, en busca del mejoramiento de las condiciones de vida<sup>74</sup>.

## 2. Migración forzada y migración voluntaria

De acuerdo con la OIM dentro de los tipos de migración es necesario tener presente el elemento de la voluntariedad, pues se encuentra la clasificación de la *migración forzada*, la cual puede desarrollarse dentro de un contexto interno<sup>75</sup> o externo, y describe el movimiento de personas en el que se puede observar coacción, incluyendo la amenaza a la vida, y su subsistencia, bien sea por causas naturales o humanas,<sup>76</sup> verbigracia, los desplazamientos que se generan por los desastres naturales, para el primero de los casos, y los propiciados por conflictos armados<sup>77</sup> (Esto supone el abordaje de la migración en sentido amplio).

En el orden de las migraciones voluntarias la perspectiva cambia, toda vez que en éstas aparentemente las personas no sufren ningún tipo de coacción para salir de sus países, sino que de manera libre y voluntaria deciden hacerlo, por una serie de motivos personales,

---

<sup>73</sup> CHUECA SANCHO, A, y AGUELO NAVARRO, P.: “La Convención sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 10, Valladolid, 2005, p. 124.

<sup>74</sup> Ver DE LUCAS MARTÍN, J: “El marco jurídico internacional de las migraciones algunas consideraciones sobre la protección de los derechos humanos de los inmigrantes: acerca del derecho a ser inmigrante”, en *Un mundo sin desarraigo el Derecho Internacional de las migraciones*, (F. Mariño Menéndez, Coord.), Los libros de la Catarata, Madrid, 2006, pp. 29-55. En este mismo sentido y con una postura un tanto más radical se refiere el profesor Javier De Lucas, al considerar que la tendencia marcada por el derecho internacional de los derechos humanos de dar garantía abierta al derecho a emigrar, y a su turno restringir cuidadosamente el derecho a inmigrar supone que exista el atributo de ser emigrante, pero no a ser inmigrante, y ejemplifica esta situación indicando que esto significa que se reconoce el derecho a “situarse en órbita”

<sup>75</sup> Respecto de la migración forzada interna se cuenta con los estudios publicados por la Academia de Derecho Internacional al afirmar que existen varios tipos de migraciones, una de ellas es aquella que se caracteriza por la ocurrencia de éxodos rurales, el abandono de terrenos baldíos, la marcha propiciada por la industria que hace que se abandonen los campos para dirigirse a las ciudades, la explotación de los recursos naturales, lo cual es calificado como desplazamiento interno, y se reconoce como un factor de incremento en los problemas asociados a la migración, pero que compete en exclusiva a la regulación y al control interno de los Estados, y escapa de la competencia internacional, pues claramente para dichos estudios publicados por la Academia aquí no hay sujeto de derecho internacional involucrado en la cuestión. Anota además un punto que es determinante, consistente en que “A veces los cambios profundos en las condiciones de la vida del individuo, la estructura de la sociedad y también las relaciones sociales causan migración, pero esto es responsabilidad exclusiva de los Estados y no son un problema internacional”. Ver VARLEZ, L.: “Les migrations internationales et leur réglementation” en *Académie de Droit International*. Ob. Cit. pp. 177 y 178.

<sup>76</sup> Organización Internacional para las Migraciones, *Glosario sobre migración*, Ob. Cit. p. 39.

<sup>77</sup> Como ocurre en el caso colombiano, que con ocasión a la violencia entre grupos armados al margen de la Ley, la población civil se ve obligada a abandonar sus territorios con el propósito de proponer su vida y si integridad personal y familiar.

dentro de los cuales se encuentran los económicos, o las llamadas migraciones laborales (sentido restringido del término y sobre el que se trabajará en esta tesis).

Si hasta aquí está clara la conceptualización, en la práctica la transparencia conceptual se pone en tela de juicio, pues tal y como lo manifiesta el profesor **Olesti Rayo**, “(...) los planteamientos para fundamentar las migraciones por razones económicas son diversos, y demuestran que estamos ante una manifestación social compleja.”<sup>78</sup> Una de las principales dificultades que ofrece la realidad migratoria es el motivo real por el que se decide abandonar el Estado de origen, lo cual para el trabajo que nos interesa relativo a la migración laboral, comporta motivaciones con connotaciones económicas, en algunas circunstancias moderadas o en otras extremas, pues la finalidad principal es la búsqueda de un mejor trabajo que permite aumentar las condiciones de vida de la persona.

En la práctica, además de la motivación particular para migrar influye enormemente en esta decisión el contexto socio-económico en el que se encuentra la persona, y así siguiendo nuevamente al profesor **Olesti Rayo** las migraciones económicas pueden ser entendidas como “(...) una necesidad del sistema económico actual.”<sup>79</sup> Lo anterior puede interpretarse en varios sentidos, de un lado tal y como lo afirma el profesor **Piore**, la inmigración de extranjeros puede considerarse como un factor para “(...) la estabilización del empleo en ciertos sectores de la economía, en los que es necesario que estas personas desempeñen labores que no cumplen sus nacionales”<sup>80</sup>, y del otro, suponen una oportunidad económicamente atractiva para huir de las difíciles condiciones en las que se encuentran las personas en sus Estados de origen. Este segundo aspecto ha sido puesto de manifiesto por la Relatora Especial sobre los derechos de los migrantes quien ha sostenido que “(...) se percibe la emigración como la única solución frente al desempleo y la pobreza. El crecimiento económico que han experimentado algunos países en los últimos años no se ha reflejado aún en una mejora significativa del mercado laboral que permita la inserción de los jóvenes en el trabajo y la reducción del desempleo y la informalidad. Además, continúan existiendo amplias zonas en donde el olvido social y el desinterés político serían evidentes, lo que obliga a sus poblaciones a buscar trabajo en los países vecinos como estrategia de subsistencia (...)”<sup>81</sup>.

Al analizar las causas de la migración, la Relatora Especial también ha sostenido que: “(...) el movimiento de personas dentro y fuera de las fronteras nacionales es el resultado

---

<sup>78</sup> OLESTI RAYO, A.: “La inmigración irregular y el control de los flujos migratorios en la Unión Europea”, en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, (A. Salinas de Frías, M. Vargas Gómez-Urrutia. Coords.), Servicio de Publicaciones Universidad de Córdoba, Secretariado de Publicaciones Universidad de Sevilla, Servicio de Publicaciones Universidad de Málaga, Sevilla, 2005, p. 943

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 944

<sup>80</sup> PIORE, M.: *Bird of Passage, Migrant labor and industrial societies*, Cambridge University Press, New York, 1979, p. 36

<sup>81</sup> *Informe presentado por la Relatora Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro*, Doc. E/CN.4/2005/85/Add.2, 14 de enero de 2005, párr. 3, ver también Informe de la Relatora Especial para los Derechos de los Migrantes, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, Doc. E/CN.4/2000/83 de 9 de enero de 2001, párr. 50, Se anota que; “En la mayor parte de los casos, los trabajadores y trabajadoras salen de sus países de origen solos. Este es un factor de riesgo de desintegración familiar. Los Cabezas de familia emigran para sobrevivir dignamente y enviar recursos a los suyos.

entre otras de la extrema pobreza, la discriminación racial, los conflictos armados internos, la falta de oportunidades, la discriminación contra la mujeres y la reunificación familiar”<sup>82</sup>.

Conviene tener presente el estudio realizado por la profesora **Salado Osuna** sobre el nivel de vida adecuado de las personas y como elemento fundamental de este derecho, el de la alimentación<sup>83</sup>, en el que reflexiona sobre una de las preocupaciones del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, pues acuña el concepto de los “*Refugiados del hambre*”, entendiéndose por tales “los más excluidos y discriminados las personas que huyen del hambre y de graves violaciones del derecho a la alimentación.”<sup>84</sup>

Entre ese grupo de personas excluidas y vulnerables encajan los migrantes (bajo un concepto en sentido amplio y no restringido, es decir no precisamente migrantes laborales o económicos), toda vez que el Relator Especial al realizar la caracterización de las personas que padecen esta situación se refiere a “(...) miles de personas que cruzan las fronteras internacionales y algunas tratan de llegar a los países desarrollados huyendo del hambre, (...) por el modo en el que estas personas ingresan al territorio de un Estado de destino (...) la mayoría de las personas que cruzan las fronteras internacionales para escapar del hambre y de la miseria son tratadas como "migrantes económicos" ilegales pues naturalmente debido a sus condiciones no cuentan con un permiso de entrada. De hecho el Relator Especial sobre el derecho a la alimentación agrega que en casos muy puntuales estas personas “reciben algunas de las protecciones previstas en el estatuto de refugiado y el derecho a la no devolución, aunque corran el riesgo de padecer violaciones del derecho a la alimentación que equivalen a amenazas a su propia vida.”<sup>85</sup>

A pesar de que en algunas ocasiones los denominados “refugiados del hambre”, por el citado Relator, reciban un trato especial, la práctica general es que a dichas personas se les aplique medidas para combatir la inmigración ilegal. La movilización de las personas en estas condiciones de precariedad y con el único propósito de salvaguardar sus vidas es casi la respuesta al instinto de supervivencia, razón por la cual para el Relator Especial sobre el derecho a alimentación “es absurdo sugerir que las personas que huyen del hambre y la hambruna lo hacen voluntariamente”<sup>86</sup>.

De lo anterior, podríamos llegar a inferir que esto plantea un criterio claro para determinar la frontera entre quiénes podrían ser catalogados como “refugiados del hambre”, y quiénes definitivamente son migrantes económicos, es decir migrantes en sentido restrictivo del término. No obstante, esta diferencia no puede verse tan diáfana si se tienen presentes las

---

<sup>82</sup> *Informe presentado por la Relatora Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes* “Informe, estudios y documentos a estudiar por el Comité preparatorio de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la xenofobia y las formas conexas de Intolerancia, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, Doc. A/CONF.198/PC.2/23 de 18 de abril de 2001, pág. 18

<sup>83</sup> SALADO OSUNA, A.: “Derechos económicos, sociales y culturales: derecho a un nivel de vida adecuado”, en *Los derechos humanos aquí y ahora 60 años después de la Declaración Universal de derechos humanos*, (A. Salado Osuna, Coord.), Gobierno de España, Ministerio de Asuntos exteriores y de cooperación, Dirección General de Naciones Unidas Oficina de Derechos Humanos, Madrid, 2008, pp. 61-83.

<sup>84</sup> *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Sr. Jean Ziegler, Doc. A/HRC/7/5 de 10 de enero de 2008, pág. 36

<sup>85</sup> *Ibidem*, 37 y 41

<sup>86</sup> *Ibidem*.

crudas condiciones económicas de muchas personas en el mundo, que no necesariamente se encuentran en situación de hambruna. Sobre esto, el profesor **Cançado Trindade** afirma que “(...) se puede constatar que es un aumento considerable-estadísticamente comprobado- de los marginalizados y excluidos en todo el mundo, como revelado por cifras crecientes de refugiados, desplazados y migrantes en búsqueda de trabajo para sobrevivir (...). Esto se debe, según el profesor, a que “las migraciones y los desplazamientos (...) se han caracterizado particularmente por las disparidades en las condiciones de vida entre el lugar de origen y el de destino de los migrantes”<sup>87</sup>.

El Relator Especial sobre el derecho a la alimentación se refiere a la situación en la que las hambrunas azotan un país o una región determinada, aspecto que según su apreciación “no es difícil establecer objetivamente el estado de necesidad”<sup>88</sup>, pues se cuenta con organismos que dan cuenta de esta situación en los Estados (Programa Mundial de Alimentos -PMA y Food and Agriculture Organization -FAO). Sobre el particular conviene tener presente que la Organización de Naciones Unidas (en adelante ONU) ha informado que “una hambruna se declara técnicamente cuando la tasa de desnutrición aguda entre los niños excede el 30%, más de dos personas por cada 10.000 mueren diariamente y la gente no tiene acceso a alimentos y otros bienes básicos”<sup>89</sup>.

No sobra reiterar que de acuerdo con esta apreciación, para quienes se desplazan voluntariamente con la motivación de buscar una vida mejor, no existe en realidad ningún elemento que constriña su decisión o que le avoque a debatirse entre salir de su país para proteger su vida por causa del hambre, o el permanecer en él sometido a este riesgo. No obstante lo anterior, valdría cuestionarse: ¿solamente en estos casos extremos de hambruna y de escasez generalizada de alimentos es aplicable el concepto de “refugiado del hambre”? o por el contrario, ¿podrían evaluarse situaciones en las que determinados países se encuentran sumidos en la pobreza y pese a que no necesariamente el 30% de su población carezca de la satisfacción de sus necesidades básicas, si logra demostrarse que el acceso al empleo es una gran dificultad y ello traerá como consecuencia inminente la disminución paulatina de su calidad de vida hasta llevar a sus habitantes a situaciones desesperadas y crónicas de pobreza y exclusión?

---

<sup>87</sup> CANÇADO TRINDADE, A.A.: “Reflexiones sobre el desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal”, en *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI* (A.A. Cançado Trindade, y J.Ruiz de Santiago, Eds.) 2 ed. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica, 2003, p. 34

<sup>88</sup> *Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación*, Sr. Jean Ziegler, Doc. A/HRC/7/5 de 10 de enero de 2008, pár. 42

<sup>89</sup> Centro de Noticias de la Organización Naciones Unidas, *Informe de prensa sobre la declaratoria de la hambruna en Somalia*, 20 de julio de 2011, disponible en <http://www.un.org/spanish/News>. Si bien estos datos se mantienen la crisis financiera mundial ha afectado gravemente el acceso al derecho a la alimentación, así el Programa Mundial de Alimentos PMA, plantea su preocupación por el aumento del hambre en la región africana de Chad y sostiene que “Incluso antes de la crisis, las tasas de desnutrición eran altas. El año pasado la tasa global de desnutrición aguda alcanzaba al 20 por ciento de los niños menores de dos años. Las lluvias irregulares y las plagas han afectado las cosechas en el centro y el oeste del país, en donde se ha presentado un déficit de cereales de más de 500,000 toneladas métricas. Los precios de todos los cereales están muy por encima de la media estacional registrada en los últimos cinco años”. Información publicada el 8 de mayo de 2012, de la página web: <http://es.wfp.org/historias/la-crisis-del-sahel-pa%C3%ADs-por-pa%C3%ADs>

Por el momento una respuesta de semejante envergadura es difícil de sustentar, pues en la actualidad ni siquiera para los casos de hambruna se ha podido adoptar un instrumento que formule estrategias de protección para estas personas. Sin embargo, sí resultaría conveniente proponer a nivel internacional una reflexión en este sentido, y analizar el concepto propuesto por el Relator Especial sobre el derecho a la alimentación relativo a los refugiados del hambre.<sup>90</sup>

No puede olvidarse que tiempo atrás el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en su Informe sobre “Derechos Humanos y Éxodos en masa” se refirió a los riesgos de las movilizaciones humanas y señaló a la pobreza como una de las principales causas de la migración.<sup>91</sup> Recuerda la Declaración de Estambul sobre Asentamientos Humanos y la Agenda Hábitat, pues en ella se pone de manifiesto que “(...) más de un billón de personas viven hoy en la pobreza absoluta (...). Así mismo, la Agenda Hábitat “identifica la pobreza y las violaciones de los derechos humanos como factores que conllevan a las migraciones”<sup>92</sup> e inciden en la necesidad de protección de los refugiados, los desplazados y los migrantes.

Por su parte, sobre la motivación de migrar **Doña Reveco**, en un estudio publicado por la OIM, afirma que al hacerse un análisis de las migraciones “(...) resulta difícil identificar cuando se trata en realidad de una migración voluntaria, y cuando se está hablando de una migración forzada, en razón a que muchas veces los motivos económicos que hacen que una persona emigre de su país pueden resultar ser una coacción”.<sup>93</sup> Esto apunta según lo que se ha puesto de manifiesto, que en aquellas situaciones en las que las circunstancias económicas son realmente angustiosas para las personas y resulta difícil obtener los recursos para su subsistencia en los países de origen, una motivación de sobrevivencia podría llegar a considerarse como forzada.

---

<sup>90</sup> Hasta el momento ningún otro informe posterior al del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación del año 2008 ha profundizado en el desarrollo el concepto de “*refugiados del hambre*”, sin embargo, en el *Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación*, Sr. Olivier De Schutter, Doc. A/HRC/10/5, de 11 de febrero de 2009, se han hecho precisiones sobre la obligación de prestar ayuda alimentaria a los países en vía de desarrollo, y en particular “debe asignarse prioridad en la asistencia alimentaria a las poblaciones más vulnerables” (pár. 15), lo que permite inferir que por su condición allí estarán incluidos los trabajadores migrantes. En el año 2010 *Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación*, Sr. Olivier De Schutter, Doc. A/HRC/13/33, de 22 de diciembre de 2009, se ocupó de la temática de la agroindustria y el derecho a la alimentación con un enfoque más aproximado a la pequeña empresa agrícola, por lo que el tema de los refugiados del hambre no fue abordado, *Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación*, sobre acceso a la tierra y derecho a la alimentación, Doc. A/65/281, de 11 de agosto de 2010, tampoco se refirió a este tema. Finalmente en el año 2011 *Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación*, Sr. Olivier De Schutter, sobre la agroecología, Doc. A/HRC/16/49, de 20 de diciembre de 2010.

<sup>91</sup> *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos* “Derechos Humanos y Éxodos en masa”, Doc. E/CN.4/1997/42, de 14 de enero de 1997, pár. 61

<sup>92</sup> Organización de las Naciones Unidas, *Hábitat Agenda and Istanbul Declaration* (II.U.N.Conference on Human Settlements Istanbul, June, 1996, New York, 1996, pp. 7-8, pp.78 y 79, y 158-159

<sup>93</sup> DOÑA REVECO, C.: “Breve reseña y análisis de la Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los trabajadores Migratorios y sus Familias”, Documento de Trabajo No. 001, Organización Internacional para las Migraciones, Santiago de Chile, 2003, p. 1.



La Asamblea General de la ONU en el informe sobre el Dialogo de Alto Nivel sobre la Migración y el Desarrollo al referirse a los motivos por los cuales las personas deciden migrar afirma que: “Las personas por lo regular han tenido que emigrar a causa de la pobreza, los conflictos y las violaciones a los derechos humanos.”<sup>94</sup> Es aquí donde vale cuestionarse si en realidad ¿el huir de la pobreza de un Estado no implica verse forzado a migrar? pues la misma Asamblea General ubica el motivo económico junto con las circunstancias de violencia y las vulneraciones sistemáticas a los derechos de las personas.

La Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) también ha insistido en este tema y ha venido sosteniendo “(...) que las circunstancias económicas de los Estados menos desarrollados y el deseo de progreso de las personas se conjugan y así se propicia el escenario adecuado para la migración”<sup>95</sup>.

En este mismo sentido la OIT, a propósito de la denuncia de los efectos de la globalización, afirma que “(...) una de las principales causas por las cuales las personas deciden abandonar sus Estados de origen, es la crisis económica y el aumento de la brecha de la pobreza”.<sup>96</sup> En todo caso, y pese a las valoraciones que se puedan llegar a formular, no existe ningún instrumento internacional que establezca o incluya “(...) los motivos económicos como móviles propios de la migración forzada, sino todo lo contrario”<sup>97</sup>. Este argumento despeja la duda antes planteada, pues a la fecha los motivos económicos se ubican dentro del orden de la voluntariedad y el único móvil que ha intentado replantear esta postura es el concepto de “refugiados del hambre”, ya esbozado.

A esto se agrega la dificultad de que el componente subjetivo frente a la motivación económica puede ser muy amplio, desde el mismo hecho de no tener cómo dar sustento propio y a la familia, hasta las dificultades económicas propias de los países en vía de desarrollo, que no son necesariamente valoradas como situaciones de inminente peligro.

Sobre este aspecto el profesor **Gros Espiell** sostiene que: “Los movimientos migratorios hoy están esencialmente provocados por causas económicas y sociales (...), y que se

---

<sup>94</sup> *Dialogo de alto nivel sobre la migración internacional y el desarrollo*, Asamblea General, Doc. A/61/515, de 13 de octubre de 2006, párs.8 y 16.

<sup>95</sup> *Informe de la Comisión de Expertos en aplicaciones a los Convenios y Recomendaciones*, Tercer Informe de Trabajadores Migrantes, Conferencia Internacional del Trabajo, Organización Internacional del Trabajo, Junio de 1999, p.291.

<sup>96</sup> *International labour migration: a rights-based approach*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2010, p. 13, disponible en la página [http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/rights\\_based\\_approach.pdf](http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/rights_based_approach.pdf)

Este documento es la versión actualizada de otro anteriormente emitido por la OIT titulado *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía global*, Ginebra, 2004, disponible en la misma página web que se referencia.

<sup>97</sup> Ver también MARTÍN,P.: *Migration and development: Toward sustainable solutions*, International Institute for labour Studies, discussion paper, Decent Work Research Programme , Doc, DP/153/2004 Ginebra, 2004, disponible en la página web <http://www.ilo.org/public/english/bureau/inst/publications/discussion/dp15304.pdf>

Otro de los documentos de la OIT que resalta la pobreza como una de las causas que más motivan la migración es el titulado “Trabajar juntos para salir de la pobreza”, en *revista de la OIT*, entrevista a Juan Somavia, Director General de la OIT, No. 50, marzo de 2004, pp. 4-8. Disponible en la página web <http://www.ilo.org>

“migra para intentar salir de la pobreza y de la desesperanza, para encontrar un porvenir de trabajo y de relativo bienestar (...)”<sup>98</sup>

Es así como por *migración voluntaria* se entiende para el citado profesor “(...) la que es realizada por las personas con fines de turismo, razones de estudio o económicas, como cuando se va en busca de trabajo. Esta puede ser *permanente o temporal*”.<sup>99</sup> Como puede verse, la tendencia internacional camina por estos rumbos y la búsqueda de trabajo en un Estado de destino no es calificada como migración forzada, sino que por el contrario se clasifica dentro de la migración voluntaria laboral.

Según **Varlez** en los cursos publicados por la Academia de Derecho Internacional ya había interpretaciones que aclaraban los tipos de migraciones, voluntarias, “(...) las motivadas por razones estrictamente económicas con finalidades laborales, y aquellas con otras finalidades como las de los viajeros ordinarios o turistas, los cuales debían quedar excluidos del concepto de inmigración.”<sup>100</sup> Debe tenerse presente que ya desde 1929 la doctrina desarrollada por el Derecho Internacional se inclinaba por circunscribir la migración laboral económica al concepto de inmigración, es decir se acogía el sentido restringido del término.

Justamente este aspecto es el que reviste mayor relevancia en el marco de este trabajo, y se considera que es aquella que se sucede con ocasión de la búsqueda de empleo en el territorio de destino. Sobre este particular la OIM define la *migración laboral* como el “movimiento de personas del Estado de origen a otro, con un fin laboral. La migración laboral está por lo general regulada en la legislación interna sobre migraciones de los Estados”. Sostiene además, que “algunos países asumen un papel activo al regular la migración laboral externa y buscar oportunidades de trabajo para sus nacionales en el exterior.”<sup>101</sup> Aspecto que resulta ser variable, pues se maneja a discreción de los Estados tomando en consideración las necesidades y la situación nacional de empleo.

La anotación final es muy importante, toda vez que en aquellos casos en los que los Estados de origen deciden planear políticas y concertar planes de ocupación laboral con los potenciales receptores, o Estados de acogida (este término es preciso siempre y cuando las personas sean admitidas) logran que los flujos migratorios se produzcan de manera ordenada y se reduzcan los indicadores de migración en situación jurídica de ilegalidad o irregularidad. Sobre el particular la Comisión de Derecho Internacional (en adelante CDI), afirma categóricamente que una “(...) ordenación de la migración a nivel internacional redundaría en beneficio no sólo de todas las partes interesadas (para referirse a los países de origen, tránsito y destino) sino también, y lo que es más importante, de los propios migrantes”.<sup>102</sup> Este último aspecto debe constituir el eje central de una política migratoria

---

<sup>98</sup> GROSS ESPIELL. Héctor.: “Derechos humanos y migraciones”, en *Migraciones y Desarrollo*, Ob. Cit, p. 45

<sup>99</sup> *Ibidem*

<sup>100</sup> VARLEZ, L.: “Les migrations internationales et leur règlementation” en *Académie de Droit International*, Ob. Cit, p. 178

<sup>101</sup> Organización Internacional para las Migraciones, *Glosario sobre migración*, Ob. Cit 40

<sup>102</sup> Comisión de Derecho Internacional, *Informe Expulsión de extranjeros*, Doc. A/CN.4/565, 10 de julio de 2006, p.19

en cualquier Estado, con el propósito de buscar siempre la compatibilidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.<sup>103</sup>

Al estar en el escenario de la migración laboral (concepto en sentido restringido), las precisiones conceptuales se hacen necesarias y a partir de allí, se entrará a hablar de inmigración. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la *inmigración* como la “acción y efecto de inmigrar”, por lo que a su vez *inmigrar* lo entiende como “llegar a otro país para establecerse en él, especialmente con idea de formar nuevas colonias o domiciliarse en las ya formadas”.<sup>104</sup>

De acuerdo con la definición brindada por el diccionario de la Real Academia, la inmigración supone de plano el ánimo de permanencia por parte del inmigrante, es decir de la persona que lleva a cabo la acción de ingresar a un territorio. Si se contrasta el concepto de inmigración dado por el sentido original del término, con el de la OIM en su glosario de definiciones, se observa que la Real Academia en su definición no contempla la posibilidad de temporalidad en el movimiento migratorio, y supone que el individuo deba “permanecer”, lo que hace que su ánimo sea el de quedarse asentado en el territorio de destino. Esto permite inferir que la permanencia supone por lo general a corto, mediano o largo plazo la intención de llegar a buscar un medio de subsistencia, o alguna actividad productiva o laboral, pues por lo general en el lugar donde las personas asientan su residencia o domicilio permanente realizan sus actividades cotidianas, dentro de las cuales en algunos casos está el trabajo<sup>105</sup>.

La definición de la OIM, resulta ser un poco más amplia que la de la Real Academia, pues ilustra la gran gama de situaciones que en la actualidad permean los desplazamientos de las personas, aspectos que como ya se indicó, habían sido considerados por la doctrina en los cursos publicados por la Academia de Derecho Internacional, pero que excluía del concepto preciso de inmigración, pues esta se limita a la de contenido económico-laboral.

### 3. Migración interna y migración internacional

No puede olvidarse que la migración puede ser *interna*, o por el contrario tratarse de una *migración internacional*. Para la primera, de acuerdo con lo definido por la OIM es un “Movimiento dentro del mismo país, de una unidad administrativa, como una región provincia, o municipalidad, a otra”.<sup>106</sup>

En contraste con lo anterior, la *migración internacional* en términos de esta misma Organización involucra el cruce de una o varias fronteras internacionales, lo que resulta de un cambio en el estatus legal del individuo. Es por tanto, “el movimiento de personas que

---

<sup>103</sup> La necesidad de planear correctamente la migración laboral y establecer un plan que permita que se garanticen los derechos de los migrantes es un planteamiento permanente de la OIT, en varios de documentos, en el documento antes citado titulado *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*, Ob. Cit, p.155. anota que la gestión eficaz de la migración se tiene identificada como una de las soluciones para la efectiva protección de los derechos de los trabajadores migratorios.

<sup>104</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Espasa, Madrid, 2006.

<sup>105</sup> Vale tener presente que puede darse el caso en el que la persona que se desplaza es una persona pensionada o alguien que vive de sus rentas.

<sup>106</sup> Organización Internacional para las Migraciones, *Glosario sobre migración*, Ob. Cit. p. 40

dejan su país de origen o en el que tienen su residencia habitual, para establecerse temporal o permanentemente en otro país distinto al suyo (...). La migración internacional de acuerdo con esta definición también incluye movimientos de refugiados, personas desplazadas y otras personas forzadas a dejar su país.<sup>107</sup> (Aspecto que se contrasta tanto con la voluntariedad como con la coacción). Este concepto ofrece un sentido amplio de la migración.

Siguiendo los estudios publicados por la Academia de Derecho Internacional, ésta es la tipología de migración que realmente interesa al Derecho Internacional, en razón a que las demás son reguladas de manera heterogénea y autónoma por cada una de las naciones de manera soberana.<sup>108</sup> La que interesa en este trabajo es, por supuesto, la migración internacional, sin embargo tal y como se ha señalado anteriormente, en sentido restringido, es decir con finalidad laboral.

No obstante, los estudios publicados por la Academia también agregan que dado que el espectro de las migraciones es bastante amplio y difuso, las mismas pueden ser de carácter inter-regional, intra-regional, internacional o incluso también intercontinental, lo que supone movilizaciones entre regiones, dentro de la misma región, dentro del mismo continente o entre diferentes continentes. Ello da cuenta de las afirmaciones realizadas, por **Varlez** que años atrás había advertido que el desplazamiento o la movilización de las personas “(...) era un hecho susceptible de transformaciones que se reflejaban en los conceptos y naturalmente en la generación de normas jurídicas”.<sup>109</sup>

#### **4. Conceptos relacionados con las personas: extranjeros, migrantes, emigrantes, inmigrantes.**

El concepto de extranjero reviste también gran importancia, por ser la persona que ejecuta los actos migratorios. La CDI define al extranjero como “una persona natural que no es nacional del Estado en el que se encuentra, por lo que puede ser un nacional de otro Estado, o un apátrida”.<sup>110</sup> De allí que las normas que definan su suerte en los Estados de destino estén determinadas por lo que dispone su Derecho interno. Por su parte, la definición presentada por la OIM es perfectamente coincidente con lo sostenido por la CDI, toda vez que la misma, en las motivaciones de su estudio sobre la expulsión de extranjeros, recoge lo trabajado por diversas organizaciones a fin de contribuir a la unificación de nociones que redunden en la construcción de normas uniformes para este tema.<sup>111</sup>

Sobre este concepto también se ha pronunciado la doctrina, y es pertinente traer a colación la opinión del profesor **Juste Ruiz** y del experto **Azurmendi**, quienes recogen la posición de la CDI y afirman que la noción de extranjero es una construcción conceptual a partir de la nacionalidad y de la pertenencia al territorio de un Estado. El profesor **Juste Ruiz** lo define como: “Quienes no tienen la nacionalidad del Estado en el que se encuentran, bien

---

<sup>107</sup> *Ibidem*.

<sup>108</sup> VARLEZ, L.: “Les migrations internationales et leur règlementation” en *Académie de Droit International*, Ob. Cit. p. 170

<sup>109</sup> *Ibidem*

<sup>110</sup> *Informe de la CDI* de 2006, pár.24

<sup>111</sup> *Ibidem*, pár. 2.

porque poseen la nacionalidad de otro Estado o bien porque carecen de nacionalidad (apátridas)”.<sup>112</sup> Para **Azurmendi**: “Se considera extranjero en un país democrático a quien carece de la nacionalidad de ese país”<sup>113</sup>. Así, por exclusión, quien no es nacional de un Estado, es un extranjero.<sup>114</sup>

El profesor **Chueca Sancho** sostiene que “si la atribución de derechos a las personas se basa en la nacionalidad, aparece entonces la categoría de extranjero como discriminante (...). Lo anterior se justifica por cuanto para “el jurista el extranjero se define de modo objetivo por relación al Estado”.<sup>115</sup>

Por su parte, la Comisión de Derecho Internacional, conceptuó sobre el término de extranjería a partir de la existencia de la nacionalidad, así: “Son extranjeros en sentido del presente reglamento todos los que no tienen un derecho actual de nacionalidad en el Estado, sin distinguir si son solamente visitantes o residentes domiciliados en él, ni tampoco si son refugiados o si han entrado al país por su propia volición.”<sup>116</sup> Esta definición adopta el concepto más amplio y se estructura en oposición a la condición de nacional.

Debe tenerse presente que el concepto de extranjero en el derecho europeo adquiere otra connotación, pues tal y como lo señala el profesor **Chueca Sancho** el “(...) extranjero en sentido propio, son las personas que son nacionales de cualquier Estado no miembro de la Unión Europea,”<sup>117</sup> lo que en estos términos se conoce como nacionales de terceros Estados.

Por otra parte, “*migrante*” en su definición más simple es el término genérico que incluye tanto al emigrante como al inmigrante.<sup>118</sup> “Abarca usualmente todos los casos en los que la decisión de migrar es tomada libremente por la persona, incluyendo razones de conveniencia personal y sin la intervención de factores externos que obliguen a ello”.<sup>119</sup>

---

<sup>112</sup> JUSTE RUÍZ, J.: “Inmigración, Nacionalidad y extranjería: el marco jurídico internacional, en *Estudios sobre derecho de extranjería*, (E. Álvarez Conde, E. Pérez Martín. Coords.), Universidad Rey Juan Carlos, Instituto de Derecho Público, 2005, Madrid, p. 299.

<sup>113</sup> AZURMENDI, M.: “La protección internacional de los derechos humanos en el caso de los inmigrantes”, en *Estudios sobre derecho de extranjería*, (E. Álvarez Conde, E. Pérez Martín. Coords.), Universidad Rey Juan Carlos, Instituto de Derecho Público, 2005, Madrid, p.250.

<sup>114</sup> Para algunos autores el termino extranjero ha estado impregnado de una connotación negativa, Kitty Calavita, sostiene que en algunos países más desarrollados el extranjero es “el extraño”, dada esta connotación, esta persona es temida y marginada por el hecho de venir de fuera de la comunidad. CALAVITA, K.: *Immigrants at the margins: law, race, and exclusion in southern Europe*, Ed. Cambridge University Press. New York, 2005, p. 13.

<sup>115</sup> CHUECA SANCHO, A.: “El *ius migrandi* en el Derecho Internacional de las migraciones”, en *Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas desde el siglo XXI*, (M. Balado Ruiz Gallegos Dir.), Bosch, 2008, p. 754.

<sup>116</sup> *Informe de la CDI de 2006*, párr. 123.

<sup>117</sup> CHUECA SANCHO, A.: “Los derechos humanos de los extranjeros en Europa”, en *La inmigración, una realidad en España*, Seminario de Investigación para la paz, Centro Pignatelli (Ed.), Diputación General de Aragón, 2002, p. 242

<sup>118</sup> Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 69

<sup>119</sup> Organización Internacional para las Migraciones, *Glosario sobre migración*, Ob. Cit. p. 41

Dicho término ya había sido acuñado en los estudios publicados por la Academia de Derecho Internacional, y en su momento se consideró que un migrante era “Todo ciudadano expatriado que, con el objetivo de buscar trabajo o de reunirse con su esposo, sus ascendientes, descendientes, sobrinos, o aliados, emigró y puede pretender volver a su país de origen, o quedarse en el extranjero (...). Debe tenerse presente que no se habla de nacional, sino que por el contrario, en la acepción suministrada en los cursos publicados por la Academia se refiere a ciudadano. (En este trabajo no se tomará en consideración el concepto de ciudadano, salvo puntuales referencias que provengan de los instrumentos internacionales, por lo demás se hará alusión al nacional). Esta definición generó grandes divergencias y en muchos de los casos no se compartieron los elementos que la integraban, verbigracia, las motivaciones para salir de un país y pretender radicarse en otro.”<sup>120</sup>

El sentido de la expresión varió en aras del consenso internacional y la acepción de migrante según la propuesta de Varlez permanece hoy de una forma más genérica, como se planteó en el concepto proporcionado por la OIM. El referido estudio definió los elementos claves y comunes que debe tener dicha noción: “1. Ser de un país y terminar en otro, 2. El establecimiento en el extranjero, 3. El establecimiento de una duración determinada por un trabajo, 4. La necesidad de ganarse la vida para satisfacer las necesidades esenciales”.<sup>121</sup>

En este orden de ideas se considera que en esta definición, o mejor en sus elementos, se hace explícita la intención de la persona, es decir, sugiere que es un acto libre o que se realiza de manera voluntaria. Adicionalmente, de acuerdo con los elementos expuestos, es muy importante que la motivación sea laboral.

Es necesario tener presente que de acuerdo con este concepto el migrante debe tener ánimo de permanecer en el territorio al que llega, lo cual implica de plano que los viajeros con finalidades turísticas, las personas que realizan viajes de negocios o quienes se desean practicar un tratamiento médico en otro país diferente al de su nacionalidad, quedan excluidos de esta categoría, sin que ello obste para que se pierda su condición de extranjeros, aspecto que ya había sido aclarado por los estudios que publicó la Academia.<sup>122</sup>

De acuerdo con lo anterior, valdría la pena cuestionarse si aquellas personas que se desplazan de un país a otro para desarrollar un trabajo de manera temporal, también quedarían excluidos de la definición de migrante. Sobre este aspecto, los estudios doctrinales que se vienen referenciando no precisan la situación planteada, sin embargo, es claro que allí persiste la finalidad económica aunque el ánimo de permanencia no sea

---

<sup>120</sup> VARLEZ, L.: “Les Migrations internationales et leur règlementation” en *Academie de Droit International*, Ob. Cit. p. 179. La divergencia en la definición procede de la discusión entre los Estados participantes en la Conferencia Internacional de los países de emigración e inmigración, la cual fue celebrada en Roma en 1924. Algunos países de acogida consideraban que las motivaciones para ser considerado como migrantes eran las descritas en la definición, en tanto los Estados de origen, es decir aquellos que se encuentran en vía de desarrollo, consideraron en esta oportunidad que la categorización de migrante debía comportar el ánimo de permanecer largo tiempo en el país de acogida.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 175

<sup>122</sup> Esta percepción de la definición también había sido dada por la Academia de Derecho Internacional al considerar que los migrantes deberían tener un ánimo de permanencia. VARLEZ, L.: “Les Migrations internationales et leur règlementation”, Ob. Cit. p. 176.

prolongado, sino únicamente temporal, lo que no sería argumento suficiente para excluir a estas personas de dicha categoría, como sostendremos con posterioridad.

A estos efectos resulta pertinente citar al profesor **Del Valle Gálvez** quien sostiene la importancia de definir claramente los conceptos de emigrante e inmigrante, en razón a que si bien “ambas nociones se contextualizan en el fenómeno general de las migraciones, como movimientos transfronterizos o internacionales de personas puede diferenciarse entre la salida de un Estado y la entrada en otro Estado”<sup>123</sup>.

En este orden de ideas la noción de *emigrante* según **Weis** “enfoca la salida, es decir la situación y estatuto de la persona que voluntariamente o no, pretende trasladarse o se traslada desde su país natal o de origen para residir en el extranjero”<sup>124</sup> Por su parte, según **Kommers** el *inmigrante* “contempla la entrada, y por tanto el estatuto de la persona que desea entrar en el territorio de un Estado diferente del suyo”<sup>125</sup>. El inmigrante representa toda persona que desea establecerse en un territorio determinado de forma estable, sin poseer la nacionalidad del Estado del territorio.

Pero como sostiene **Kommers**, la definición general debe matizarse, ya que no pueden entrar en la misma categoría de extranjeros migrantes, “(...) el personal diplomático, los funcionarios de Organizaciones Internacionales, sus familias, los turistas y los estudiantes”.<sup>126</sup>

En cuanto a la definición de inmigrante, para **Varlez** es “Cualquier persona que sale de su país para establecerse en el extranjero, ya sea de manera permanente o temporal para satisfacer necesidades que han sido identificadas como esenciales. A esta acepción deben asimilarse así mismo los miembros de su familia que le acompañen o que se reúnan con él en el extranjero.”<sup>127</sup> La definición propuesta en 1929 por el autor tiene vigencia en la actualidad y en gran parte de las legislaciones internas del mundo, se entiende que un inmigrante es aquella persona que sale de su Estado de origen para establecerse en uno de destino con el ánimo de permanecer allí pero, sobre todo, de mejorar sus condiciones de subsistencia mediante la búsqueda de un empleo.<sup>128</sup>

Sobre el concepto conviene tener en cuenta la postura del profesor **Chueca Sancho** quien sostiene, luego de un análisis sobre la atribución de los derechos a los extranjeros, que el “extranjero surge como acreedor de DH concedidos por el Derecho Internacional

---

<sup>123</sup> DEL VALLE GÁLVEZ, A.: “El frágil Estatuto Internacional y Europeo del inmigrante irregular”, en *Conflictos y protección de derechos humanos en el orden internacional*, Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, volumen VI, Universidad del país Vasco, Bilbao, 2006, p. 12.

<sup>124</sup> WEIS, P.: “Emigration”, en *Encyclopedia of the Public International Law*, Tomo 8, 1985, pp. 174-177.

<sup>125</sup> KOMMERS D.: “Immigration”, en *Encyclopedia of Public International Law*, Ob. Cit. p. 308

<sup>126</sup> *Ibidem*

<sup>127</sup> VARLEZ, L.: “Les Migrations internationales et leur règlementation”, p.176.

<sup>128</sup> Así lo reconoce la CDI en el Informe relativo a expulsión de extranjeros del año 2006 en el pár. 19 en el que indaga las reglamentaciones de los diferentes Estados y concluye que existe bastante heterogeneidad en los regímenes mundiales, pero que la acepción de inmigración tiene la connotación de la salida voluntaria de un Estado con el propósito de buscar empleo.

Público”<sup>129</sup>, y aquí bien vale recordar sobre el concepto de humanización del Derecho Internacional que ha sido trabajado por los profesores **Carrillo Salcedo**<sup>130</sup>, **Pastor Ridruejo**<sup>131</sup>, **Salado Osuna**<sup>132</sup>, entre otros, pues esto se debe a una concepción de la universalización de los derechos.

Debido a ello **Aleinikof y Chetail** han afirmado que “se está produciendo el paso desde el clásico Derecho de Extranjería al Derecho Internacional de las Migraciones”<sup>133</sup>. Sobre este aspecto el profesor **Chueca Sancho** afirma que “el extranjero se convierte en inmigrante”<sup>134</sup>.

Dado que lo que importa en este escenario es la migración internacional, por migrante internacional se entiende “(...) aquella persona que deja su país de origen en el que tiene su residencia habitual para establecerse temporal o permanentemente en otro país distinto al suyo, estas personas han debido atravesar una frontera”<sup>135</sup>.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante OCDE) también se ocupa de aclarar que debe entenderse por migrante, haciendo exclusiva referencia al *inmigrante internacional*, el cual es definido cómo “cualquier persona que cambia su país de residencia habitual”<sup>136</sup> (este concepto se construye en sentido amplio). Lo anterior permite plantear que dicha definición alude a la definición general de extranjero, toda vez que no tiene en consideración la finalidad por la que se produce el cambio de país de su residencia habitual.

No obstante, la CDI se ocupa de precisar el significado de las migraciones internacionales y resalta su importancia, sin que ello implique que se reconoce el término de inmigrante como una categoría diferente a la de migrante, esto es, sin que tenga otra connotación pues para referirse a los trabajadores extranjeros se habla indistintamente de extranjero, de trabajador migratorio, y de migrante económico.<sup>137</sup>

---

<sup>129</sup> CHUECA SANCHO, A.: El *ius migrandi* en el Derecho Internacional de las migraciones”, en *Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas desde el siglo XXI*, Ob. Cit. p. 754.

<sup>130</sup> Ver CARRILLO SALCEDO, J.A.: “Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, (M. Pérez González, L. I. Sánchez Rodríguez, J.C. Fernández Rozas, O. Casanovas, V. Abellán. Com. Organizadora), Tecnos, Madrid, 1993, pp. 167-178

<sup>131</sup> PASTOR RIDRUEJO, J.A.: “La protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas: aspectos humanitarios y políticos”, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1989*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Vitoria, 1989, pp. 19-45

<sup>132</sup> SALADO OSUNA; A.: “La contribución de las naciones unidas a la humanización del derecho internacional”, en *La ONU, 50 años después*, (P. Antonio Fernández Sánchez. Coord.), Comité Nacional Español para el cincuentenario de las Naciones Unidas, Organización de las Naciones Unidas en España, Universidad de Sevilla, Gandulfo, Sevilla, 1996, pp. 129-149

<sup>133</sup> ALEINIKOF, T.A. y CHETAİL V.: *International Migration law: developing paradigms and key Challenges*, Organización Internacional para las Migraciones, Ginebra, 2007.

<sup>134</sup> CHUECA SANCHO, A.: El *ius migrandi* en el Derecho Internacional de las migraciones”, en *Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas desde el siglo XXI*, Ob. Cit. p. 75

<sup>135</sup> Organización Internacional para las Migraciones, *Glosario sobre migración*, Ob. Cit. p. 40

<sup>136</sup> <http://www.oecd.org/els/workingpapers/empleoy migración>.

<sup>137</sup> Informe CDI, de junio de 2006, párs. 124 y s. s.



Es más, pese a que los estudios publicados por la Academia de Derecho Internacional se refieren de manera expresa al vocablo inmigrante, se usa el término de manera indistinta y se entiende como sinónimo de migrante, al igual que como lo propone la CDI. Respecto de ello y pese a que puede hallarse doctrina que plantea la diferenciación terminológica, algunos autores como **Kitty Calavita** afirman que “(...) la distinción entre extranjero e inmigrante es sólo fruto de jerga popular y que por ello esto no se refleja de manera tan precisa en los instrumentos jurídicos sobre todo en los de orden internacional, en los cuales las regulaciones se refieren a los extranjeros en sentido genérico y a trabajador migrante (en el caso de la Convención Internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias)”<sup>138</sup>.

**Del Valle Gálvez** anota que el inmigrante “(...) contempla la entrada, y por tanto el estatuto de una persona que desea entrar en el territorio de un Estado diferente al suyo (...), es decir que es todo individuo que desee “(...) establecerse en un determinado territorio de forma estable, sin poseer la nacionalidad del Estado del territorio”<sup>139</sup>.

De otra parte, existe doctrina que al referirse a migrante económico, o persona en busca de trabajo en un Estado que no es el de su nacionalidad, se refiere de manera concreta a inmigrante. Tal es el caso de la profesora **Varona Martínez** quien afirma que todo “(...) inmigrante es extranjero, al menos en un primer momento, pese a que no todos los extranjeros son inmigrantes (...), dado que para ella, el inmigrante cuenta con “(...) una característica añadida a la de la extranjería, consistente en que el desplazamiento internacional se da en este último caso por motivos laborales de uno o más miembros de una familia (definición en sentido restringido), elemento del que carecen aquellas personas que solamente se pueden calificar como extranjeras”<sup>140</sup>.

En el mismo sentido de la profesora **Varona Martínez** se pronuncia **Argerey Villar** y afirma que: “Todos los migrantes son inmigrantes y extranjeros en el momento de la llegada al país de destino, incluso desde el momento mismo del inicio del proceso de abandono del país de origen. (...) no todos los extranjeros son inmigrantes”<sup>141</sup>. Por regla general toda aquella persona que inicie el proceso de migración es inmigrante si tiene motivación económica o laboral (bajo la óptica restringida del término) y es extranjero (ello, por entrar en un territorio en busca de trabajo y con móviles económicos y allí no será nacional de ese Estado), sin embargo, el ser extranjero no implica que la persona sea inmigrante, como ocurre en el caso de los estudiantes o de los turistas.

Lo anterior permite reiterar que el ser extranjero es el género, en tanto que ser inmigrante es tan solo una de las especies, y que para efectos de nuestro análisis será la persona que con motivos económicos y laborales, y por su propia voluntad se traslada de su país de origen a otro del que no es nacional.

---

<sup>138</sup> CALAVITA, K.: Immigrants at the margins: law, race and exclusion in southern Europe, Ob. Cit. p.27.

<sup>139</sup> DEL VALLE GÁLVEZ, A.: “El frágil Estatuto Internacional y Europeo del Inmigrante”, Ob. Cit. p. 12.

<sup>140</sup> VARONA MARTÍNEZ G.: *La inmigración irregular derechos y deberes humanos*, colección Derechos Humanos, Francisco de Vitoria, ediciones Ararteko, Guipúzcoa, 1993, p.17

<sup>141</sup> ARGEREY VILLAR, Patricia y otros, El fenómeno de la inmigración en Europa, perspectivas jurídicas y económicas, Dykinson, Madrid, 2005, p. 18.

**Kommers** por su parte, sostiene otra interpretación al asegurar que “no es evidente que el concepto de inmigrante deba incluir la voluntariedad en la entrada, y que ésta deba hacerse con fines de permanencia”<sup>142</sup>, pues para el autor el acto de inmigrar es simplemente entrar y esto no siempre es voluntario. Sobre lo anterior cabe resaltar que esta posición resulta apartarse de lo que mayoritariamente hace parte del concepto de inmigración sobre todo con finalidad laboral, pues se predica que ésta siempre tiene intrínseca la voluntariedad de la persona, adoptando así una concepción no tan amplia del término.

En todo caso y muy a pesar de que exista en la interpretación doctrinal una diferencia marcada entre extranjero, migrante, emigrante e inmigrante, en los instrumentos internacionales que consagran normas en este sentido, hasta la fecha esta distinción no se hace tan visible, o por lo menos no se ha definido formalmente; no obstante, si se considera lo que el sentido propio de las palabras expresan, el extranjero es el concepto más amplio que alude a aquellos que no son nacionales del país en el que se encuentra o reside, con independencia de los motivos. Incluso, puede ser considerado como extranjero aquella persona que nace en el país en el que reside pero que tiene la nacionalidad de otros países en virtud del *ius sanguinius*, y dicho concepto no se vincula necesariamente al desplazamiento de la persona. El migrante es el que se moviliza ya sea de manera interna o externa, el emigrante el que sale y el inmigrante el que entra a otro Estado. Lo anterior permitiría concebirse desde una concepción más amplia de los términos.

Se ha puesto de presente que cada Estado maneja interiormente las reglas de nacionalidad y de extranjería y ésta resulta ser precisamente la dificultad en torno a la existencia de un estatuto internacional normativo que permita la existencia de normas comunes, aspecto que ha sido la preocupación principal de la CDI.<sup>143</sup>

Antes de entrar a abordar otro aspecto, es importante plantear la siguiente reflexión. ¿Todo inmigrante en destino es emigrante en origen? De acuerdo con lo estudiado hasta este momento, la respuesta a este interrogante es afirmativa, toda vez que el inmigrante en el sentido restrictivo del término (es decir aquel que abandona su país bajo motivos económicos o laborales) ha tenido que abandonar su Estado de origen, es decir, ha emigrado. Conviene tener en cuenta lo dispuesto por **Varlez**, para quien la diferencia estructural entre extranjero e inmigrante radica en el ánimo que acompaña a la persona y en el paso del tiempo. Es decir, según dicho autor, un inmigrante o trabajador migrante es la persona “(...) que llega al país en busca de trabajo y la intención expresada por adelantado de establecerse de forma permanente.”<sup>144</sup> Esta postura excluiría a aquellas personas que emigran de un Estado de origen para trabajar de manera temporal en un Estado de empleo, concepto que como se verá más adelante ha ido evolucionado, ampliando su espectro de aplicación, llegando a considerar como inmigrante el trabajador que estará en un Estado de empleo por una corta temporada.

La reflexión que se viene analizando permite también plantearse el siguiente supuesto: Es posible que la persona que haya salido de su Estado de origen se haya dirigido primero a un

---

<sup>142</sup> KOMMERS D.: “Inmigration”, en *Encyclopedia of Public International Law*, Ob. Cit. p. 308

<sup>143</sup> *Informe CDI*, de junio de 2006, p. 25

<sup>144</sup> VARLEZ, L.: “Les Migrations internationales et leur règlementation”, Ob. Cit. p. 175

Estado de tránsito o haya tenido una presencia transitoria<sup>145</sup> en el territorio de un Estado (es decir, haya pasado por este país antes de poder entrar al Estado de destino donde trabajará), en este caso también sería emigrante en origen, pues ha salido del Estado de su nacionalidad en determinado momento para dirigirse a otro. Es más, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (en adelante CTMF)<sup>146</sup> tiene previsto el supuesto y al dar una definición de Estado en tránsito prescribe que se trata del “Estado por el que pase el interesado en un viaje al Estado de empleo o del Estado de empleo al Estado de origen o al Estado de residencia habitual” (art.6.c). De lo anterior, se colige que el mero hecho de que la persona salga del Estado de su nacionalidad o de su residencia habitual y deba pasar (por varios motivos relacionados con el costo del tiquete, itinerario del viaje) por un Estado que no será su destino final, en el que desarrollará la actividad económico-laboral, no es razón para privarle del status que tiene en el Estado del que parte, es decir, es emigrante de origen, pues ha salido del Estado de su nacionalidad o de residencia habitual y se dirigirá a otro para cumplir su objetivo.

Ahora, la reflexión contraria plantea otra serie de consideraciones. ¿Todo emigrante en origen es inmigrante en destino? La respuesta es negativa, toda vez que el simple hecho de que una persona salga de un país no implica que quiera ingresar a otro y sea inmigrante en todos los casos, pues de nuevo debe tenerse en consideración la intención del viaje. Si la persona que sale desea establecerse en un Estado de destino para trabajar (para ese momento será su Estado de empleo), su motivación económica lo convierte de manera automática en inmigrante (en el sentido restrictivo del término); no obstante, si sólo sale con el propósito de realizar un viaje de turismo o de estudio será calificado por el derecho bajo otra categoría (turista, estudiante).

Adicionalmente debe considerarse que pese a la voluntariedad, si el emigrante en origen en todo caso sí desea ser inmigrante en destino, pues irá a desempeñar una actividad laboral con connotación económica a otro Estado; puede que este individuo durante el viaje haya muerto, por lo que nunca llegó a ser considerado como inmigrante efectivamente, pues no ingresó al Estado de destino. Pese a esto, si llegare a tenerse conocimiento de su motivación para la realización del desplazamiento, podría afirmarse que es un inmigrante que no logró llegar a su destino final, es decir al Estado de empleo, por lo tanto su estatus de inmigrante se redujo a una mera expectativa.

Sin perjuicio de todo lo anterior, que tuvo como propósito presentar la panorámica terminológica del contexto de las migraciones y sus dificultades conceptuales, para este trabajo la noción de migración como la de migrante, se inclinará hacia la acepción en su

---

<sup>145</sup> La CDI entiende por presencia transitoria autorización concedida los extranjeros a ingresar en una zona determinada del territorio de un Estado con una finalidad específica, durante un tiempo limitado, sin que sean formalmente admitidos en él de conformidad con su legislación sobre inmigración, *Informe CDI, pár. 45*. De otra parte los extranjeros en tránsito se consideran como aquellos “pasajeros que permanecen en la zona de tránsito de un establecimiento desde donde operan los medios de transporte internacional por un breve período de tiempo, por ejemplo, un aeropuerto, antes de continuar hasta su destino final en otro Estado”, *Informe CDI, pár. 46*

<sup>146</sup> Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, en vigor el 1 de julio de 2003.

sentido restringido, esto es, que cuando se haga referencia a la emigración e inmigración, al emigrante e inmigrante, se entenderá que es la motivada por razones económicas y con finalidad laboral, es decir estos términos serán sinónimos de *trabajador migratorio*, así se delimitará el campo de estudio, pues no se analizará nada relacionado con los refugiados, apátridas (salvo aspectos vinculados al campo de aplicación de la CTMF), régimen de estudiantes, ni otro tipo de extranjero que no tenga motivación económico-laborales, con independencia de que dicha persona tenga intención de permanecer como trabajador migratorio de forma permanente o temporal en el Estado de destino o empleo.

Ahora bien, se usará también el término extranjero en sentido amplio y como sinónimo del migrante, en aquellos casos en los que los instrumentos internacionales y la interpretación de sus órganos así lo exijan (Por cuanto en muchos de ellos se habla de nacionales y de extranjeros).

Volviendo al eje del análisis, como se mencionó en uno de los párrafos precedentes, son muchos los móviles que originan el hecho migratorio y dentro del abanico de estas posibilidades debe ubicarse la necesidad económica de los habitantes de algunos de Estados, por lo general en vía de desarrollo, que persiguen un mejoramiento de su calidad de vida y se ven abocados a abandonar sus Estados de origen con el objetivo de encontrar mejores oportunidades económicas y laborales en países desarrollados o por lo menos con mejor nivel de vida.<sup>147</sup>

## **5. El trabajador migratorio<sup>148</sup>**

### **5.1. Concepto previo a la CTMF**

El concepto de trabajador migratorio merece un apartado especial, por ser el elemento central de la tesis, y sobre el régimen de protección de estas personas se efectuará el análisis. Su definición no ha sido la misma a lo largo del tiempo sino que obedece también a un desarrollo que se ha caracterizado por ser progresivo y que quizá en el futuro podría continuar modificándose. Gran parte de estos aportes se han dado en el seno de la OIT.<sup>149</sup>

Dada su naturaleza y objetivo fundacional,<sup>150</sup> la OIT es el sujeto de derecho internacional que mayores aportes ha realizado en lo relativo a las normas que tienen que ver con el

---

<sup>147</sup> *Informe de la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones*, Tercer informe de trabajadores migrantes. 87ª Conferencia Internacional del Trabajo, junio de 1999, pág. 291.

<sup>148</sup> Si bien, en este acápite se hará alusión a la definición de trabajador migratorio en lo universal, no puede dejar de mencionarse que el Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante, Adoptado en el seno del Consejo de Europa en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1977, cuenta con una definición de trabajador migratorio según la cual, se designa por tal “al súbdito de una Parte Contratante que haya sido autorizado por otra Parte Contratante a permanecer en su territorio para desempeñar en él un empleo remunerado”. Como puede verse en esta definición se emplea un término bastante clásico del Derecho Internacional, el de súbdito”, y queda claro a partir de la norma que el extranjero tiene que haber ingresado al Estado en cumplimiento de los requisitos que exijan los Estados parte.

<sup>149</sup> BONET PÉREZ, J.: “Los Convenios Internacionales aplicables a la regulación jurídica de las migraciones y del régimen jurídico de extranjería”, en *Inmigración, Estado y Derecho*, (M. Balado Ruíz-Gallegos. Dir.) Bosch, Barcelona, 2008, pp.731-551, p. 743.

<sup>150</sup> La Organización Internacional del Trabajo se creó en 1919 como uno de los resultados del Tratado de Versalles, después de la primera guerra mundial, y dentro de sus ideales se encontraba el reconocimiento de la

desarrollo y aplicación del derecho al trabajo en condiciones dignas y adecuadas. Sus Convenios y Recomendaciones regulan una gran cantidad de temas que guardan relación con este derecho y, dado que el propósito de este trabajo es en estricto sentido el caso de los trabajadores migratorios, se dará especial atención a este punto, sin dejar de lado la importancia de otros pronunciamientos que se han realizado, vinculados con los grupos vulnerables o de especial protección de parte de los Estados, como ocurre en el caso del trabajo de la mujer, de los niños<sup>151</sup>, de las personas con algún tipo de discapacidad,<sup>152</sup> las minorías étnicas,<sup>153</sup> entre otros.

En su acervo normativo, ya sea por vía de Convenio o de Recomendación, se puede constatar que la OIT exalta la importancia que tiene el derecho al trabajo como derecho fundamental y vinculado así mismo al desarrollo del plan de vida de las personas y a la consecución y logro de los demás derechos que se consideran fundamentales.<sup>154</sup> Así mismo, mediante su mandato, busca la eliminación de la discriminación y de las condiciones abusivas tanto para el acceso como para el ejercicio mismo del derecho.

---

justicia social como objetivo esencial para alcanzar la paz universal y permanente, así como el reconocimiento de que las condiciones de trabajo en condiciones injustas constituyen una amenaza para la seguridad y la paz internacionales. Los principales ejes temáticos que se plantearon desde su fundación fueron la reglamentación de las horas de trabajo, de la mano de obra, la protección del trabajador contra enfermedades y accidentes, protección de niños, jóvenes y mujeres, protección de vejez, invalidez, reconocimiento del principio de igualdad, reconocimiento del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica. Si se examina su misión y visión, la misma Organización se autodefine como el punto de encuentro del mundo del trabajo y el empleo y en especial en su papel calve para el logro del desarrollo económico y el progreso en general. Uno de los principales aspectos es ayudar a los países a crear instituciones que sean baluartes de la democracia. Como objetivos estratégicos se resaltan cuatro básicamente: 1. La promoción y el cumplimiento de las normas y los principios y los derechos fundamentales en el trabajo, 2. La generación de mayores oportunidades para que las mujeres y hombres puedan tener empleos e ingresos dignos, 3. El mejoramiento de la cobertura y la eficiencia de una seguridad social para todos, 4. El fortalecimiento del tripartismo y del diálogo social. Para ampliar esta información ver [http://www.ilo.org/global/About\\_the\\_ILO/Mission\\_and\\_objectives/lang--es/index.htm](http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Mission_and_objectives/lang--es/index.htm)

<sup>151</sup> En el tema de la regulación del trabajo infantil, como se anotó en la breve alusión que se hizo a la Convención sobre los Derechos del Niño, han sido varias las normas que pretenden evitar la explotación infantil. El Convenio No. 6 que regula el tema específico del trabajo nocturno de los menores de edad en la industria, el Convenio 138 relativo a la edad mínima de admisión al empleo y al trabajo, el Convenio 182 relativo a la abolición y a la prohibición de las peores formas de trabajo infantil.

<sup>152</sup> Convenio 159 quizá es el más relevante, antes de la expedición de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Dicho convenio es relativo a la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, y en él se establecen principios de política de readaptación profesional y de empleo para las personas inválidas, así como medidas a nivel nacional para el desarrollo de servicios para su readaptación y empleo, las cuales se estructuran sobre la base del principio de igualdad de oportunidades.

<sup>153</sup> Sobre este punto vale anotar el Convenio 169 relativo a los pueblos indígenas y tribales, en el cual se consagra en su artículo 7° la obligación de los Estados de priorizar en los planes de desarrollo de las regiones donde habita esta población el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo de la misma. Así mismo, en este Convenio se incluye un apartado en el que se hace referencia a las condiciones de contratación y de empleo de los pueblos indígenas, así como la formación profesional en aspectos como la artesanía y los oficios rurales. En este convenio se anota además que los Estados dentro de sus obligaciones deben abstenerse de discriminar entre su población indígena y sus trabajadores en general, tanto en el acceso al empleo, como en la remuneración, la seguridad e higiene en el trabajo.

<sup>154</sup> EGGER, P, y SENGENBERGER, W.: *Problemas y políticas del trabajo decente*, Boletín Cinterfor, No. 511, p.30. disponible en la página web [www.cinterfor.org.uy](http://www.cinterfor.org.uy)

La OIT<sup>155</sup> es la Primera Organización Internacional que se interesa por regular algunos aspectos relativos a los trabajadores migratorios, lo que no resulta ser casual toda vez que la misma puede considerarse el máximo órgano mundial en materia socio-laboral, que ha estado a la vanguardia de garantizar y mantener un trato justo a favor de todos los trabajadores<sup>156</sup>, incluidos naturalmente, los migrantes.

En primer lugar se cuenta con <sup>157</sup> el *Convenio 21 de 1926*<sup>158</sup> relativo a la simplificación de la inspección de los emigrantes a bordo de los buques, y el *Convenio 66 de 1939*<sup>159</sup> relativo al reclutamiento, colocación y condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes. Este último Convenio no entró nunca en vigor y fue retirado por la Conferencia Internacional del Trabajo el 30 de mayo de 2000, al ser revisado en 1949 por el *Convenio 97*.

Con respecto al Convenio 21 vale la pena anotar que en él no se daba una definición de trabajador migratorio, y los conceptos de emigrante y buque de emigrantes se referían a la competencia exclusiva de cada Estado suscriptor, el cual debía definir qué se entendería por tal (art. 1). (Dicho convenio ha sido dejado de lado, según información de la OIT)<sup>160</sup>.

Las normas de este instrumento hacían alusión al control que debía realizarse de los emigrantes en los buques por parte de las autoridades de los Estados (art. 2), al disponer que: “cada país debía nombrar un inspector oficial, el cual tenía el deber de velar por el respeto de los derechos de los emigrantes, sin embargo se estableció que los derechos de estas personas estarían determinados por la leyes del pabellón del buque” (art. 5), lo que implicó que para la fecha no se podía aún hablar de algún grupo de derechos mínimos definidos por esta norma internacional y que pudieran catalogarse como pertenecientes a la dignidad de los emigrantes.

Para entrar a examinar la noción de trabajador migrante se debe hacer una aproximación a lo dispuesto por el artículo 11 del *Convenio 97 de 1949*<sup>161</sup>, relativo a los trabajadores migrantes, según el cual se entiende por trabajador migrante “*toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta, e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante*”.

En esta definición se restringe el concepto de trabajador migratorio y se considera como tal únicamente a las personas que realizarán el trabajo por cuenta ajena, por lo que excluye

---

<sup>155</sup> Data de 1919, fue creada del tratado de Versalles con el que se pone fin a la primera guerra mundial [http://www.ilo.org/global/About\\_the\\_ILO/Origins\\_and\\_history/lang-es/index.htm](http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Origins_and_history/lang-es/index.htm)

<sup>156</sup> RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, C.: “Análisis crítico de la normativa internacional de protección de los trabajadores migrantes: el papel de la OIT”, en *Migraciones y desarrollo: II Jornadas iberoamericanas de Estudios Internacionales*, (F. Aldecoa Luzárraga, J.M. Sobrino Heredia. Coords) Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 127-136, p. 130.

<sup>157</sup> <http://www.ilo.org/public/spanish/support/lib/resource/subject/history.htm>

<sup>158</sup> Convenio No. 21 *relativo a la simplificación de la inspección de los emigrantes a bordo de los buques* (1926) Adoptado el 5 de junio de 1926, en la sesión 8º de la Conferencia General Internacional del Trabajo, entrada en Vigor el 29 de diciembre de 1927.

<sup>159</sup> Convenio No. 66 relativo al reclutamiento, colocación y condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes, <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C066>

<sup>160</sup> <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>

<sup>161</sup> Convenio no. 97, *relativo a los trabajadores migrantes*, adoptado el 1º de julio de 1949, entrada en vigor el 22 de enero de 1952.

automáticamente a los trabajadores por cuenta propia de la garantía de los derechos consagrados en él. Sobre este punto se pronuncia el profesor **Bonet Pérez**, quien pone de manifiesto que, en efecto, la restricción de la norma consagrada en este artículo va incluso un poco más allá, en razón a que considera el trabajador migratorio “como la persona normalmente admitida”<sup>162</sup> en el territorio de un Estado. De este Convenio No. 97 puede deducirse que los requisitos exigidos son concurrentes, esto es, deben ser trabajadores por cuenta ajena y ser admitidos por el Estado, es decir, han cumplido los requisitos de entrada y permiso de trabajo, de lo contrario las normas de este Convenio no serán aplicables.

Si bien dicho Convenio expresa el interés por dar protección a los trabajadores migrantes, lo hace dentro de los límites propios que se consideran proporcionales en el Derecho Internacional, es decir, conforme a las actuaciones soberanas de los Estados de fijar los lineamientos de la política migratoria que determine las condiciones y los requisitos de entrada a su territorio.

Lo cierto es que la definición propuesta por el Convenio 97 incurre en un desconocimiento o vacío respecto de la calidad de trabajador migratorio que pudiera llegar a tener una persona que ingresa al territorio de un Estado sin ostentar el permiso de entrada, o aquellas que hayan iniciado su viaje por motivos diversos a la búsqueda de un empleo (por ejemplo un estudiante) y que en el proceso de llegada al Estado de destino hayan decidido buscar una oportunidad laboral para mejorar su subsistencia; dicho aspecto no queda cubierto por las normas del Convenio.

En su lugar quedarían también excluidos de la definición aquellas personas que ingresaron al territorio de un Estado con autorización para trabajar, pero luego de un tiempo este permiso pierde su vigencia e ingresan a la categoría de inmigrante en situación jurídica de irregularidad de manera sobrevenida.<sup>163</sup> Así lo interpretó el Comité de Expertos en Aplicación de Normas y Recomendaciones (en adelante CEAR) de la OIT, al expresar que el Convenio 97 es aplicable solamente a “(...) la protección de los trabajadores migrantes que hayan sido legalmente admitidos con fines de empleo”.<sup>164</sup>

Así mismo, el Convenio excluye de manera expresa a cierto tipo de trabajadores del ámbito de su aplicación, quedando al margen los trabajadores fronterizos (art. 11.2.a.), la entrada por periodo corto de artistas y personas que ejerzan alguna profesión liberal (art. 11.2.b.), y la gente de mar (art. 11.2.c.).

---

<sup>162</sup> BONET PÉREZ, J. “La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares” en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, (F. Gómez Isa, director y J Pureza), Humanitarian Net, Thematic Network on Humanitarian Development Studies y Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, p.322.

<sup>163</sup> Aspecto que es objeto de prohibición por el artículo 8.1 del Convenio 143, pues establece claramente que “1. La condición de haber residido legalmente en el país con fines de empleo, el trabajador migrante no podrá ser considerado en situación ilegal o irregular por el hecho mismo de la pérdida de su empleo, la cual no deberá entrañar por sí misma el retiro de su permiso de residencia o, llegado el caso, de su permiso de trabajo.

<sup>164</sup> *Estudio General Trabajadores Migrantes*, Comisión de Expertos en Aplicación de Normas y Recomendaciones, OIT, Ginebra, 1999, pár. 105.

El avance logrado con el Convenio 97 radica en que tras la II Guerra Mundial el tema migratorio adquiere gran importancia, y entra la OIT a resaltar la relevancia de que los países adopten políticas migratorias como parte de los procesos de reconstrucción de los Estados. Es así como a partir del Convenio 97 y de la Recomendación 86<sup>165</sup> se fijan estándares que buscan dar atención a las necesidades de los migrantes, con el propósito concreto de regular la mano de obra excedentaria de trabajadores.<sup>166</sup> Por su parte, según la Recomendación 86 (art. I.1)<sup>167</sup>, la definición del trabajador migrante es igual a la propuesta por el Convenio 97.

Con posterioridad a este instrumento se adopta el *Convenio 143 de 1975*<sup>168</sup> el cual, con un lenguaje más progresivo y en defensa de los derechos de los trabajadores establece el compromiso de todo Miembro “(...) de respetar los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes” (art. 1). Este instrumento aborda la definición de trabajador migrante, entendiendo por tal “*toda persona que emigra o ha emigrado de un país a otro para ocupar un empleo que no sea por cuenta propia; incluye también a toda persona admitida regularmente como trabajador migrante*” (art. 11).

A diferencia del Convenio 97, el Convenio 143 se aplica a quienes “emigren” tiempo presente, y a quienes “hayan emigrado” tiempo pasado, para “ocupar un empleo que no sea por cuenta propia”. La relevancia de estas expresiones incluidas en la norma del artículo 11 radica en que las disposiciones del Convenio y los derechos allí reconocidos no sólo protegen a los inmigrantes que vayan a llegar al Estado de destino, sino también a aquellos que ya estén allí establecidos, lo que implica que el ámbito de aplicación temporal del Convenio cubre situaciones pasadas a su entrada en vigor. Esto amplía su campo de acción y de protección con respecto a los trabajadores migrantes.

De otra parte, la expresión “también a toda persona admitida regularmente como trabajador migrante”, denota que aquellos que hayan solicitado previamente su permiso de trabajo e ingresen de modo regular con él, se hallan protegidos por las normas del Convenio 143.

El Convenio 143 tiene por finalidad que se garantice la igualdad de trato y de oportunidades entre los trabajadores, esto es, entre el trabajador migratorio en situación jurídica de legalidad y los nacionales (arts. 10-14).

En cuanto a las exclusiones expresas formuladas por el Convenio 143 (art. 11.2), son prácticamente las mismas del Convenio 97 (art. 11.2 a. los trabajadores fronterizos; b) los artistas y las personas que ejerzan una profesión liberal y que entren en el país por un período de corta duración; c) la gente de mar). La única diferencia entre uno y otro, es que el Convenio 143 excluye de su protección a “las personas que hayan entrado en el país con

---

<sup>165</sup> *Sobre trabajadores migrantes*, (revisada), adoptada el 1 de julio de 1949.

<sup>166</sup> IZQUIERDO, C., y TORRECUADRADA, S.: “La regulación internacional de los flujos migratorios” en *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, Ob. Cit, p.40.

<sup>167</sup> “A los efectos de la presente Recomendación: a) la expresión trabajador migrante significa toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta, e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante;

<sup>168</sup> Convenio no. 143 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes, adoptado el 24 de junio de 1975, entrada en vigor el 9 de diciembre de 1978.



finés especiales de formación o de educación” (art. 11.2.d) y “las personas empleadas en organizaciones o empresas que operan dentro del territorio de un país que han sido admitidas temporalmente en dicho país, a solicitud de sus empleadores, para cumplir trabajos o funciones específicos por un período definido o limitado de tiempo y que están obligadas a abandonar el país al término de sus trabajos o funciones” (art. 11.2.e).

En ambos Convenios quedan excluidos los trabajadores por cuenta propia, pues las disposiciones se restringen tal y como se señaló a aquellos que realizarán actividad por cuenta ajena. (“Para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta” art. 11.1 Convenio 97 y “ocupar un empleo que no sea por cuenta propia”, art. 11.1 Convenio 143).

El Profesor **Bonet Pérez** al comentar este último Convenio anota que la adopción del mismo “(...) supone un cambio cualitativo importante en la reglamentación jurídica internacional de la migración laboral”<sup>169</sup>.

En efecto, el alcance de este Convenio es trascendente, pues desvela su vocación garantista y denota el desarrollo progresivo en la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y se aplica a una mayor cantidad de ellos, siempre y cuando se encuentren de manera legal en el territorio del Estado de empleo y busca que los Estado adopten medidas para prevenir la inmigración ilegal y el tráfico de personas (arts. 2-9).

Otro de los avances del Convenio es la garantía prevista para aquellos trabajadores migrantes que han trabajado y residido de manera legal, pues la pérdida de su empleo no les hace perder su estatus de trabajador migrante en situación jurídica de regularidad, ni tampoco su permiso de residencia. Dice expresamente la norma: “A condición de haber residido legalmente en el país con fines de empleo, el trabajador migrante no podrá ser considerado en situación ilegal o irregular por el hecho mismo de la pérdida de su empleo, la cual no deberá entrañar por sí misma el retiro de su permiso de residencia o, llegado el caso, de su permiso de trabajo” (art. 8.1).

Es importante el Convenio Europeo sobre el estatuto legal de los trabajadores migrantes de 1977<sup>170</sup>, pues aunque se aplica únicamente en el contexto europeo, brinda una definición de trabajador migratorio. Según el mismo, “*trabajador migrante*” designa al súbdito de una Parte Contratante que haya sido autorizado por otra Parte Contratante a permanecer en su territorio para desempeñar en él un empleo remunerado” (art. 1).

De la definición aportada por este instrumento es interesante evidenciar que sigue en cierto sentido los lineamientos ya dispuestos por la OIT en su Convenio 97 (art. 11) toda vez que exige que la persona del trabajador migrante “haya sido autorizado” por la “otra parte”, es decir, por el Estado de empleo para realizar allí la actividad laboral.

De la redacción de la norma del Convenio Europeo sobre el Estatuto Legal de los Trabajadores Migrantes puede deducirse que es más restrictivo que el Convenio 97, dado

---

<sup>169</sup> BONET PÉREZ, J.: “La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, Ob. Cit. p. 323.

<sup>170</sup> Adoptado en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1977, entrada en vigor el 15 de mayo de 1983

que este último dispone “e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante” (art. 11).

Sobre este convenio es pertinente resaltar lo sostenido por la profesora **Salado Osuna**, quien afirma refiriéndose a la importancia que el tratado tiene para los miembros del Consejo de Europa que no hacen parte de la Unión Europea que: “La vigencia de este tratado para los nacionales de Estados que no son miembros de la Comunidad Europea/ Unión Europea ya que en esta todo ciudadano europeo de conformidad con la “libre circulación de trabajadores”, tiene derecho a trasladarse y ejercer una actividad profesional remunerada en el territorio de cualquier Estado Miembro”<sup>171</sup>.

## 5.2. Concepto posterior a la CTMF

En cuanto a la definición aportada por la CTMF, se entenderá por trabajador migratorio: “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional” (art. 2.1)

Lo más relevante de esta definición es que al dar una redacción genérica de que el trabajador migratorio es “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada (...)” en un Estado del que no es nacional presenta exclusiones o restricciones como si ocurría con las otras normas antes referidas. Así mismo, la norma define las categorías de trabajadores a saber: trabajador fronterizo (art. 2.a)<sup>172</sup>, de temporada (art. 2.b)<sup>173</sup>, marino, (art.2.c)<sup>174</sup> en una estructura marina, (art. 2.d)<sup>175</sup> trabajador itinerante (art.2.e)<sup>176</sup>, trabajador vinculado a un proyecto (art.2. f)<sup>177</sup>, trabajador con empleo (art.2.g)<sup>178</sup> y trabajador por cuenta propia (art.2.h).<sup>179</sup> De esta forma, se incluyen muchas de las categorías expresamente excluidas por los Convenios de la OIT.

---

<sup>171</sup> SALADO OSUNA, A.: “Universalidad de los Derechos Humanos en el Consejo de Europa”, en *La Obra jurídica del Consejo de Europa: en conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa*, (P.A. Fernández Sánchez. Ed.), Gandulfo Ediciones, Sevilla, 2010, p. 248

<sup>172</sup> El artículo 2.a) se refiere al “trabajador fronterizo” preceptuando que es todo trabajador migratorio que conserve su residencia habitual en un Estado vecino, al que normalmente regrese cada día a al menos una vez por semana.

<sup>173</sup> Por trabajador de temporada el artículo 2.b) dispone que es todo trabajador migratorio cuyo trabajo, por su propia naturaleza, dependa de condiciones estacionales y sólo se realice durante parte del año.

<sup>174</sup> El artículo 2.c) establece que en esta categoría se incluyen los pescadores, o cualquier otro trabajador migratorio empleado a bordo de una embarcación registrada en un Estado del que no sea nacional.

<sup>175</sup> Artículo 2.d) prevé que es todo trabajador migratorio empleado en una estructura marina que se encuentra bajo la jurisdicción de un Estado del que no sea nacional.

<sup>176</sup> Por esta clase de trabajador según artículo 2.e) se entiende todo trabajador migratorio que, aun teniendo su residencia habitual en un Estado, tenga que viajar a otro Estado u otros Estados por periodos breves, debido a su ocupación.

<sup>177</sup> El artículo 2.f) Es aquel trabajador migratorio admitido a un Estado de empleo por un plazo definido para trabajar solamente en un proyecto concreto que realice en ese Estado su empleador.

<sup>178</sup> Artículo 2.g), es todo trabajador i) que haya sido enviado por su empleador por un plazo limitado y definido a un Estado de empleo para realizar una tarea o función concreta; ii) que realice por un plazo limitado y definido, un trabajo que requiera conocimientos profesionales, comerciales, técnicos o altamente especializados de otra índole; iii) o que a solicitud de su empleador en el Estado de empleo, realice por un plazo limitado y definido un trabajo de carácter transitorio o breve.

Un aspecto de interés de esta norma es la ampliación de la aplicación temporal del Convenio, pues según la definición el trabajador migratorio será aquel que “vaya a realizar, realice o haya realizado (...)”, situación que frente al reconocimiento de los derechos plantea grandes ventajas, toda vez que los derechos adquiridos por un trabajador que deje de serlo en determinado momento podrán ser reclamados dando cumplimiento a las normas de la CTMF que exigen a los Estados tomar medidas para no perjudicar a los trabajadores migratorios en sus derechos laborales (art. 67.2, art. 70).

Sobre este punto es pertinente plantear la siguiente reflexión ¿Es posible que una persona haya ingresado de manera legal al territorio de un Estado y haya obtenido su permiso de residencia por motivos de estudio, o para realizarse un tratamiento médico, o incluso en inicio haga parte de las categorías de personas excluidas del campo de aplicación de la CTMF (art. 3), y esta condición haya desaparecido por algún razón y con el paso del tiempo se le haya presentado una oportunidad laboral? ¿debería ser considerado trabajador migratorio?

La respuesta a este cuestionamiento a la luz del artículo 2 de la CTMF debe ser afirmativa, toda vez que la norma permite que se cobijen situaciones futuras. Si bien la voluntariedad de pretender realizar una actividad laboral con connotación económica en el territorio de otro Estado, que no es el de su nacionalidad, es un elemento que en principio permite que las personas puedan ser calificadas como inmigrantes lo cual, de ninguna manera, puede excluir que con posterioridad la persona que en un primer momento viajó por motivos de estudios o turísticos, entre otros, pueda llegar a convertirse en trabajador migratorio si desempeña una actividad laboral ya sea por cuenta propia o por cuenta ajena.

El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias ha interpretado el artículo 2 de la CTMF en la Observación General No. 1 aclarando que la expresión “vaya a realizar, realice o haya realizado (...)” y expresa: “(...) dispensa expresamente protección a los trabajadores migratorios y sus familiares no sólo cuando estén trabajando efectivamente sino durante todo el proceso de migración de los trabajadores migratorios y sus familiares, que comprende la preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el periodo de estancia, así como el regreso a su Estado de origen (...)”<sup>180</sup>.

No obstante, el sentido y el alcance de la CTMF van más allá y, si bien, pretende cobijar todo el proceso migratorio y dar protección en esta situación, reconoce implícitamente que la finalidad de las personas puede variar y no busca dejar sin protección a aquellas que en el futuro pueden llegar a desarrollar actividades laborales. Lo anterior permite considerar que la finalidad laboral es uno de los elementos de la migración en sentido restringido (es decir la económico-laboral), y que dicha motivación puede surgir con posterioridad al viaje, pues en el caso en el que un mero extranjero una vez llegado a otro país pueda tener interés

---

<sup>179</sup> Artículo 2.h) es aquel trabajador que realice una actividad remunerada sin tener un contrato de trabajo y obtenga su subsistencia mediante esta actividad, trabajando normalmente solo o junto con sus familiares, así como todo otro trabajador migratorio reconocido como trabajador por cuenta propia por la legislación aplicable del Estado de empleo o por acuerdos bilaterales o multilaterales.

<sup>180</sup> *Sobre los trabajadores domésticos migratorios*, Doc. CMW/C/GC/1, de 23 de febrero de 2011, pág. 3

económico-laboral de desarrollar una actividad en ese país, hace que ese extranjero en origen se transforme en inmigrante en destino.

Conviene plantear la reflexión de si en la definición del artículo 2 de la CTMF se incluyen los trabajadores migratorios por cuenta propia. Antes de abordar las disposiciones normativas que permitan aclarar este punto, es pertinente recordar que durante el proceso de elaboración de este tratado se presentaron ciertas reticencias de parte de algunos Estados a incluir esta categoría de trabajadores que tradicionalmente se había excluido de la protección de estas normas, entre ellos Holanda y Marruecos,<sup>181</sup> Alemania, Austria y Japón<sup>182</sup>.

De la lectura de la CTMF se podría llegar a afirmar que efectivamente éste es otro de los avances del instrumento, pues contrario a lo que venía sucediendo con los Convenios 97 y 143, en la definición de trabajador migratorio la actividad desarrollada por la persona no se restringe a “ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta” (Convenio 97 art. 11) “ocupar un empleo que no sea por cuenta propia” (Convenio 143 art. 11). La CTMF no presenta un condicionante de esta naturaleza pues se limita a disponer que “realice o haya realizado una actividad remunerada” (art. 2 CTMF).

Es más, la CTMF define qué debe entenderse por trabajador por cuenta propia preceptuando: “Se entenderá por "trabajador por cuenta propia" todo trabajador migratorio que realice una actividad remunerada sin tener un contrato de trabajo y obtenga su subsistencia mediante esta actividad, trabajando normalmente solo o junto con sus familiares, así como todo otro trabajador migratorio reconocido como trabajador por cuenta propia por la legislación aplicable del Estado de empleo o por acuerdos bilaterales o multilaterales (art. 2.2.h).

Son varios los elementos que componen la definición de trabajador por cuenta propia: 1. La inexistencia de un contrato de trabajo, 2. El trabajador realiza la actividad solo o con su familia (trabajador independiente) 3. Obtienen la subsistencia mediante dicha actividad. Además pertenecerá a esta categoría aquel que según la ley interna del Estado de empleo o en virtud de acuerdos bilaterales o multilaterales sea considerado trabajador por cuenta propia (art. 2.2.h).

Por otro lado, la CTMF define que el Estado de empleo podrá determinar “las condiciones en virtud de las cuales un trabajador migratorio que haya sido admitido para ejercer un empleo podrá ser autorizado a realizar trabajos por cuenta propia”. Los condicionamientos dispuestos por los Estados en estos casos se sujetarán a que “haya residido legalmente en el Estado de empleo” (art. 52.4), así como que: “Los trabajadores por cuenta propia (...)

---

<sup>181</sup> Informe de apertura-cierre del Grupo de Trabajo del anteproyecto de una Convención Internacional sobre la protección de Derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familias, Doc. A/C.3/39/4de 11 de octubre 1983, 23, para. 76 y 23-24, par. 78.

<sup>182</sup> Informe de apertura-cierre del Grupo de Trabajo del anteproyecto de una Convención Internacional sobre la protección de Derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familias, Doc. A/C.3/40/1, 20 de Junio 1985, 32, par. 141, Australia y Japón, Informe de apertura-cierre del Grupo de Trabajo del anteproyecto de una Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias, Doc. A/C.3/44/1 de 9 octubre 1989, pars 29 y 31.

gozarán de los derechos reconocidos en la parte IV (...)” es decir, los derechos consagrados para los trabajadores migratorios en situación jurídica de regularidad, sin perjuicio de que les sean aplicables también las disposiciones de la parte III. Los únicos derechos que no se aplican a estos trabajadores son aquellos “aplicables exclusivamente a los trabajadores que tienen contrato de trabajo” (art. 63.1).

La Observación General No. 1 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, al referirse a los trabajadores domésticos, pese a que estos no se encuentran definidos dentro del texto de la CTMF, realiza un aproximación a lo que puede entenderse por este concepto y los considera incluidos dentro de la protección de la Convención. (pár.5 y 6). A esta conclusión llega luego de identificar los elementos comunes de esta figura en diversos ordenamientos jurídicos internos de los Estados Parte, y clasifica a los trabajadores domésticos dentro de los trabajadores por cuenta ajena al sostener que son “(...) las personas que trabajen en el marco de una relación de empleo en o para los hogares privados de otras personas, residan o no dentro del hogar” (pár.6). De acuerdo a lo anterior, se puede inferir que si el Comité incluye a una categoría no enunciada expresamente en la CTMF y la ubica bajo la protección de la misma, atiende una definición amplia y dinámica del concepto de trabajador migrante, lo cual evidencia que lo que realmente interesa es que la persona haya cruzado la frontera y trabaje en un país que no es el de su nacionalidad.

Por todo lo anterior, se ha considerado que la definición de la CTMF es muy completa, esto ha sido sostenido por el profesor **Vanheule** quien afirma que: “(...) el instrumento es claro en reconocer que el trabajador migratorio tiene un alcance tal, que no se hace distinción entre trabajadores migrantes documentados, admitidos para trabajar en su país de residencia, y los trabajadores indocumentados, que se encuentran en situación irregular o ilegal”.<sup>183</sup> Por su parte, en la CTMF también se hace referencia de forma expresa a aquellas personas que no podrán ser consideradas como trabajadores migratorios, sin embargo antes de entrar a analizar la norma vale mencionar que este aspecto generó un gran debate durante el periodo de elaboración de la CTMF, como quedó puesto de manifiesto en su borrador<sup>184</sup>.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes quien ha sostenido que la CTMF “(...) es un intento de reafirmar y establecer normas básicas de derechos humanos y recogerlas en un instrumento que proteja

---

<sup>183</sup> VANHEULE, D.: “The International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and the Members of their Families” en *International Human Rights Law in a Global Context* (F. Gómez Isa, K. De Feyter. Eds.) University Of Deusto, Bilbao, 2009, p. 476.

<sup>184</sup> Organización Internacional del Trabajo, Junta Directiva, Borrador de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Doc. GB.235/OI/1/3, 2, sesión 235, febrero-marzo de 1987. En el documento citado se evidencia que la OIT no había una postura favorable frente a las exclusiones de las personas en lo que se refería al ámbito de aplicación personal de la Convención, toda vez que esta organización internacional consideró en el momento de discusión de la Convención que todas las personas que estuvieran trabajando en un país extranjero debían estar cobijadas por las normas de la Convención, sin que importase su naturaleza contractual, o que fueran refugiados o apátridas.

también a aquellos trabajadores migrantes y familiares suyos que se encuentran indocumentados o en situación irregular”.<sup>185</sup>

Si bien la Relatora Especial no alude en estricto sentido a la aplicación de la CTMF respecto de los trabajadores por cuenta propia, si se refiere a que ha quedado puesto de manifiesto a “todos” los trabajadores migratorios, haciendo especial énfasis a los que se encuentran en situación jurídica de ilegalidad, lo que permite inferir que el término “todos” buscar abarcar todas las categorías incluidas por el instrumento, sin que pueda mediar discriminación de algún tipo.

En el texto de la CTMF quedaron excluidos de la protección de estas normas: “Las personas enviadas o empleadas por organizaciones y organismos internacionales y las personas enviadas o empleadas por un Estado fuera de su territorio para desempeñar funciones oficiales, cuya admisión y condición jurídica estén reguladas por el derecho internacional general o por acuerdos o convenios internacionales concretos” (art. 3.a). Esta exclusión ya estaba prevista en sentido similar en el Convenio No. 143 (art. 2.e) de la OIT.

También están excluidas “las personas enviadas o empleadas por un Estado fuera de su territorio, o por un empleador en su nombre, que participen en programas de desarrollo y en otros programas de cooperación, cuya admisión y condición jurídica estén reguladas por un acuerdo con el Estado de empleo y que, de conformidad con este acuerdo, no sean consideradas trabajadores migratorios”, (art. 3.b). Esta exclusión ha sido introducida por la CTMF. “Las personas que se instalen en un país distinto de su Estado de origen en calidad de inversionistas (art. 3.c), se trata también de una nueva exclusión. “Los refugiados y los apátridas, a menos que esté previsto que se aplique a estas personas en la legislación nacional pertinente del Estado Parte de que se trate o en instrumentos internacionales en vigor en ese Estado” (art. 3.d), no se hacía referencia a estas personas en los Convenios OIT (97 y 143) “Los estudiantes y las personas que reciben capacitación” (art. 3.d), los estudiantes estaban también excluidos en el Convenio 143 (art. 11.2.d) “Los marinos y los trabajadores en estructuras marinas que no hayan sido autorizados a residir y ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo” (art. 3.e). La exclusión de la CTMF ofrece mayor precisión que la que estaba prevista en los Convenios 97 y 143, pues estos eran más genéricos y solamente se referían a la gente de mar.

En nuestra opinión es importante realizar una reflexión en torno a la exclusión prevista en el art.3.d, es decir respecto a las personas apátridas y refugiadas “(...) a menos que esté previsto que se aplique a estas personas en la legislación nacional pertinente del Estado Parte de que se trate o en instrumentos internacionales en vigor en ese Estado”. En este sentido, existen normas particulares que dan tratamiento a dichas personas apátridas y refugiadas.

En el caso de los apátridas, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas<sup>186</sup> regula todo lo relacionado con aquella persona que no “(...) sea considerada como nacional suyo por

---

<sup>185</sup> Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2000/48 de la Comisión de Derechos Humanos, sobre “Grupos específicos e individuos”, Doc. E/CN.4/2001/83, de 9 de enero de 2001, pág. 32

ningún Estado, conforme a su legislación” (art. 1.1). El mencionado tratado consagra una serie de derechos en favor de estas personas y, de las normas allí contenidas, vale resaltar que en gran parte de los casos se prevé que dichas personas deben ser tratadas por los Estados del mismo modo que los extranjeros en general (art. 7<sup>187</sup>, 13<sup>188</sup>, 15<sup>189</sup>, 17<sup>190</sup>, 18<sup>191</sup>, 19<sup>192</sup>, 21<sup>193</sup>, 25<sup>194</sup>, entre otros). En otras disposiciones, se establece que los apátridas recibirán el mismo trato que los nacionales del país en el que se encuentran (art.16<sup>195</sup>, 20<sup>196</sup>, 22.1<sup>197</sup>, 23<sup>198</sup>, 25<sup>199</sup>, 29<sup>200</sup>, 30<sup>201</sup>).

En relación con los derechos que pueden disfrutar los apátridas en el país en el que se encuentran, es importante tener en consideración que, según la Convención sobre el Estatuto de los apátridas, en lo que se refiere a las normas sobre empleo remunerado (art.17), trabajo por cuenta propia (art. 18), estos derechos se reconocen estrictamente a aquellos que “(...) residan legalmente (...)” en el territorio del Estado en el que se encuentran. En sentido similar, lo relacionado con las condiciones de trabajo y seguros sociales (art. 24).

La anterior disposición ubica en un estatus de desventaja a los apátridas con respecto a los demás extranjeros a los que se les aplique la CTMF, toda vez que en éste último tratado, los derechos derivados de la remuneración (como se estudiará en los capítulos V y VI) se garantizan a todos los trabajadores independientemente de su situación migratoria (regular o irregular). De otra parte, no puede desconocerse que los apátridas por su misma situación de vulnerabilidad podrán ser susceptibles de explotación laboral, e incluso ser víctimas de trata de personas, y en aquellos casos en los que los Estados no autoricen que se de aplicación a la CTMF, contarán con un estándar de protección inferior que les impedirá hacer las respectivas reclamaciones en su favor.

En lo que se refiere a los refugiados, las normas de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados<sup>202</sup> prescribe normas similares a las ya enunciadas para el caso de los apátridas, y en particular el derecho al acceso al empleo remunerado (art.17), trabajo por cuenta

---

<sup>186</sup> Adoptada el 28 de septiembre de 1954 por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 526 A (XVII), de 26 abril de 1954, en vigor: 6 de junio de 1960.

<sup>187</sup> Exención de reciprocidad

<sup>188</sup> Derecho a la adquisición de bienes muebles en inmuebles

<sup>189</sup> Derecho de asociación

<sup>190</sup> Empleo remunerado

<sup>191</sup> Trabajo por cuenta propia

<sup>192</sup> Ejercicio de profesiones liberales

<sup>193</sup> Derecho a la vivienda

<sup>194</sup> Ayuda administrativa

<sup>195</sup> Acceso a los tribunales

<sup>196</sup> Situaciones de racionamiento

<sup>197</sup> Derecho a la educación pública elemental

<sup>198</sup> Derecho a la asistencia pública

<sup>199</sup> Ayuda administrativa

<sup>200</sup> Gravámenes fiscales

<sup>201</sup> Derecho a la transferencia de haberes

<sup>202</sup> Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950, en vigor: 22 de abril de 1954.

propia (art.18), y la legislación de trabajo y seguros sociales (art.24) supone que las personas refugiadas se encuentren en situación jurídica de regularidad, lo que según la reflexión que veníamos realizando sitúa a los refugiados en una posición desfavorable con respecto a los demás extranjeros, a pesar que la Convención aplicable a estos casos también prevé que “(...) todo Estado Contratante otorgará a los refugiados el mismo trato que otorgue a los extranjeros en general” (art.7.1).

La Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven<sup>203</sup> consagra también una serie de derechos en favor de estas personas y establece que si bien no busca “(...) legitimar la entrada ni la presencia de ilegales de un extranjero en cualquier Estado” (art.2.1), sin embargo, tampoco “ (...) menoscabará el goce de los derechos otorgados por la legislación nacional ni de los derechos que, con arreglo al derecho internacional, todo Estado está obligado a conceder a los extranjeros, incluso en los casos en que la presente Declaración no reconozca esos derechos o los reconozca en menor medida” (art.2.2). Esta declaración es de gran utilidad para nuestro análisis toda vez que en sentido general tanto el apátrida como el refugiado son personas extranjeras en el Estado en el que se encuentran.

Conviene tener presente, que tal y como se resaltó en el caso de las Convenciones sobre el Estatuto de los Apátridas y de los Refugiados, algunos de los derechos solamente se reconocen a las personas que se encuentren en situación de legalidad. Así, la Declaración dispone que: “Los extranjeros que residan legalmente en el territorio de un Estado gozarán también, con arreglo a las leyes nacionales, de los siguientes derechos, con sujeción a sus obligaciones (...) El derecho a condiciones de trabajo saludables y libres de peligros, a salarios justos y a igual remuneración por trabajo de igual valor sin distinciones de ningún género, garantizándose particularmente a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a aquellas de que disfruten los hombres, con igual salario por igual trabajo” (art.8.1.a).

Por otra parte, tal y como se analizará en el capítulo en el que se estudian los principios de igualdad y no discriminación (capítulo III), las normas que hacen parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y en consecuencia los derechos allí contenidos, se reconocen a todas las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados que hacen parte de dichos instrumentos, y así, respecto de los refugiados y de los apátridas, la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos ha interpretado que “(...) En general, los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todas las personas, independientemente de la reciprocidad, e independientemente de su nacionalidad o de que sean apátridas”<sup>204</sup>.

En la Observación General No. 31, el Comité de Derechos Humanos ha previsto que “el disfrute de los derechos del Pacto no se restringe a los ciudadanos de los Estados Partes, sino que debe también extenderse a todos los individuos, independientemente de su

---

<sup>203</sup> Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/144, de 13 de diciembre de 1985

<sup>204</sup> Observación General No. 15, *Situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, 27 periodo de sesiones (1986), Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), pág. 1



nacionalidad o de su situación apátrida, como las personas en búsqueda de asilo, los refugiados, los trabajadores migrantes (...)”<sup>205</sup>.

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General No. 18, en lo que se refiere al derecho al trabajo establece que “(...) la dimensión individual del derecho al trabajo mediante el reconocimiento, en el artículo 7, del derecho de toda persona a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, en especial la seguridad de las condiciones de trabajo”<sup>206</sup>. La interpretación que realiza el Comité respecto de las condiciones de trabajo resultan ser contrarias a lo que dispone, tanto la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas como la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, en lo que se refiere a los derechos de dichas personas, toda vez que solamente se reconocen en caso de que se encuentren en situación de legalidad.

De acuerdo con lo anterior, es preciso cuestionarse si la excepción de aplicación de la CTMF a los apátridas y a los refugiados es compatible con las normas de Derecho Internacional de Derechos Humanos, toda vez que dicho tratado hace parte de este grupo de normas, y con las demás, como ocurre con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)<sup>207</sup> y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)<sup>208</sup>.

Al margen de las exclusiones a las que se hizo referencia se debe recordar que según lo sostenido por **Lugo Rodríguez**, la CTMF “(...) contiene la definición más comprensiva en lo que se refiere al trabajador migratorio, que se pudiera hallar en algún instrumento internacional”<sup>209</sup> y esto se debe precisamente a que se incluyen categorías de trabajadores que anteriormente no se consideraban como migrantes y, además, a que como consecuencia, según lo sostenido por el profesor **Bonet Pérez**, “La CTMF ha supuesto un importante esfuerzo para elevar de forma significativa el estándar jurídico internacional de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familias (...)”<sup>210</sup>

Sobre el artículo 2 relativo al ámbito de aplicación personal de la CTMF, el señor **Kariyawasam**, presidente del Comité sobre Trabajadores Migratorios de Naciones Unidas, sostiene que “(...) una persona debe ser considerada como trabajador migratorio desde el

---

<sup>205</sup> *La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados parte en Pacto*, 80 periodo de sesiones (2004), Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), p. 10

<sup>206</sup> *Derecho al trabajo*, 35º periodo de sesiones, (2005), Doc. HRI/GEN/1/Rev.9. (Vol. I) p. 2

<sup>207</sup> Adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A(XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976

<sup>208</sup> Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 3 de enero de 1976.

<sup>209</sup> LUGO RODRÍGUEZ, C.B.: *La Convención Internacional para la Protección de los Derechos de los Trabajadores migratorios y de sus familiares y la Unión Europea*, Ed. Universidad de Salamanca, Colección de tesis de doctorado, Salamanca, 2006, p.104.

<sup>210</sup> BONET PÉREZ, J.: *La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*”, en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Ob. Cit, p. 347

mismo momento en que tiene un contrato o una relación similar con un empleador en el país de destino, haya partido o no de su propio país”.<sup>211</sup>

Por su parte, la señora **Cubías Medina**, miembro del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes, resalta que uno de los aportes de la CTMF en lo que se refiere a los temas de género consiste en que “(...) la comunidad entera tiene por primera vez una definición internacional de trabajador migratorio, la cual reconoce como migrantes a las mujeres”<sup>212</sup>. La anterior afirmación debe matizarse en lo que respecta al ámbito universal toda vez, que tal y como ya ha sido puesto de manifiesto, el Convenio Europeo sobre el Estatuto Legal de los Trabajadores Migrantes y los Convenios 97 y 143 de la OIT ya habían aportado interesantes nociones sobre el tema. Es más adecuado afirmar que este concepto ha sido fruto de un desarrollo progresivo y evolutivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y que se ha ido generalizando y concretando con la CTMF.

No obstante lo anterior, la señora **Cubías Medina** sostiene que gracias a la definición dada por la CTMF se reconoce que: “(...) los trabajadores migratorios son más que simples jornaleros o entidades económicas. Son entidades sociales con familias”<sup>213</sup>. A lo largo de la Convención también se hace hincapié en asegurar la plena aplicación de las normas de derechos humanos a las mujeres, lo anterior se relaciona con el llamado fenómeno de la “feminización de la migración”<sup>214</sup> que ha sido denominado como tal en los estudios realizados por la OIT<sup>215</sup>.

El concepto con el que hoy día se cuenta de trabajador migratorio ha sido una noción que ha ido evolucionando pues hasta determinado momento se trabajó con lo dispuesto por los Convenios de la OIT, sin olvidar también los aportes conceptuales de la OIM, quienes consideran al trabajador migratorio de una manera un poco más amplia, tomado elementos de la sociología y de la antropología. De acuerdo con ello, debe tenerse en cuenta que el concepto jurídico es restringido, aunque no pueden desconocerse los grandes progresos del mismo.

Por su parte, la CDI al referirse al trabajador migratorio no adopta en estricto sentido la definición establecida por la CTMF, sino que se remite a la acepción dada por **Ansary** quien

---

<sup>211</sup> KARIYAWASAM, P.: “La Convención de Naciones Unidas sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, en *Un mundo sin desarraigo: el derecho internacional de las migraciones*, Ob. Cit. p.19

<sup>212</sup> CUBÍAS MEDINA, A.E.: “Convención Internacional de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares y su importancia para la población salvadoreña” en *Un mundo sin desarraigo: el derecho internacional de las migraciones*, Ob. Cit. p. 86. Enfoque de género con el que antes no se contaba de manera precisa.

<sup>213</sup> *Ibidem*.

<sup>214</sup> AJÁ FRANCECS, E, CARBONELL I, FUNES, I.: *La inmigración extranjera en España: los retos educativos*, Fundación la Caixa, 1990, pp. 23 y 42

<sup>215</sup> Organización Internacional del Trabajo, *Trabajadores y trabajadoras migrantes: hacia una igualdad de derechos y oportunidades*. p. 3, disponible en <http://www.oei.es>

considera que en su sentido más lato, el trabajador migratorio “(...) se refiere, en general, a la persona que ha viajado a un país extranjero a fin de obtener allí empleo remunerado.”<sup>216</sup>

Si bien la definición de **Ansay** no es expresamente la misma que contiene el artículo 2° de la CTMF, aunque comparte unos elementos comunes, tales como la persona extranjera y que ella pretenda realizar una actividad remunerada en un Estado que no es el de su nacionalidad.

Conviene precisar que según la CDI, existen diversas clases de trabajadores extranjeros y que ello difiere en razón de la duración de estas personas en los países de acogida, de la ubicación del empleo y de la situación jurídica en la que se encuentren (legalidad o ilegalidad). De esta forma, para la CDI: “El término trabajador migratorio no abarca necesariamente a todos los trabajadores extranjeros (...), pues según su estudio y de acuerdo con los informes enviados por los Estados, en muchos casos quedan excluidos de esta categoría “los trabajadores de temporada y los trabajadores transfronterizos”<sup>217</sup>. Esto podría deberse a que no todos los Estados han ratificado la CTMF, instrumento que sí reconoce a estos trabajadores como migratorios.

Por otro lado, si se analiza la Opinión Consultiva No. 18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>218</sup>, se constata que el término de trabajador migratorio no es otro que el dado por la CTMF en su artículo 2.

En resumen, de todo lo estudiado hasta este momento, puede afirmarse que los elementos que pueden identificar a un trabajador migratorio son: 1. Pretender realizar, haber realizado, o estar realizando una actividad laboral, 2. Que dicha actividad se efectúe por cuenta propia o por cuenta ajena, 3. Desempeñar dicha actividad en el territorio de un Estado distinto al de la nacionalidad de origen de la persona, 4. No pertenecer a las categorías expresamente excluidas por la propia CTMF.

### **5.3. Inmigrante en situación jurídica de legalidad**

Una vez definido el concepto de trabajador migratorio de acuerdo con la evolución de los instrumentos internacionales, es preciso estudiar a la luz de esos mismos instrumentos el concepto de trabajador migrante en su relación con la ley, para lo cual se abordará en primer término el trabajador en situación jurídica de legalidad.

El Convenio No. 21 de la OIT de 1926 (ya referenciado) no se refiere a esta expresión de manera concreta, pues tal y como se vio se limita a disponer que “las expresiones buque de emigrantes y emigrante serán definidos por las autoridades competentes de cada país” (art. 1) sin que entre a establecer algún tipo de consideración respecto del concepto de trabajador y mucho menos sobre su situación jurídica.

---

<sup>216</sup> ANSAY, T.: “Legal problems of migrant workers” en *Recueil des cours de l’Academie de droit international*, vol. II, tomo 156, 1977, p.7.

<sup>217</sup> Comisión de Derecho Internacional, *Informe Expulsión de extranjeros*, p. 134

<sup>218</sup> Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003.

Por su parte, el Convenio No. 66 de 1939 (como ya se resaltó, no entró nunca en vigor) tampoco hacía alguna referencia expresa a lo que debía entenderse por trabajador migratorio en situación jurídica de legalidad.

El Convenio de la OIT No. 97 de 1949, tal y como se estudió en el apartado anterior, si contiene una definición de trabajador migrante y la misma está estrictamente vinculada a la situación jurídica de legalidad de la persona, pues según la letra del Convenio el trabajador migrante debe ser una persona legalmente admitida, dice el instrumento al definirla: “*e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante*” (art. 11). De esta expresión se deriva la consecuencia que para el convenio el inmigrante en situación jurídica de irregularidad no podrá tener estatus jurídico de trabajador migrante, pues sujeta esta condición a la situación de legalidad.

Ocurre distinto con el Convenio No. 143 de 1975, pues en éste se habla de la “(...) persona admitida regularmente como trabajador migrante” (art. 11), y se incluye sólo como una parte de la definición de trabajador migrante. La persona admitida regularmente es aquella que cumple con los requisitos exigidos por el Estado de empleo para estar allí.

El Convenio Europeo sobre el Estatuto Legal del trabajador migrante cuenta también con una referencia a esta noción, la cual se extrae de su propia redacción “(...) súbdito de una Parte Contratante que haya sido autorizado por otra Parte Contratante” (art. 1).

La CTMF desarrolla un concepto más preciso dentro de su apartado de definiciones y maneja como sinónimo del trabajador en situación jurídica de legalidad la expresión “documentados” o “en situación jurídica regular” (art. 5.a). Así define esta categoría de trabajador de la siguiente forma: “Serán considerados documentados o en situación regular si han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte”.

La definición es mucho más concreta que la de los instrumentos internacionales antes mencionados y de ella debe apreciarse que lo que otorga ese estatus de legalidad es el cumplimiento de las normas establecidas por el Estado de empleo, las cuales son definidas soberanamente. Los requisitos de legalidad, según la norma, son también establecidos por los acuerdos internacionales de que sea Parte el Estado.

La CDI desarrolló ampliamente el concepto de extranjero ilegal y por oposición a éste, se puede llegar a una noción de extranjero legal. Es cierto que la categoría de extranjero es más amplia y encierra al trabajador migratorio, así como al estudiante o al turista. Se refiere a los *extranjeros residentes*, entendiéndolo por tal: “(...) al extranjero que ha sido admitido y ha residido en el territorio de un Estado por un cierto lapso conforme a la ley nacional pertinente”. Debe aclararse que el trabajador migratorio en situación de legalidad no se encuadra de manera idéntica con el extranjero residente, pues el extranjero residente es una categoría más general. Cuando un trabajador migratorio es autorizado para trabajar por determinado tiempo, por lo regular dicho permiso de trabajo le dará el permiso de residencia de manera concomitante. La CDI aclara que la residencia legal por lo general en la mayor parte de las legislaciones internas de los Estados se compone de los siguientes

elementos: “la licitud, la continuidad y la duración que va por lo general de dos a diez años”<sup>219</sup>.

Esta noción según la CDI se complementa con el concepto de presencia legítima en el territorio de un Estado, toda vez que se entiende por tal la “(...) presencia de un extranjero que ha sido admitido formalmente en el territorio de otro Estado y ha permanecido en él de conformidad con el derecho de ese Estado de forma legítima (...). A partir de allí, se fijan una serie de requisitos que se exigen para la entrada y permanencia legal de un extranjero en el territorio de un Estado de destino. Entre ellos: “un pasaporte o documento de viaje válidos, cumplimiento de las condiciones de ingreso y cumplimiento de las condiciones para tener presencia ininterrumpida”<sup>220</sup>.

El trabajador en situación jurídica de legalidad cuenta con una gran cantidad de derechos que pueden entenderse como una tendencia a la equiparación, aunque restringida en términos de los profesores **Bonet Pérez**<sup>221</sup>, **Juste Ruíz**<sup>222</sup> y **Mariño Menéndez**<sup>223</sup>, pero que serán abordados en el capítulo dedicado a los derechos de los trabajadores migrantes y de sus familias.

En la OC- 18 de 2003, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene presente lo dispuesto por la CTMF (art. 5) y precisa que el trabajador migrante documentado o en situación regular es la: “Persona que se encuentra autorizada a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo, de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte” (pár.69.i).

La OIM también incluye dentro de su glosario la definición de trabajador migrante, tomando gran parte de los elementos aportados por la CTMF. Se entiende por tal “Trabajador migrante y sus familiares documentados autorizados, a ingresar, permanecer y trabajar en una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con su legislación interna y los acuerdos de los que ese Estado es Parte”<sup>224</sup>. Vincula esta definición como término sinónimo de migrante documentado, refiriendo que se entiende por dicho concepto “Migrante que ingresa legalmente a un país y permanece en él, de acuerdo al criterio de admisión”<sup>225</sup>.

---

<sup>219</sup> *Informe de la CDI*, pár. 131.

<sup>220</sup> *Ibidem*, pár. 44.

<sup>221</sup> BONET PÉREZ, J.: “La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares”, en *Un mundo sin desarraigo: el Derecho Internacional de las Migraciones*, Ob. Cit, p.97

<sup>222</sup> JUSTE RUIZ, J.: “Inmigración, nacionalidad y extranjería: el marco jurídico internacional”, en *Estudios sobre derecho de extranjería*, (E. Álvarez Conde, E. Pérez Martín, Coord.) Universidad Rey Juan Carlos, Instituto de Derecho Público, Madrid, 2005, pp. 297-324, p. 307

<sup>223</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, F.M.: “Los Derechos de los extranjeros en el derecho internacional”, en *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, (F. Mariño Menéndez y otros, Eds.), Ministerio de Asuntos Sociales, INSERSO, Madrid, 1995, p. 119

<sup>224</sup> Organización Internacional para las Migraciones, *Glosario sobre migración*, Ob.Cit.74

<sup>225</sup> *Ibidem*, p. 42

El profesor **Gros Espiell**, por su parte, entiende por trabajador migrante la persona “que ha ingresado habiendo cumplido con los requisitos legales establecidos por el país de acogida según su derecho interno”.<sup>226</sup>

#### 5.4. Inmigrante en situación jurídica de ilegalidad

Conviene referirse primero a lo definido por la CDI, toda vez que ha estudiado el tema y sobre todo ha revisado la legislación interna de los Estados para definir esta noción y lo ha hecho de manera más genérica al dar una definición de *extranjero ilegal*. Según ha puesto de manifiesto, se entiende por tal “en general el extranjero cuyo estatuto es ilegal de resultas de su contravención de las leyes nacionales pertinentes del Estado territorial de admisión”<sup>227</sup>.

A su turno, no sobra traer a colación lo que según la CDI debe entenderse por *extranjero en situación de ilegalidad*, pues dentro de su estudio sobre las expulsiones de los no nacionales, ofrece una aproximación conceptual más genérica, sin olvidar que el concepto de extranjero en situación de ilegal engloba necesariamente el de trabajador migratorio en situación jurídica de ilegalidad en el evento en el que esta persona se desempeñe, se haya desempeñado o tenga la intención de desempeñarse como trabajador. Así, afirma la CDI que por extranjero en situación de ilegal “se entiende en general, al extranjero cuyo estatuto jurídico es ilegal de resultas de contravención de las leyes nacionales pertinentes del Estado territorial respecto de la admisión, la permanencia, las actividades autorizadas o la residencia de los extranjeros”.<sup>228</sup>

Visto el concepto más general, los Convenios de la OIT anteriores a la CTMF, hicieron una aproximación muy tangencial de la definición de trabajador migratorio en situación jurídica de ilegalidad. Sobre el Convenio No. 21 de 1926 ya ha quedado suficientemente claro que no existe definición ni siquiera sobre trabajador migratorio, pues es una competencia exclusiva que corresponde al Estado (art. 1).

Por su parte, el Convenio No. 97 de 1949 se refiere a la “persona normalmente admitida” (art. 11) para hacer alusión a los trabajadores migrantes en situación jurídica de legalidad, por lo que se infiere que quien no cumple con esta condición será trabajador en situación jurídica de ilegalidad.

En cuanto al Convenio No. 143 de 1975, se refiere a la “persona admitida regularmente como trabajador migrante” (art. 11), lo que significa que quien no ostente esta característica será un trabajador migrante en situación jurídica de ilegalidad o irregularidad.

En lo que se refiere al Convenio Europeo sobre el Estatuto Legal de los trabajadores migrantes, por oposición a lo definido como trabajador migratorio en su art. 1, es posible inferir la definición de trabajador en situación jurídica ilegal. El instrumento dispone que es “el súbdito (...) autorizado”, por lo que aquel que no esté autorizado ni siquiera podrá ser

---

<sup>226</sup> GROS ESPIELL, H.: “Derechos humanos y migraciones”, en *Migraciones y desarrollo*, Ob.Cit, p. 43

<sup>227</sup> *Informe de la CDI* de 2006, párs. 127 y 130

<sup>228</sup> *Ibidem*, pár.127.

considerado como trabajador migrante, pues dicha condición se sujeta a la autorización del Estado Parte.

La CDI también se aproxima a la definición de trabajador en situación de ilegalidad luego de hacer una exhaustiva revisión de este concepto en las distintas legislaciones internas de los Estados. Asimila la noción de trabajador migrante en situación de ilegalidad a la de extranjero en situación ilegal (ya abordada), y afirma que por tal se entiende el: “(...) extranjero cuyo estatuto es ilegal de resultas de su contravención de las leyes nacionales pertinentes del Estado territorial respecto de la admisión, la permanencia, las actividades autorizadas o la residencia de los extranjeros”<sup>229</sup>. Si bien la CDI adopta el concepto más general, pues se refiere al extranjero en situación jurídica de ilegalidad, esto puede ser encuadrado en el concepto de trabajador migratorio, en razón a que todo trabajador migratorio es necesariamente extranjero, tal y como se expuso con anterioridad.

De otra parte, según la CDI, esta categoría de extranjeros ostenta ciertas características que así mismo son aplicables a los trabajadores migrantes en situaciones ilegales. Estas son: “1. La contravención de las normas nacionales del Estado de acogida o de empleo y 2. La permanencia o ejecución de estas actividades sin la observancia de las leyes internas”<sup>230</sup>. De lo anterior puede inferirse que si una persona realiza una actividad ya sea por cuenta propia o por cuenta ajena sin que tenga el respectivo permiso de trabajo, y esto afecta también su residencia, será considerado trabajador migratorio en situación jurídica de ilegalidad.

La CDI realiza una precisión más sobre este tema y afirma que “un extranjero puede ser ilegal desde el momento en que cruza la frontera del territorio de otro Estado en contravención de las leyes nacionales de inmigración respecto de la admisión de extranjeros”<sup>231</sup>.

Este supuesto planteado por la CDI cambia el punto de reflexión y obliga a tener en consideración lo siguiente: la condición jurídica de ilegalidad de un extranjero abarca a las personas que no necesariamente emigran de su país de origen con el interés de buscar trabajo, ni bajo la motivación económica, por tanto un turista, un estudiante, o una persona que quisiera practicarse un tratamiento médico y decida ingresar en el territorio del Estado sin el cumplimiento de los requisitos para poder hacerlo, por ejemplo un visado de turista, de corta duración, o permiso de estudios, podría incurrir en una situación jurídica de ilegalidad y permanecería en el territorio del Estado sin el consentimiento del mismo.

Adicionalmente, la CDI formula otro supuesto de interés que ocurre tanto para el caso de los extranjeros como para el caso de los trabajadores migratorios, siendo éste por tanto un concepto más restringido, pues denota la motivación económica y laboral. La CDI plantea que “un extranjero admitido lícitamente en el territorio de otro Estado puede pasar a ser extranjero ilegal si posteriormente contraviene las leyes nacionales que rigen la presencia de los extranjeros, por ejemplo, si permanece en el territorio después del plazo que le hayan

---

<sup>229</sup> Informe de la CDI de 2006, pár. 127.

<sup>230</sup> *Ibidem*.

<sup>231</sup> *Ibidem*.

fijado los funcionarios de inmigración al tiempo de la entrada o si se ocupa en actividades no autorizadas por el visado u otro documento de entrada”<sup>232</sup>.

La CTMF define este tipo de trabajador como “trabajador no documentado” y señala “Serán considerados no documentados o en situación irregular si no cumplen las condiciones establecidas en el inciso a) de este artículo” (art. 5.b).

Según **Vanheule**, “(...) el trabajador en situación de ilegalidad es aquel trabajador que no está autorizado a entrar para protagonizar y participar en una actividad remunerada en el Estado de empleo, de conformidad con la legislación de ese Estado, y los acuerdos internacionales en que ese Estado es Parte”<sup>233</sup>.

El profesor **Bonet Pérez** por su parte sostiene que: “La CTMF distingue al trabajador migratorio o a su familiar no documentado por exclusión de quienes si cumplen con el requisito que les acredita como trabajador migratorio o familiar documentado o en situación regular: el de haber sido autorizado por el Estado receptor”<sup>234</sup>. Por su parte, el profesor **Juste Ruiz** afirma que los inmigrantes “ilegales o irregulares lo son por no tener acreditadas las condiciones de entrada y permanencia establecidas por el Estado territorial”<sup>235</sup>.

La definición aportada por la OIM pretende integrar los diferentes sinónimos aplicables al trabajador migratorio en situación jurídica de ilegalidad, de tal modo que se asimila a migrante irregular, extranjero indocumentado, migrante clandestino. La definición expresa dada por esta Organización es: “Persona que habiendo ingresado ilegalmente o tras vencimiento de su visado, deja de tener estatus legal en el país receptor o de tránsito. El término se aplica a los migrantes que infringen las normas de admisión del país receptor”<sup>236</sup>.

Por su parte, **Bosniak** sostiene que “(...) el significado de irregularidad de la situación de los migrantes es definida de diversas maneras según los sistemas de los diferentes estados legales. Por regla general, los migrantes irregulares o los inmigrantes son personas que han llegado al estado de empleo o de residencia sin autorización, que se emplean allí sin permiso, o que entró con permiso y se han mantenido después de la expiración de sus visas”<sup>237</sup>.

---

<sup>232</sup> *Ibidem*

<sup>233</sup> VANHEULE, D.: “The International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and the Members of their Families” en *International Human Rights Law in a Global Context*, Ob. Cit. p. 477

<sup>234</sup> BONET PÉREZ, J. “ La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, en *Un mundo sin desarraigo: el Derecho Internacional de las Migraciones*, Ob. Cit, p. 108

<sup>235</sup> JUSTE RUIZ, J.: “Inmigración, nacionalidad y extranjería: el marco jurídico internacional”, Ob. Cit. p. 302.

<sup>236</sup> Organización Internacional para las Migraciones, *Glosario sobre migración*, Ob. Cit. 43

<sup>237</sup> BOSNIAK, L.: “Human Rights, State Sovereignty and the protection of Undocumented Migrants under the international Migrant Workers Convention International”, en *Migration Review*, Vol. 25, No. 4, New York, 2010, p. 742.



## **6. Familia del trabajador migrante**

La importancia del concepto de familia se evidencia en varios de los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos, así el PIDCP protege esta institución contra todo tipo de injerencia ilícita o arbitraria a la intimidad (art. 17), se cuenta con la protección dispensada por el CEDH a la vida privada y familiar (art. 8), así como la consagrada en la CADH respecto a protección contra las injerencias arbitrarias abusivas en la vida privada y familiar (art. 11.2), las condiciones dignas para la subsistencia de la familia previstas en el PIDESC, reconocimiento de su importancia en la sociedad (art. 7.a.ii, art. 10), entre muchas otras normas. En la CEDM también se encuentran numerosas normas que resaltan la importancia de la familia, entre ellas (art. 5.b, 10.h, 12, 11.1.c).

La noción de familia en el contexto de la protección de los derechos de los trabajadores migratorios reviste gran importancia, toda vez que dichas personas se benefician de una serie de derechos contenidos en la CTMF, sin embargo, este aspecto será estudiado más adelante y por ahora, solamente se hará una aproximación terminológica a este concepto.

Las normas anteriores a la CTMF que dispensan protección a los trabajadores migrantes hacen algunas alusiones a los miembros de la familia del trabajador migrante, sin embargo no incluyen una definición clara.

El Convenio No. 97 de 1949 se refiere en varios artículos a los miembros de las familias, pero toca aspectos más relacionados con los derechos que estas personas tienen (arts. 5, 6, 8, anexo I, art. 6, c, anexo III, art. 7. c, anexo III, art. 1.1, entre otros). El Convenio No. 143 de 1957 también se refiere a la familia del trabajador migratorio, sin embargo estas alusiones también se relacionan con el catálogo de derechos de estas personas (arts. 9.1, 9.3, 10, 12.e, 13.1, entre otros).

El Convenio Europeo Relativo al Estatuto del Trabajador Migrante hace una serie de precisiones sobre la familia desde el preámbulo al disponer: “Resueltos a facilitar la promoción social y el bienestar de los trabajadores migrantes y de los miembros de sus familias” ( pár. 4), y posteriormente reconoce ciertos derechos a estas personas en algunas de sus disposiciones, o derechos del trabajador en relación con su familia (art. 6, 7.1, 7.2, 7.3.a, 9.3, 10.1, 10.2, 10.3, 11.1, 12, 14, 18, entre otros).

La CTMF contiene un concepto verdaderamente concreto respecto de lo que debe entenderse por familiares de los trabajadores migratorios, aspecto que fija el campo de aplicación personal del instrumento. La expresión familiares “se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate” (art. 4).

Sobre el particular el profesor **Bonet Pérez** sostiene que dicha noción “es bastante amplia”<sup>238</sup>, debido a que incluyen dentro del campo de protección de la norma al cónyuge o a la persona que de acuerdo con la reglamentación de cada Estado pueda asimilar una relación análoga al matrimonio, los hijos que los trabajadores migratorios tengan a su cargo y otro tipo de personas que dependan del trabajador migratorio, conforme a las leyes internas del Estado de empleo.

Sobre la definición de familia, **Nafziger** y **Bartel** sostienen una postura distinta de la expresada por el profesor Bonet Pérez, al afirmar que “El artículo 4 establece una definición curiosa de los miembros de una familia que no es tan amplia, y que incide en el reconocimiento de los derechos de esas personas, pues en la definición la protección se proporciona a una persona que es cónyuge del trabajador migratorio y a sus hijos”.<sup>239</sup> Los autores estiman que la expresión prevista en la norma: “produzca efectos equivalentes al matrimonio” (art. 4) “no es clara en cuanto a su significado y plantea la pregunta de si esto se refiere únicamente a efectos jurídicos”.<sup>240</sup> De lo anterior puede inferirse que en aquellos casos en los que los Estados a través de sus normas internas disponen que existen otras formas por medio de las cuales ha de poder fundarse la familia, y que son similares al matrimonio, como por ejemplo mediante el paso del tiempo en una convivencia estable, es de aplicación a CTMF a los parientes de los trabajadores migrantes, sin embargo, en aquellos casos en los que los Estados no dan reconocimiento a las sociedades o a las uniones de hecho y no se producen efectos jurídicos, no habrá garantía a sus derechos. Vale plantearse un supuesto que es generalizado en la mayor parte de los Estados, cuando sólo reconocen la familia conformada por un hombre y una mujer, desconociendo que es una realidad en el mundo actual la convivencia de las parejas de homosexuales, las cuales generan efectos similares a los de la convivencia entre heterosexuales. Pese a esto, la norma del artículo 4 es clara en definir que los efectos de la norma estarán sujetos a lo previsto por la ley interna del Estado parte.

**Vanhuele** también alude a la importancia del concepto de familia a la luz de la CTMF, pues afirma que “(...) a lo largo de la Convención la preocupación de los redactores se hizo visible ya que la vida familiar está muy relacionada con la inmigración laboral, los trabajadores migrantes que se desplazan con su familia o en una fase posterior se unen con ellos, e incluso puede ser un factor determinante para el bienestar y el éxito de este tipo de migración. El Convenio por tanto, también se extiende a los miembros de la familia”. Este aspecto es muy importante, toda vez que la CTMF es consecuente con los planteamientos de los demás instrumentos internacionales que resaltan la importancia de la familia para el desarrollo de la sociedad.

Conviene recordar que **Varlez** desde el año 1929 planteaba el escenario de la inmigración con la vinculación familiar que aún hoy se evidencia en los instrumentos internacionales. Así, al dar una definición de inmigrante tal y como fue puesto de manifiesto en este

---

<sup>238</sup> BONET PÉREZ, J.: La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, en *La protección Internacional de los Derechos Humanos en los albores del S. XXI*, Ob. Cit, p. 327

<sup>239</sup> NAFZIGER, J, BARTEL, B.: “The Migrant Workers Convention: Its place in Human Rigths Law”, en *International Migration Review*, Vol. 5, No. 4, New York, 2010, p. 786

<sup>240</sup> *Ibidem*, p. 787

capítulo, se sostiene que “es cualquier persona que sale de su país para establecerse en el extranjero, ya sea permanente o de manera sostenible, (...)” precisa además que este concepto “(...) deberá asimilarse a los miembros inmigrantes de su familia que le acompañen o se reúnan con él en el extranjero”<sup>241</sup>.

Pese a que muchos instrumentos han resaltado el valor y la importancia de la familia no existe una noción de esta institución a nivel internacional; así lo afirma la CDI<sup>242</sup> y **Jastram** al sostener que: “No existe una definición singular e internacionalmente aceptada de familia, y el derecho internacional reconoce diversas formas. La existencia de un vínculo de parentesco es una cuestión de hecho que se ha de determinar en cada caso por cada Estado. A decir verdad, la familia nuclear es la forma más ampliamente aceptada a los fines de la unidad familiar y la reunificación de familias.”<sup>243</sup>

### **7. Estados de origen, de destino, de acogida, de empleo y de tránsito.**

Otros conceptos que revisten importancia para el abordaje de las migraciones son los relacionados con el territorio, esto es, lo asociado a los Estados de origen y de destino, acogida o empleo y de tránsito.

En lo que se refiere al Estado de origen no es posible hallar una definición universalmente aceptada, tal y como ocurre con los demás conceptos que han sido estudiados en este capítulo. Pese a esto, la noción ha sido tradicionalmente referida en diversos instrumentos Internacionales. El Convenio No. 21 de la OIT, por ejemplo, no se refiere al Estado de origen en ninguna de sus disposiciones; por el contrario, en todas ellas para referirse al Estado de la nacionalidad del emigrante hace alusión “al gobierno o a los gobiernos a cuyas nacionalidades pertenezcan los emigrantes que se encuentren a bordo de un buque (...)” (art. 3). El Convenio No. 66 de la OIT (nunca entrado en vigor) es un poco más explícito al referirse al país de emigración en algunas normas (art. 4.d.), y utiliza también el concepto de Estado de origen (art. 4.f, art. 7.2), siendo estas expresiones sinónimos del Estado de la nacionalidad del emigrante.

El Convenio No. 97 de la OIT tampoco ofrece una definición de lo que debe entenderse por Estado de origen, sin embargo sí se refiere a “territorio de origen” (art. 8.1) y “país de origen” (art. 2.1, anexo III, art. 2.2, anexo III.). Por su parte, el Convenio No. 143 también hace alusión al “país de origen” (art. 12.f). En su lugar, el Convenio Europeo sobre el Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante también se refiere a la noción de “Estado de origen” (art.2.1, art. 5, art. 6.2, art. 7.2, 7.3, entre otras disposiciones).

La CTMF en este punto brinda un significativo aporte a lo que puede ser una definición de Estado o país de origen, toda vez que la aborda expresamente y dispone: “A los efectos de la presente Convención: Por "Estado de origen" se entenderá el Estado del que sea nacional la persona de que se trate”. (Art. 6.a). La OIM retoma el concepto dado por a CTMF y lo

---

<sup>241</sup> VARLEZ, Louis. : “Les Migrations Internationales Et Leur Réglementation ». Ob.Cit, p. 176

<sup>242</sup> Informe de la CDI de 2006, pár. 140

<sup>243</sup> JASTRAM, K.: “Family Unity”, en *Migration and International Legal Norms*, (A. T. Aleinikoff y V. Chetail. eds.), La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, p. 197

maneja como un sinónimo de país de origen<sup>244</sup>, transcribe el artículo de la CTMF y resalta que el Estado de origen y el país de origen tienen la misma definición.

Pese a lo anterior, conviene analizar que si bien la CTMF se refiere de manera expresa a la definición de Estado de origen como el Estado de la nacionalidad de la persona, no siempre un trabajador migrante sale del país de su nacionalidad para dirigirse a otro con motivación económico-laboral, sino que puede ocurrir que el trabajador salga del Estado en el que ha establecido su residencia permanente. Es cuestionable dicho vacío normativo, toda vez que al definir el Estado de tránsito, se refiere explícitamente tanto al Estado de origen como al de residencia habitual (art.6.3), pero que al definir el Estado de origen omite considerar que el trabajador puede provenir, bien del Estado de su nacionalidad, o bien del Estado de su residencia habitual.

La CDI al estudiar en detalle las leyes de los Estados en los casos de expulsión, no proporciona una definición explícita de lo que debe entenderse por Estado de origen aunque si se refiere en numerosas oportunidades a éste<sup>245</sup>, siempre refiriéndose al Estado del que proviene la persona extranjera o migrante.

Como correlato de la noción de Estado de origen se tiene la de Estado de destino, de acogida, de empleo o receptor. Sobre el concepto de Estado de destino no se cuenta con una definición internacionalmente aceptada, no obstante, pueden enunciarse referencias a este término. En la OIT el Convenio No. 21 se refiere al “puerto destino” (art. 7) para denotar el lugar de llegada de los buques de los emigrantes. En el Convenio No. 66 se hace alusión al “lugar de destino” (art. 5), también con una connotación de la llegada de los trabajadores migrantes. El Convenio No. 97 al fijar ciertas obligaciones a cargo de los Estados relacionadas con el bienestar de los trabajadores migrantes también se refiere al “país de destino” (art. 5), así como para referenciar el lugar de reencuentro de la familia del trabajador migrante (art. 9). El Convenio No. 143 no hace referencia alguna al Estado de destino, aunque si fija una serie de obligaciones a los Estados Partes para el reconocimiento de los derechos de los trabajadores migrantes como se estudiará con posterioridad.

El Convenio Europeo sobre el Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante no se refiere a “Estado o país de destino”, pero sí al “Estado de acogida o país de acogida” (preámbulo, pár. 3, art. 2.1, 5, 6.1, 7.1, 7.2, 9.4, entre otros). Es importante tener en cuenta que de la redacción de las disposiciones de este Convenio sobre la expresión Estado de acogida, se puede inferir que los trabajadores migratorios se encuentran en situación jurídica de legalidad; lo anterior obedece a que desde la misma definición de trabajador migrante se habla de la persona “que haya sido autorizada” (art. 1). Así mismo, el uso de este término es sinónimo de Estado de empleo, pero bajo el cumplimiento de las disposiciones legales.

La CTMF tampoco se refiere en términos exegéticos al Estado de destino, aunque si acuña una definición un poco más técnica, pues aborda y define lo que debe entenderse por Estado de empleo. Este instrumento precisa: “Por Estado de empleo se entenderá el Estado donde el trabajador migratorio vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, según el caso.”(Art. 6.b). La OIM retoma la definición aportada por la CTMF

---

<sup>244</sup> Organización Internacional para las Migraciones, *Glosario sobre migración*, Ob. Cit, p. 24

<sup>245</sup> *Informe CDI, 2006*, Ob. Cit. pár. 6, 11, 18, 19, 33, 35, 117, 134, 147, entre otros.

y se apropia de esta misma para referirse al Estado en el que está la persona desarrollando una actividad laboral<sup>246</sup>. De otra parte, en las normas de la CTMF también se utiliza la expresión “Estado receptor”, ampliando aún más el listado de sinónimos referidos al país de empleo (art. 76.1.a, 76.1.b, 77.4).

El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes utiliza las expresiones país de destino, país de acogida y país de empleo de manera indistinta, no se detiene a precisar si la persona se encuentra en situación jurídica de legalidad o de ilegalidad, o si el Estado ha prestado su consentimiento y autorización sobre la presencia de estas personas en su territorio<sup>247</sup>.

La Observación General No. 1 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, no se refiere a la expresión “Estado o país de acogida”, pero sí utiliza como términos sinónimos los términos “país de empleo y de destino”, retomando la primera de manera preferente a la existencia de una relación laboral, y la segunda como etapa previa a la partida, pero siempre con la expectativa de desarrollarse en el Estado de llegada una actividad laboral (párs. 17, 21, 30, b, 30, c, 30, e).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva No. 18 se refiere al “Estado de empleo o receptor”, tomando los términos definidos en la CTMF. A tales efectos sostiene que se entiende por Estado de empleo o Estado receptor: “Estado en el cual el trabajador migrante vaya a realizar, realiza o haya realizado una actividad remunerada.” (pár.69.i).

Conviene reflexionar sobre lo siguiente: el Estado de destino es el lugar al que pretende dirigirse el extranjero (en sentido genérico), lo que no implica necesariamente que esta persona vaya a ser admitida por dicho Estado. La connotación jurídica de Estado de destino es distinta de la que puede llegar a tener el concepto de Estado de empleo. De una parte, porque la probabilidad de llegada puede verse frustrada y como consecuencia, el extranjero o inmigrante nunca podría haber llegado a pisar territorio del Estado al que se dirigía (por haber muerto durante el viaje). La expresión Estado de destino también puede ser correctamente empleada cuando se trata de un estudiante o de un turista, pues dichas personas se dirigen a otro Estado distinto al suyo con finalidades distintas a las laborales.

Por su parte, Estado de empleo implica que el trabajador migratorio ha sido admitido por el Estado al que se dirige, o que tiene ingreso en él y allí tramitará su permiso de trabajo; no puede olvidarse que es probable que algunas legislaciones de los Estados permitan que

---

<sup>246</sup> *Ibidem*, p. 24

<sup>247</sup> Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, Doc. E/CN.4/2001/83, 9 de enero de 2001, párs. 53, 54, 56, Informe presentado por la Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, Doc. E/CN.4/2003/85/Add.4 del 1º de noviembre de 2002, pár. 4 (introducción), Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro E/CN.4/2004/76, 12 de enero de 2004, pár. 5 y 6, 51, 52, 58, 70, 72, 74, 78, 80, 81, 83, 84, 85, 87, 89, 92, Informe presentado por la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, Doc. E/CN.4/2005/85/Add.2, 14 de enero de 2005, pár. 25, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, Doc. A/HRC/11/7/Add.3, “Misión a Guatemala”, 18 de marzo de 2009, pár. 46

viajen inmigrantes a conseguir trabajo en sus territorios.<sup>248</sup> La expresión Estado de empleo no se limita a lo anterior, pues connota la actividad y ésta es el desarrollo de un trabajo, bajo condiciones jurídicas de legalidad, pero también de ilegalidad, pues el hecho que una persona esté empleada de manera irregular no implica que no exista relación laboral, por tanto, siempre que la persona extranjera y en este caso del trabajador migratorio se encuentre empleado en un país que no sea el de su nacionalidad, podrá emplearse el término Estado de empleo. En cuanto a la expresión Estado de acogida, podría llegar a pensarse que ésta implica una aquiescencia o consentimiento del Estado de recibir al extranjero o al inmigrante, sin embargo la doctrina refleja un manejo sinónimo de los términos, para siempre referirse al Estado al que llega la persona<sup>249</sup>.

En cuanto al Estado de acogida, se considera que dicho concepto denota la voluntariedad del Estado en querer recibir a la persona extranjera, ya sea un refugiado, un apátrida o un inmigrante económico. Si bien, el término se emplea de manera indistinta en parte de la

---

<sup>248</sup> Conviene tener en consideración el caso canadiense, más concretamente la provincia de Quebec, en la que la migración laboral cuenta con un cupo anual de migrantes seleccionados para que se puedan desempeñar en diferentes sectores de la economía de la provincia. Ver <http://www.incipe.org/ensayo59.htm>. Ver también “Reformas Constitucionales y Movilidad Humana en Ecuador”, en *Políticas Públicas sobre Migración Laboral: Herramientas y buenas prácticas*, Organización Internacional para las Migraciones-OIM- 2010, p. 7. Disponible en <http://www.oim.org.mx/pdf/Buenas%20Practicas%20OIM%20II.pdf>. Ver también *Trabajadoras y Trabajadores Migrantes: hacia una igualdad de derechos y oportunidades*, Organización Internacional del Trabajo –OIT-, disponible en <http://www.oei.es/pdf2/trabajadores-migrantes-oit.pdf>. Ver: *Libro blanco sobre las mejores prácticas para la integración del trabajador inmigrante en las empresas españolas*, IESE, Business School, Universidad de Navarra, disponible en: [http://www.ieseinsight.com/casos/Study\\_0034.pdf](http://www.ieseinsight.com/casos/Study_0034.pdf).

<sup>249</sup> CHUECA SANCHO, A.: “La protección de los derechos de los migrantes en España: entre mitos y derechos humanos”, en *Los derechos humanos aquí y ahora: 60 años después de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Ob. Cit. pp. 105-121, CANÇADO TRINDADE, A.A.: “Reflexiones sobre el desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal”, en *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI*, Ob. Cit. pp. 25-82, JUSTE RUÍZ, J.: “Inmigración, nacionalidad y extranjería”, en *Estudios sobre derecho de extranjería*, Ob. Cit, pp. 297-324, OLESTI RAYO, A.: “La Inmigración irregular y el control de los flujos migratorios en la Unión Europea”, en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, Ob. Cit, pp. 943-964, ARZURMENDI, M.: “La protección internacional de los derechos humanos de los inmigrantes”, en *Estudios sobre derecho de extranjería*, Ob. Cit, pp. 249-260, KARIYAWASAM, P.: “La Convención de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, en *Un mundo sin desarraigo*, Ob. Cit, pp. 16-28, LIRORADELGADO, I.: “La inmigración en los acuerdos de asociación entre la Unión Europea y América Latina: el necesario ajuste del marco jurídico a la realidad”, en *Migraciones y Desarrollo*, pp. 433-444. QUINDIMIL LÓPEZ, J.A.: “El viraje de la integración hacia el ser humano y la incardinación de las migraciones en el objetivo último del desarrollo social en América Latina y el Caribe”, en *Migraciones y Desarrollo*, Ob. Cit, pp. 445-456, RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, C.: “Análisis crítico de la normativa internacional de protección de los trabajadores migrantes: el papel de la OIT”, en *Migraciones y Desarrollo*, Ob. Cit, pp. 127-136, PABÓN LÓPEZ, M.: “Perspectiva sobre situación precaria del trabajador indocumentado en los Estados Unidos y posibles soluciones en el Derecho Internacional Público”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 13, noviembre, Lex Nova, Valladolid, 2006, pp. 61-72, TERRÁREZ SALOM, D.: “La Inmigración Irregular en el contexto normativo del Consejo de Europa”, en *Derechos humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*, Ob. Cit. pp. 159-170, RODERA RANZ, S.: “La labor de la Organización de las Naciones Unidas en la protección internacional de los derechos humanos de los y las migrantes en situación irregular: de la Declaración Universal de Derechos Humanos a la Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios”, en *Derechos humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*, Ob. Cit, pp. 113-132,

literatura relativa a las migraciones, conviene aclarar que el concepto de acogida, según nuestra opinión, supone situación jurídica de regularidad o legalidad y voluntariedad del Estado para que la persona entre y permanezca en su territorio.

Así es puesto de manifiesto por la CDI pues se refiere de manera indistinta al Estado de acogida y de destino, incluso al Estado de empleo, pese a que la expresión Estado de acogida, la utiliza de manera un poco más preferente para referirse a los refugiados<sup>250</sup>.

En el desarrollo de esta tesis se hará referencia a Estado de destino durante el viaje y mientras la persona aún no haya ingresado al Estado, y Estado de acogida, receptor y de empleo cuando la persona haya pisado el territorio extranjero, pues tal y como se ha señalado, las precisiones que se harán más adelante se referirán a los extranjeros en sentido genérico, y el termino migrante, emigrante e inmigrante se abordará en su sentido restringido, es decir, quienes salen de sus Estados de origen para desarrollar una actividad laboral y tienen una motivación económica.

En cuanto al Estado de tránsito, el Convenio de la OIT No. 97 visibiliza dicha figura, sin entrar a definir que debe entenderse por tal, sin embargo precisa sobre la necesidad de que se faciliten ciertas condiciones en el Estado de tránsito para el transporte de migrantes (art.5). Por su parte el Convenio OIT No. 143 se refiere a los Estados de tránsito al consagrar: “Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio deberá tratar de determinar sistemáticamente si existen movimientos migratorios con fines de empleo provenientes o con destino a su territorio, o en tránsito por éste, en los cuales los migrantes (...)” (art. 2).

En el Convenio Europeo sobre el Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante es posible encontrar algunas alusiones al Estado de tránsito y a su importancia en el proceso migratorio. Dispone que: “En el caso de trabajadores migrantes y sus familias que se encuentren en tránsito en el territorio de una Parte Contratante camino del Estado de acogida o con motivo de su regreso al Estado de origen, la autoridad competente del Estado de tránsito deberá tomar las medidas necesarias para acelerar su viaje y evitar retrasos y dificultades administrativas” (art.7.2). La referencia al Estado de tránsito de este Convenio se hace en términos similares a los del Convenio 97 OIT, toda vez que busca la cooperación entre los Estados para la eficiente llegada de los migrantes a su destino final. Dispone además que: “Cada Parte Contratante concederá la exención de derechos y tasas a la importación en el momento de la entrada en el país de acogida, de la vuelta definitiva al Estado de origen, así como en el tránsito” (art. 7.3.).

Si bien en el Convenio Europeo motivo de estudio se reconoce la importancia del Estado de tránsito de manera más enfática que en las demás normas estudiadas, no existe un concepto concreto. De la misma manera como ocurre con muchas otras de las definiciones incluidas en este capítulo, el Estado de Tránsito es definido en la CTMF. Este instrumento dispone: “Por "Estado de tránsito" se entenderá cualquier Estado por el que pase el interesado en un viaje al Estado de empleo o del Estado de empleo al Estado de origen o al Estado de residencia habitual” (art.6.c).

---

<sup>250</sup> Ver Informe CDI, pár. 127, 134, 142, 351, 411, 462, 463. 382.1, 396,

Uno de los elementos principales que puede extraerse de esta norma es la temporalidad en el Estado de tránsito, sin embargo, debe resaltarse que en función de la finalidad que tiene la persona de acuerdo con los términos de la CTMF, es decir el desarrollo de una actividad laboral la persona, incluso en el Estado de tránsito, se considera trabajador migratorio; la importancia de este estatus le permite contar con la protección de la CTMF, pues dicho instrumento busca que las personas que realizan este proceso se encuentren amparadas por las normas durante todo el proceso migratorio, al prescribir que: “La presente Convención será aplicable durante todo el proceso de migración de los trabajadores migratorios y sus familiares, que comprende la preparación para la migración, la partida, el tránsito (...)” (art. 1.2).

Con ocasión de la norma prevista en el art. 1.2 de la CTMF se justifica la consagración de una serie de normas que precisan garantías durante esta etapa del proceso a favor del propio trabajador migratorio, como de los miembros de su familia. (Art. 17.3, 17.7, 33.1, 34, 67.1).

La CDI por su parte, al estudiar el tratamiento que es impartido a los extranjeros bajo las diferentes legislaciones de los Estados, aborda la noción de “presencia transitoria en el territorio de un Estado” y entiende que se puede “(...) autorizar a los extranjeros a ingresar en una zona determinada del territorio de un Estado con una finalidad específica, durante un tiempo limitado, sin que sean formalmente admitidos en él de conformidad con su legislación sobre inmigración”.<sup>251</sup> Aclara que las limitaciones a la presencia de los extranjeros en el territorio de un Estado difieren de acuerdo con los términos establecidos en sus leyes.

Con el propósito de concretar esta noción por parte de los países, la CDI pone de manifiesto que la presencia transitoria de un extranjero en el territorio de un Estado, que no es el de su nacionalidad se presenta en los casos de: “1) los pasajeros que permanecen en la zona de tránsito de un establecimiento desde donde operan los medios de transporte internacional por un breve período de tiempo, por ejemplo, un aeropuerto, antes de continuar hasta su destino final en otro Estado, y 2) la tripulación de buques y aeronaves que pasan por un aeropuerto o puerto marítimo en el territorio de otro Estado o por los alrededores de ese aeropuerto o puerto marítimo, o permanecen allí por un breve período de tiempo”<sup>252</sup>.

En el primero de los casos, de acuerdo con el estudio de las legislaciones realizado por la CDI, las personas no pasan por controles migratorios, razón por la cual se entiende que dichas personas no se encuentran formalmente admitidas en el territorio del Estado. En el segundo de los casos la práctica estatal muestra que “los miembros de la tripulación se encuentran sometidos por sus propios regímenes de viaje que tienen por finalidad facilitar su tránsito hacia países extranjeros.”<sup>253</sup>

La OIM al igual que como ocurre con otros conceptos, adopta la definición de Estado en tránsito proporcionada por la CTMF en su artículo 6.c<sup>254</sup>.

---

<sup>251</sup> Informe CDI, 2006, p. 45

<sup>252</sup> *Ibidem*, p. 46

<sup>253</sup> *Ibidem*, p. 47

<sup>254</sup> Organización Internacional para las Migraciones, *Glosario sobre migración*, Ob. Cit, p. 25



Sobre este concepto es pertinente reflexionar sobre la condición de trabajador migratorio de la persona durante su breve permanencia en el Estado de tránsito. El Convenio Europeo sobre el Estatuto Jurídico del Trabajador Migratorio se refiere a él para determinar el alcance de las obligaciones de un Estado durante el viaje del migrante (art. 7.2) y dispone que: “(...) el Estado de tránsito deberá tomar las medidas necesarias para acelerar su viaje y evitar retrasos y dificultades administrativas”.

La CTMF también regula lo relativo a la permanencia de los trabajadores en el Estado de tránsito en razón a que su campo de aplicación se extiende a todo el proceso migratorio y sus fases y una de ellas es el tránsito de las personas por un Estado (tal y como ya fue puesto de manifiesto) en el artículo 1.2. Lo mismo se constata en el Convenio No. 143 de la OIT al dirigir el propósito de su norma a la vigilancia y detección de trabajadores migratorios en situación jurídica de irregularidad que puedan hallarse en un Estado en tránsito (art. 2.1).

En la Observación General No. 1 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, no es posible identificar un significado de Estado en Tránsito, sin embargo dado que es uno de los términos empleados en la propia CTMF se resalta por parte de este Comité la gran importancia de estos países y la responsabilidad que tienen durante todo el proceso migratorio en lo que se refiere a la cooperación entre los Estados (de origen, de tránsito y de destino) en la adecuada contratación de los trabajadores migrantes (párs. 31-34).

## CAPÍTULO II

### PRINCIPIO DE DIGNIDAD

#### 1. La dignidad humana y los trabajadores migratorios y sus familias.

La dignidad de la persona humana se considera como uno de los principales pilares, a partir de los cuales tienen justificación todos los derechos consagrados en los instrumentos internacionales. El reconocimiento de este atributo de la persona permite que tengan razón de ser las diversas categorías de derechos y, así mismo, se establezcan sus mecanismos de protección. La alusión a la dignidad de la persona es un aspecto de reflexión casi obligatorio al hacer un análisis de los derechos humanos, pues como lo sostiene el profesor **Fernández de Casadevante Romani** al referirse al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, éste “(...) es aquel sector del ordenamiento internacional, compuesto por normas de naturaleza convencional, consuetudinaria e institucional que tienen por objeto la protección de los derechos y libertades fundamentales del ser humano, inherentes a su dignidad.”<sup>255</sup>

En sentido similar el profesor **Truyol y Serra** sostiene que “(...) decir que hay derechos humanos o derechos del hombre en el contexto histórico-espiritual que es el nuestro, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el mero hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta, consagrados y garantizados”.<sup>256</sup>

Es así como al entrar a estudiar los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, en especial el derecho al trabajo, el plantear la problemática de estudio desde la dignidad permite que se comprenda de mejor manera el alcance de los derechos de estas personas.

En este contexto, sin desconocer la importancia que la noción de dignidad humana ha tenido a lo largo de la historia del pensamiento desde diversas disciplinas como la filosofía del derecho o la antropología jurídica, en este Capítulo nos referiremos a la importancia de este concepto en lo que atañe en estricto sentido al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su aplicación a la realidad de los trabajadores migratorios y sus familiares.<sup>257</sup>

---

<sup>255</sup> FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C.: “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, (C. Fernández De Casadevante Romani, Coord.) Tercera Edición, Editorial Dilex S.L, Madrid, 2007, p. 65.

<sup>256</sup> TRUYOL Y SERRA, A.: *Los Derechos Humanos*, Tecnos, 1982, p. 11

<sup>257</sup> No pueden olvidarse los importantes aportes conceptuales que sobre la materia han realizado los profesores KANT, I.: *Fundamentación de la metafísica de las Costumbres*, Edición bilingüe, traducción de José Mardomingo, Ariel, Barcelona, 1996, R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, traducción de Martha Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, PÉREZ LUÑO, A.E. *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, Madrid, 2007, FERNÁNDEZ, E.: *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Madrid, 2002, PECES BARBA, G.: *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, Dykinson-Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, 2003, DE MIGUEL .B.I. “Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana”, en *Revista Anuario de Filosofía del Derecho*, volumen 21, Valencia, año 2004, DE

De acuerdo con lo anterior, al margen de la gran cantidad de definiciones que desde las otras disciplinas y escuelas de pensamiento se plantean, la dignidad humana es un principio de gran relevancia en relación con los derechos humanos, tanto es así, que constituye su propio presupuesto y sustento.

Así mismo, de acuerdo con el profesor **Carrillo Salcedo** “la obligación de los Estados de asegurar su respeto se desprende del propio reconocimiento de esta dignidad, proclamada en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos”.<sup>258</sup> La dignidad según **Lascaris** es concebida como “la cualidad de ser reconocido como persona.”<sup>259</sup>

La interpretación realizada por el profesor **Gros Espiell**, al hacer un estudio sobre la dignidad humana, ilustra también su relación con el reconocimiento de los derechos humanos. Afirma que: “(...) todos los derechos humanos en el mundo actual, pese a los diversos componentes políticos, filosóficos y religiosos, y a las diferentes tendencias culturales se fundamentan en un imperativo universalista, en la dignidad humana.”<sup>260</sup>

En este orden de ideas y siguiendo los planteamientos del profesor **Gros Espiell**, “todos los derechos humanos invocan una naturaleza común derivada de la necesidad del respeto integral de la dignidad humana”,<sup>261</sup> lo que significa, de acuerdo con el profesor **Carrillo Salcedo**,<sup>262</sup> una transformación del orden internacional “(...) en la medida en que, junto al clásico principio de la soberanía de los Estados, ha aparecido otro principio constitucional del orden internacional contemporáneo: *el de la dignidad intrínseca de todo ser humano*”<sup>263</sup>. Dicho reconocimiento según el juez **De Visscher** constituye “(...) la

---

KONINCK, T.: *De la dignidad humana*, Dykinson -Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, 2006, PELE, A. “Una aproximación al concepto de dignidad humana”, en *Universitas: Revista de Filosofía política y derecho*, No. 1, 2004-2005, Madrid, disponible en <http://universitas.idhbc.es/numeros.htm>, HERVADA, J.: “Los derechos inherentes a la dignidad de la persona”, en *Revista Humana Iura: suplemento de derechos humanos*, No. 1, Madrid, 1991, SPAEMANN, R.: “Sobre el concepto de dignidad humana, en *Revista persona y derecho: fundamentación de las instituciones jurídicas y derechos humanos*, No. 19, Navarra, 1998, AVISHAI, M.: *La sociedad decente*, Paidós, Barcelona, 1997, entre otros importantes autores.

<sup>258</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A.: *Dignidad frente a la barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Mínima Trotta, Madrid, 1999, p. 15.

<sup>259</sup> LASCARIS, C.: “El comportamiento fraternal en la Declaración”, en *Asociación Costarricense pro Naciones Unidas: La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Comentarios y texto*. Ediciones Juricentro, San José de Costa Rica, 1979, p. 205

<sup>260</sup> GROS ESPIELL, H.: “La dignidad en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos Nueva Época*, Universidad Complutense de Madrid, Vol. 4, 2003, Madrid, pp. 193-223, p. 197

<sup>261</sup> GROS ESPIELL, H.: “Derechos Humanos, Derecho Internacional y Política Internacional”, en *Estudios de Derechos Humanos I*, Caracas, 1985, p. 11

<sup>262</sup> El profesor Carrillo expone esta idea también en una obra colectiva con el artículo “Influencia de los derechos humanos en la consolidación de los principios generales del derecho internacional”, en *El Derecho Internacional: normas, hechos y valores, Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Servicio de publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2005, p. 76. Esto también es sostenido por la profesora MÁRQUEZ CARRASCO, C.: *Logros y desafíos en el 60 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2008, p. 22.

<sup>263</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A. *Dignidad frente a la barbarie*, Ob. Cit. p. 16

obligación de los Estados de hacer de dicho interés humano un principio de cooperación más concreto, más directamente accesible a la idea general de justicia (...).<sup>264</sup>

## 2. **Ámbito universal.**

### 2.1. **Consagración internacional de la dignidad humana: la Carta de las Naciones Unidas.**

Teniendo presente la disciplina de estudio que enmarca este trabajo, y con el objeto de visibilizar la presencia de la dignidad humana en los diversos instrumentos internacionales, se debe tomar como punto de partida la Carta de las Naciones de 1945<sup>265</sup> (en adelante Carta de la ONU), según la cual, en su preámbulo, resalta la importancia del respeto por los derechos y la dignidad de la persona humana, al afirmar expresamente que: “Nosotros los pueblos de las naciones unidas resueltos a (...) reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres de las naciones grandes y pequeñas” (...) (pár.2), deciden conformar una Organización internacional, que entre otros propósitos promoverá el respeto por este relevante principio.

Como se puede deducir de este enunciado, contenido en el preámbulo, existe una relación inescindible entre la dignidad humana, valor mismo de la persona humana y, por supuesto, el principio de igualdad y no discriminación, como se pondrá de manifiesto en el Capítulo siguiente.<sup>266</sup>

Lo dispuesto en la Carta de la ONU (en el preámbulo antes referenciado) en relación con el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, y en cuanto a la titularidad de los derechos de las personas constituyó, según sostiene el profesor **Carrillo Salcedo**, “una profunda innovación de gran relevancia política y jurídica (...)”<sup>267</sup> que a su vez, es evidencia del “proceso de humanización de la sociedad internacional como consecuencia de la internacionalización de los derechos humanos”.<sup>268</sup>

Siguiendo lo sostenido por la profesora **Salado Osuna** “El fundamento del derecho Internacional de los Derechos Humanos como sector del ordenamiento jurídico internacional está en la dignidad del ser humano proclamada en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas (...)”<sup>269</sup>, lo que de acuerdo con la autora, queda confirmado en la Declaración y Programa de Acción de Viena, pues allí se reconoce expresamente “(...) que

---

<sup>264</sup> DE VISSCHER. C.: *Teorías y realidades en Derecho Internacional*, trad. P. Sancho, Bosch, Barcelona, 1962, p.135.

<sup>265</sup> Firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945, entrada en vigor el 24 de octubre de 1945.

<sup>266</sup> Parte dedicada al principio de igualdad y no discriminación.

<sup>267</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A.: *Dignidad frente a la barbarie*, Ob. Cit. p. 19

<sup>268</sup> SALADO OSUNA, A.: “La contribución de las Naciones Unidas a la Humanización del Derecho Internacional”, en *La ONU, 50 años después*, (P.A. Fernández Sánchez. Coord.) Comité Nacional Español para el cincuentenario de las Naciones Unidas, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1998, p. 131

<sup>269</sup> SALADO OSUNA, A.: *Textos básicos de Naciones Unidas: relativos a derechos humanos y estudio preliminar*, 2ª edición, Secretariado de Publicaciones Universidad de Sevilla, Sevilla, 2004, p. 25

todos los derechos humanos tienen su origen en la dignidad y el valor de la persona humana, y que ésta es el sujeto central de los derechos humanos y las libertades fundamentales, por lo que debe ser el principal beneficiario de esos derechos y libertades, y debe participar activamente en su realización”.<sup>270</sup>

La profesora **Salado Osuna** también ha sostenido que aunque “la Carta es bastante sucinta en lo que a los derechos humanos respecta, hay que reconocer que introdujo una verdadera innovación en Derecho Internacional ya que a partir de la misma, el ser humano, en sí mismo considerado, es objeto de protección por el ordenamiento jurídico”.<sup>271</sup>

Por su parte, los profesores **Gómez Isa y Oraá**, afirman que la Carta de la ONU “junto con el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, desarrolla otra idea-fuerza resultante del preámbulo, y que ésta es el respeto a los derechos humanos”.<sup>272</sup> Lo anterior se confirma con lo previamente sostenido por la profesora **Salado Osuna** al expresar que “la cuestión relativa a los derechos humanos se configura como un factor estabilizador de paz”.<sup>273</sup>

De acuerdo con ello, consideramos que esto evidencia el gran interés de la Carta de la ONU por otorgar la misma entidad, o mejor, la misma importancia a la relación pacífica entre los Estados y al respeto de la dignidad de todas las personas, propósito a lograr únicamente a partir de un compromiso serio frente a la protección de los derechos humanos.

Es así como, gracias a la importancia que la Carta de la ONU da a la dignidad humana, que en palabras del profesor **Carrillo Salcedo** representa una “(...) innovación, pues “las expresiones “*derechos fundamentales del hombre*, derechos humanos y *dignidad de la persona humana*” aparecen reiteradamente en el texto constitutivo de la Organización de las Naciones Unidas”<sup>274</sup>, a lo que anotamos que esto constituye un gran aporte al Derecho Internacional.

Así mismo, el profesor **Carrillo Salcedo** señala que: “A partir de la proclamación de la dignidad intrínseca de todo ser humano en la Carta de las Naciones Unidas, por tanto, los derechos humanos sobrepasan la limitación inherente al Derecho Internacional tradicional, en el que la protección de la persona no podía llevarse a cabo más que a través de los Estados, ya que aquél era ante todo un Derecho interestatal, concebido *por y para* los Estados”.<sup>275</sup>

---

<sup>270</sup> Organización de las Naciones Unidas, *Declaración y Programa de Acción de Viena*, Doc. A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993, preámbulo, pár. 2

<sup>271</sup> SALADO OSUNA, A.: *Textos básicos de Naciones Unidas: relativos a derechos humanos y estudio preliminar*, Ob. Cit. p. 27

<sup>272</sup> ORAÁ, J, GÓMEZ ISA, F.: *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, Publicaciones Deusto, Bilbao, 2008, p. 35.

<sup>273</sup> SALADO OSUNA, A.: *Textos básicos de Naciones Unidas: relativos a derechos humanos y estudio preliminar*, Ob.Cit.p.26

<sup>274</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A. *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, segunda edición, Tecnos, Madrid, 2001, p. 32

<sup>275</sup> *Ibidem*, p. 35.

Como sostiene el profesor **Dupuy**, “(...) la evolución experimentada por el Derecho Internacional tras la proclamación de la dignidad de la persona en la Carta de las Naciones Unidas ha traído consigo un retroceso espectacular de la competencia exclusiva de los Estados, y por tanto de su soberanía, en la medida en que el reconocimiento internacional de los derechos humanos ha sometido a los Estados a cumplir obligaciones internacionales que condicionan el ejercicio de su soberanía territorial, a pesar del carácter exclusivo de esta última.”<sup>276</sup>

Es evidente que la proclamación de la dignidad en la Carta de la ONU ha constituido el punto de partida de un nuevo estándar de respeto y reconocimiento a los derechos humanos, y un sector muy amplio de la doctrina así lo ha puesto de manifiesto (tal y como se ha señalado). Ha significado también un avance hacia el empleo de un lenguaje cada día más común que ha influido en las modificaciones de los ordenamientos internos de los Estados y propende de manera permanente porque se asuma una postura consecuente con las obligaciones que los Estados asumen en virtud de los tratados internacionales de derechos humanos y de las normas de Derecho Internacional General.

Antes de entrar a estudiar la referencia a la dignidad humana contenida en la DUDH, bien merece la pena tener presente la referencia que la Constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) hace a la dignidad de la persona. Este instrumento fundacional anota en su preámbulo que “La grande y terrible guerra que acaba de terminar no hubiera sido posible sin la negación de los principios democráticos de la dignidad, la igualdad y el respeto mutuo de los hombres, y sin la voluntad de sustituir tales principios, explotando los prejuicios y la ignorancia por el dogma de la desigualdad de los hombres y de las razas”.<sup>277</sup> En su lugar el párrafo 4 del mismo preámbulo reitera el planteamiento al consagrar que “la amplia difusión de la cultura y la educación de la humanidad para la justicia, la libertad y la paz, son pues indispensables a la dignidad del hombre” (pár.4).

De tal forma, la dignidad de la persona humana es un elemento característico de los instrumentos que promueven la promoción y la protección de los derechos humanos, y que parte de la DUDH, sin olvidar la existencia de valiosas referencias en instrumentos previos, como la Carta de la ONU, tratado constitutivo de la UNESCO, entre otros,<sup>278</sup> y tratados posteriores, como se pondrá de manifiesto en este trabajo de investigación.

## **2.2. La proclamación de derechos humanos fundamentados en la dignidad humana: la Declaración Universal de Derechos Humanos**

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948<sup>279</sup> (en adelante DUDH), como lo señala la profesora **Salado Osuna**, da inicio al “desarrollo normativo a favor de

---

<sup>276</sup> DUPUY, P.M.: *Droit International Public*, 4 ed., Dalloz-Sirey, Paris, 2006, pp.161 y162

<sup>277</sup> Aprobada en Londres el día 16 de noviembre de 1945, y modificada por la Conferencia General en sus reuniones 2ª, 3ª, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª... 31ª, pár. 4.

<sup>278</sup> Puede tenerse presente también la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, así como la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo OIT.

<sup>279</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

los derechos humanos en Naciones Unidas”<sup>280</sup>, pues es “el punto de partida” de todas las demás normas internacionales en esta materia, que va a entrar a constituir lo que según el profesor **Nikken**, es el “establecimiento de un conjunto de reglas e instituciones de Derecho Internacional con fisonomía propia y novedosa, y con un propósito definido, que se vincula con el interés del ser humano más que con el de los Estados, y con un ámbito expansivo”.<sup>281</sup>

Así la DUDH se encarga de desarrollar los propósitos de la Carta de la ONU al proclamar que la dignidad de la persona humana ha de ser uno de los principios rectores e irradiadores de los derechos. Su preámbulo precisa que “Considerando que la libertad, la justicia, y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana (...)” (pár.1), se proclama la mencionada Declaración.

Sobre este punto vale recordar a **Maritain**, quien considera que: “la Declaración Universal de los Derechos Humanos se apoya en cinco grandes valores: *la dignidad de la persona, la libertad, la igualdad y no discriminación, la solidaridad y la justicia social, y, finalmente la paz*, que no puede ser otro que el respecto efectivo de los derechos fundamentales de todo ser humano”.<sup>282</sup>

La consagración de este principio-valor en el preámbulo, antecediendo a todos los derechos proclamados, en nuestra opinión, permite que el mismo se pueda concebir como un marco general a partir del cual se deben promover, proteger y garantizar todos los derechos humanos, y a su vez permite inferir que éstos justifiquen su existencia, razón de ser y reconocimiento a partir de la dignidad humana.

Como lo sostiene el profesor **Gross Espiell**, “la Declaración Universal pretendió presentar una concepción universal, un ideal común de la humanidad entera, de los derechos humanos, elevándose en un mundo dividido, sobre las distintas ideologías y los opuestos criterios sobre su origen y naturaleza, dando como fundamento común de estos derechos y libertades la dignidad humana”.<sup>283</sup>

Coincidente con esta posición se encuentra **Marteson**, quien afirma que el preámbulo de la DUDH “señala inequívocamente que el fundamento de la libertad, la justicia y la paz, es el reconocimiento de la dignidad inherente a la persona humana, y a la igualdad de todos los miembros de la familia humana.”<sup>284</sup> En este mismo sentido, los profesores **Oraá y Gómez**

---

<sup>280</sup> SALADO OSUNA, A.: “La protección internacional de los derechos humanos”, en *Diccionario Crítico de los Derechos Humanos*, (R. Soriano Díaz, Dir.), Universidad Internacional de Andalucía, 2000, p. 214.

<sup>281</sup> NIKKEN, P.: *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Civitas, Madrid, 1987, p. 19.

<sup>282</sup> MARITAIN, J.: “Les droits fondamentaux de l’homme, base d’une restauration du droit international”, en *Annuaire de l’Institut de Droit International*, 1947, p.259

<sup>283</sup> GROS ESPIELL, H.: *Estudios sobre derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Civitas, Madrid, 1988, p. 30

<sup>284</sup> MARTESON, J.: “The preamble of the Universal Declaration of Human Rights and the United Nations Human Rights Programme”, en *The Universal Declaration of Human Rights: a commentary* (A. Eide, G. Alfredsson, A.Rosas. Eds.) Scandinavian University Press, Oslo, 1992, p. 19.

**Isa** sostiene que “el fundamento de los derechos humanos consagrados en la Declaración no va a ser otro que la *dignidad de la persona humana*.”<sup>285</sup> Sobre este mismo aspecto, el profesor **Blázquez** considera que “toda la Declaración se basa en el principio filosófico jurídico de la dignidad de la persona humana de allí se derivan los postulados de la libertad, la igualdad y la fraternidad.”<sup>286</sup>

El profesor **Truyol** con el propósito de resaltar la importancia de la DUDH, y sus principios inspiradores para la consagración de los derechos ha afirmado: “La Declaración es indudablemente la expresión de la conciencia jurídica de la humanidad, representada en la ONU y, como tal, fuente de un Derecho Superior, un *higher law*, cuyos principios no pueden desconocer sus miembros”.<sup>287</sup> Esta afirmación nos permite sostener que naturalmente la dignidad hace parte de dicho derecho superior o de ese gran derecho, y que la protección de la persona a través de este principio se materializa en todos los derechos consagrados en los diversos instrumentos de derechos humanos.

El profesor **Carrillo Salcedo**, por su parte, bajo la misma tendencia del profesor **Truyol** sostiene que tanto la “Carta como la Declaración son en definitiva expresiones jurídicas positivas y jurídicamente obligatorias de un principio generalmente aceptado en el Derecho Internacional contemporáneo: *el de la dignidad de la persona humana*”.<sup>288</sup>

El profesor **Cançado Trindade** al referirse a la dignidad de la persona afirma que “Con la elaboración y adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se fija una premisa básica consistente de que los derechos proclamados eran claramente concebidos como inherentes a la persona humana, a todos los seres humanos (por tanto anteriores a cualquier forma de organización política o social)”.<sup>289</sup>

Las afirmaciones de todos estos representantes de la doctrina ilustran la importancia de la dignidad de la persona humana y el papel central a lo largo, no sólo del catálogo de derechos contenido en la propia DUDH, sino en los posteriores instrumentos internacionales, pues como lo señala **Boutros-Ghali** “La Declaración Universal de 1948 abre efectivamente el camino para la adopción de sucesivos tratados e instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, y constituye la base regular y permanente tanto en el plano global, como en el regional”.<sup>290</sup>

---

<sup>285</sup> ORAÁ, J, GÓMEZ ISA, F.: *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, Ob. Cit, p. 53.

<sup>286</sup> BLÁZQUEZ, N.: “El recurso a la dignidad humana en la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas”, en *Dignidad de la Persona y Derechos Humanos*, Instituto Pontificio de Filosofía, Madrid, 1982, p. 110.

<sup>287</sup> TRUYOL, A y SERRA.: *Los derechos humanos*, Ob. Cit. p.17

<sup>288</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A.: “Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, (M. Pérez González, L. I. Sánchez Rodríguez, J.C. Fernández Rozas, O. Casanovas, V. Abellán. Compiladora - Organizadora), Tecnos, Madrid, 1993, p. 178.

<sup>289</sup> CANÇADO TRINDADE, A.A.: “O legado da Declaração Universal de 1948 e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos”, en *O Direito Internacional em um mundo em transformação (ensaios, 1976-2001)*, Renovar, Rio de Janeiro, 2002, p. 630

<sup>290</sup> BOUTROS-GHALLI, B.: “Introduction”, en *Les Nations Unies et les droits de l’homme 1945-1999*, Naciones Unidas, Nueva York, p. 3



Además, hay que tener presente que la DUDH reconoce la importancia de la dignidad humana, dentro del cuerpo de su articulado. El artículo 1 dispone: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Lo anterior, nos permite deducir que la dignidad de la persona y la igualdad pueden considerarse como principios que se complementan, tal y como pondremos de manifiesto en el Capítulo siguiente en el que estudiamos el principio de igualdad y el principio de no discriminación, siendo en nuestra opinión, el principio de dignidad el epicentro para la correcta edificación de otros principios.

No se agotan en la DUDH las alusiones a la dignidad de la persona humana, toda vez que son varias las disposiciones que aluden al mismo. A tales efectos cabe citar el artículo 22 (derecho a la seguridad social y a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales)<sup>291</sup>. Dicho artículo ha sido catalogado por algunos autores como la consagración más importante contenida en la DUDH en lo que se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales, en razón a que el mismo “sirve de base y marca las directrices generales de todos los derechos consignados en este capítulo”.<sup>292</sup> Así, el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, como parte también esencial de la dignidad de la persona, evidencia la integralidad de todos los derechos.

Por su parte, el artículo 23 de la DUDH, al referirse al derecho al trabajo resalta la importancia de la dignidad al preceptuar que “toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana”.<sup>293</sup> En este contexto, como sostienen los profesores **Oraá y Gómez Isa**, el reconocimiento de la dignidad humana a partir del disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales antes señalados, implica que la dignidad “va a depender tanto de los derechos civiles y políticos, como de los económicos, sociales y culturales (...), lo que evidencia una afirmación clara y rotunda de la indivisibilidad e interdependencia del conjunto de los derechos humanos.”<sup>294</sup>

Finalmente, debe hacerse referencia al artículo 25 de la DUDH en cuanto al derecho al nivel de vida adecuado, toda vez que pese a que en la redacción textual del artículo no se refiera a la dignidad y a la importancia de la misma, como bien lo anota la profesora **Salado Osuna**, siguiendo al Comité de Derechos Humanos en la Observación General No. 14, éste derecho del artículo en mención “está interrelacionado con el derecho a una vida digna”.<sup>295</sup>

---

<sup>291</sup> “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y de los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad (cursiva fuera del texto) y al libre desarrollo de la personalidad”

<sup>292</sup> ORAÁ, J, GÓMEZ ISA, F.: *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, Ob. Cit, p. 89.

<sup>293</sup> Este aspecto concreto, relacionado con el derecho al trabajo, será abordado más adelante en los capítulos subsiguientes de esta tesis.

<sup>294</sup> ORAÁ, J, GÓMEZ ISA, F.: *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, Ob. Cit, p.54.

<sup>295</sup> SALADO OSUNA, A.: “Derechos económicos, sociales y culturales: derecho a un nivel de vida adecuado”, en *Los Derechos Humanos aquí y ahora: 60 años después de la Declaración Universal de*

Lo anterior se debe a que este derecho compromete otros que son esenciales para el bienestar de la persona.

Sobre la base de las referencias a los preámbulos de la Carta de la ONU y de la DUDH, así como a diversos artículos de esta última, nos permitimos considerar que dado que la dignidad humana representa el principio inspirador para hacer realidad el reconocimiento de los derechos, y ésta a su vez constituye un atributo de todas las personas sin que pueda mediar en ello algún tipo de discriminación, son los extranjeros y más concretamente los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias, también titulares de este principio inalienable y que por este motivo, en una primera lectura, se podría llegar a afirmar que deben y pueden disfrutar de todos los derechos reconocidos a cualquier persona. No obstante, otros instrumentos internacionales derivados de los dos citados permitirá que se realicen una serie de reflexiones sobre el alcance de los derechos de este grupo de personas a la luz de la dignidad humana y en el Capítulo siguiente, de los principios de igualdad y de no discriminación.

### **2.3. Consagración jurídica de los derechos de toda persona en virtud del principio de la dignidad humana.**

#### **2.3.1. Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos.**

Al igual que en la DUDH, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966 con “una aspiración de globalidad”<sup>296</sup>, como lo afirma el profesor **Carrillo Salcedo**, también reconocen de manera expresa la importancia de la dignidad de la persona humana.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>297</sup> (en adelante PIDCP) reproduciendo lo ya reconocido por la DUDH en su preámbulo, se refiere a la dignidad humana al proclamar que: “considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables” (pár.1), refuerza la consagración de este principio al prescribir que los derechos que reconocen “se derivan de la dignidad inherente a la persona humana” (pár.2).

Así mismo, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC)<sup>298</sup> al tener su preámbulo común con el PIDCP, consagra la misma referencia de éste a la dignidad humana. Lo anterior se debió, como lo señala la profesora **Salado Osuna**, porque la Asamblea General, tras aceptar que fueran dos pactos en lugar de uno, como estaba inicialmente proyectado, solicitó a la extinta Comisión de Derechos

---

*Derechos Humanos*, (A. Salado Osuna, Coord.), Federación de Asociaciones de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, Sevilla, 2008, p. 65

<sup>296</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A.: *Dignidad frente a la barbarie*, Ob.Cit, p. 80

<sup>297</sup> Adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A(XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976

<sup>298</sup> Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 3 de enero de 1976.

Humanos que “los dos pactos debían contener el mayor número posible de disposiciones similares, a fin de poner de relieve la unidad del fin perseguido y asegurar la efectividad y el respeto de los derechos humanos (...). De esta forma, los Pactos “Contienen el preámbulo y algunos artículos similares y comunes”.<sup>299</sup>

De lo establecido en los preámbulos de los dos Pactos de 1966 consideramos pertinente afirmar que al compartir el mismo sentido y propósitos se hace evidente la igual importancia de los catálogos de derechos consagrados en dichos tratados y de su compromiso con la materialización de la dignidad de la persona humana.

Sobre este aspecto resulta pertinente hacer notar lo sostenido por el profesor **Carrillo Salcedo**, quien al estudiar el desarrollo normativo posterior a la DUDH afirma que: “Los Pactos fueron una solución de compromiso entre las distintas concepciones de los Estados en materia de derechos humanos, esto es, entre las posiciones de los Estados occidentales, los del bloque socialista, y los no alineados”.<sup>300</sup>

Por otra parte, debe resaltarse que la importancia de la adopción de los Pactos (PIDCP y PIDESC) radica, según lo sostenido por la profesora **Salado Osuna**, en que: “Hasta 1966 no fueron adoptados tratados de derechos humanos de carácter general que diesen precisión jurídica a los derechos proclamados en la Declaración Universal”<sup>301</sup>. En nuestra opinión, lo anterior significa, que el valor de la dignidad de la persona humana se refuerza con la adopción de estos dos instrumentos y labra el camino para las posteriores consagraciones de dicho principio en los sucesivos tratados que la resaltan.

Vale la pena tener en cuenta que, si bien en los artículos de los Pactos de 1966 (PIDCP y PIDESC) no es posible encontrar un gran número de disposiciones que se refieran de manera expresa a la dignidad de la persona humana, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, han resaltado la importancia de dicho principio en diversas de sus Observaciones Generales, como se hará constar a continuación.

Pese a lo anterior, vale la pena tener en consideración que en el artículo 10 del PIDCP, relativo al derecho a la libertad personal, se hace referencia expresa a la dignidad humana, al consagrar que “Toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

En lo que se refiere a las Observaciones Generales, puede iniciarse con la Observación General No. 15<sup>302</sup> del Comité de Derechos Humanos que interpreta la situación y derechos de los extranjeros con arreglo al PIDCP, a partir de la interpretación del artículo 2 que consagra el principio general de igualdad y no discriminación

---

<sup>299</sup> SALADO OSUNA, A.: *Textos básicos de las Naciones Unidas relativos a derechos humanos y estudio preliminar*, Ob. Cit. 39

<sup>300</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A.: *Dignidad frente a la barbarie*, Ob. Cit, p. 81

<sup>301</sup> SALADO OSUNA, A.: *Textos básicos de las Naciones Unidas relativos a derechos humanos y estudio preliminar*, Ob. Cit, p. 37

<sup>302</sup> *Situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, Doc. HRI/GEN/1/Rev. 9(Vol. I), de 11 de abril de 1986

Al referirse a los derechos que los extranjeros pueden disfrutar en el territorio de un Estado, el Comité de Derechos Humanos en la Observación General No. 15 sostiene que “Si son privados de su libertad con arreglo a derecho, deben ser tratados con humanidad y el respeto a la dignidad inherente de su persona” (pár.7). Lo anterior, es evidencia de la importancia de tener presente que el principio de dignidad es un atributo que pertenece a todas las personas independientemente de su origen nacional.<sup>303</sup>

El Comité de Derechos Humanos al efectuar la interpretación del artículo 7 del PIDCP (relativo a la prohibición de tortura), la cual está contenida en la Observación General No. 20<sup>304</sup>, señala que una de la finalidad de dicho artículo es “proteger la dignidad y la integridad física y mental de la persona” (pár.2). En sentido muy similar, al interpretar el artículo 10 del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos afirma en la Observación General No. 21<sup>305</sup> que es necesario que los informes que presentan los Estados “indiquen las medidas concretas que adoptan los órganos estatales competentes con el fin de velar por la aplicación obligatoria de la legislación nacional referente al trato humano y al respeto debido a la dignidad de todos los seres humanos que hayan sido privados de libertad, conforme a lo dispuesto en el párrafo 1.” (pár.1). Lo anterior, por cuanto el artículo 10 hace una referencia expresa a la dignidad de la persona privada de libertad, a cuyos efectos el Comité de Derechos Humanos sostiene que: “el trato humano y el respeto a la dignidad de todas las personas privadas de la libertad constituye una norma básica de aplicación universal que no puede depender enteramente de los recursos materiales.” (párs, 1 y 3).

La apreciación del Comité de Derechos Humanos en su actividad interpretativa va más allá del tenor literal de la norma contenida en el artículo 10 del PIDCP, pues califica el principio de dignidad como una norma de aplicación universal a la que los Estados no pueden abstraerse. La importancia de la dignidad no acaba allí, pues el Comité la trae de nuevo a escena al afirmar que “el principio del trato humano y el respeto debido a la dignidad humana, enunciado en el párrafo 1º, constituye la base de las obligaciones más estrictas y precisas de los Estados en el campo de la justicia penal que establecen los párrafos 2 y 3 del artículo 10” (pár.4).

Así mismo, es importante tener en cuenta que el Comité de Derechos Humanos, en torno a la dignidad de la persona humana, ha llegado a considerar que no se trata solamente de un principio, sino también de un derecho. Así lo ha expresado en algunas Observaciones Finales formuladas a los Estados, al sostener que: “El Comité observa la vulnerable situación de las personas de edad internadas (...) que en algunos casos han tenido como

---

<sup>303</sup> Debe tenerse presente que en la mencionada Observación General, el Comité de Derechos Humanos realiza una serie de precisiones sobre el estatus y el tratamiento de los extranjeros a la luz del PIDCP, sin embargo, en este apartado solamente se hará referencia a la alusión expresa que se hace de la dignidad de estas personas.

<sup>304</sup> *Prohibición de la Tortura u otros tratos o penas inhumanos o degradantes*, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), de 10 de marzo de 1992.

<sup>305</sup> *Trato humano de las personas privadas de libertad*, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.) de 30 de julio de 1982. Debe precisarse que esta Observación General sustituye a la Observación General No. 9 del mismo Comité.

resultado un trato degradante de esas personas y la vulneración a su derecho a la dignidad humana (...)”<sup>306</sup>.

En nuestra opinión, la interpretación del Comité de Derechos Humanos resalta la importancia del principio de dignidad, que en ocasiones es entendido además como un derecho, y deja claro que para los Estados el respeto de la misma ha de ser uno de sus propósitos fundamentales a la hora de ejercer su potestad punitiva y que esta manifestación de poder a través de la legislación de represión deberá, en todo caso, ser consecuente con un tratamiento digno a favor de la persona humana.

El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, afirma la obligación de los Estados de tratar a los inmigrantes con dignidad<sup>307</sup>, lo que resulta aplicable a los migrantes que se encuentran en centros privados de la libertad.

Un aspecto vinculado a la detención es el registro corporal de las personas. En la Observación General No. 16<sup>308</sup> (sobre el derecho a la intimidad, art. 17 del PIDCP) el Comité de Derechos Humanos señala que: “Por lo que respecta al registro personal y corporal, deben tomarse medidas eficaces para garantizar que esos registros se lleven a cabo de manera compatible con la dignidad de la persona registrada” (pár.8).

En la Observación General No. 28<sup>309</sup>, al referirse a la igualdad de derechos entre los hombres y las mujeres (artículo 3 del PIDCP), el Comité de Derechos Humanos aborda la importancia de la dignidad a partir de la especial situación de vulnerabilidad en la que se pueden encontrar las mujeres embarazadas privadas de la libertad. En este sentido, el Comité afirma que: “las mujeres embarazadas que estén privadas de la libertad deben ser objeto de un trato humano y debe respetarse su dignidad inherente en todo momento, y en particular durante el alumbramiento y el cuidado de sus hijos recién nacidos” (pár.15).

En la Observación General No. 29<sup>310</sup>, relativa a la suspensión de obligaciones durante un estado de excepción (artículo 4 del PIDCP), del Comité de Derechos Humanos es posible hallar otra referencia expresa a la dignidad humana, muy vinculada con la anterior, relativa a las condiciones en que deben ser tratadas las personas privadas de su libertad.<sup>311</sup> De esta forma, en su interpretación del artículo 4, de acuerdo con el cual se realiza la suspensión de

---

<sup>306</sup> *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos. Alemania*, Doc. CCPR/CO/80/DEU, de 4 de mayo de 2004, pár. 17. Sobre este punto conviene consultar también: *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos. Estados Unidos de América*. Doc. CCPR/C/USA/CO/3, Rev.1 de 18 de diciembre de 2006, pár. 32, *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Zambia*, Doc. CCPR/C/ZMB/CO/3, de 9 de agosto de 2007, pár. 23, *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Japón*, Doc. CCPR/C/JPN/CO/5, de 18 de diciembre de 2008, pár. 22, *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Togo*, Doc. CCPR/C/TGO/CO/4, de 18 de abril de 2011, *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Jamaica*, Doc. CCPR/C/JAM/CO/3, de 17 de noviembre de 2001, pár. 23.

<sup>307</sup> *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante, Doc. A/62/218, 10 de agosto de 2007, pár. 14.

<sup>308</sup> *Derecho a la intimidad*, Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 8 de abril de 1988.

<sup>309</sup> *La igualdad de derechos entre hombres y mujeres*, Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, de 29 de marzo de 2000.

<sup>310</sup> *Estados de emergencia*, Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, de 31 de agosto de 2001.

<sup>311</sup> Nos referimos a la Observación General No. 21 del Comité de Derechos Humanos.

los derechos durante la vigencia de la declaratoria de circunstancias excepcionales, prevé que: “toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (pár.13.a).

La consagración expresa de la dignidad humana en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC)<sup>312</sup> es una de las evidencias de la universalidad e interdependencia de todos los derechos humanos, que se hace manifiesta desde el mismo momento en el que se proclama la DUDH, así como cuando se buscaba que las dos categorías de derechos estuvieran consagrados en un solo instrumento y que finalmente se hace de manera independiente<sup>313</sup>.

En el artículo 7 del PIDESC, si bien no se hace una alusión expresa a la dignidad de la persona humana, sí se referencia la necesidad de que este principio esté presente en lo que tiene que ver con el goce de las condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias. En este contexto prescribe que: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente pacto”.

En la Observación General No. 18<sup>314</sup>, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con el artículo 6 del PIDESC, aporta elementos importantes para la interpretación de las condiciones dignas de trabajo que deben gozar las personas. Afirma que: “El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de su artículo 6, trata el derecho al trabajo más extensamente que cualquier otro instrumento. El derecho al trabajo es esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente a la dignidad humana. Toda persona tiene derecho a trabajar para poder vivir con dignidad” (pár.1).

Adicionalmente, el Comité resalta otro elemento del derecho al trabajo y que redunda directamente en la dignidad de la persona al afirmar que la libertad de elección y aceptación del trabajo “(...) subraya el hecho de que el respeto a la persona y su dignidad se expresa a través de la libertad del individuo para elegir un trabajo, haciendo hincapié al tiempo en la importancia del trabajo para el desarrollo personal, así como para la integración social y económica” (pár.4).

Si bien, en la Observación General No. 18 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales brinda elementos para la comprensión del contenido de este derecho de manera genérica, en la Observación General No. 1 el Comité de Protección de los Derechos de

---

<sup>312</sup> Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 3 de enero de 1976.

<sup>313</sup> En este sentido, como lo sostiene el profesor Cançado Trindade, “la Universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos se encuentran expresadas en la Declaración Universal de 1948, proyectándose a numerosos y sucesivos tratados e instrumentos de protección en los planos global y regionales, así como en constituciones y legislaciones nacionales, y se reafirma en las dos Conferencias Mundiales de Derechos Humanos (Teherán, 1968, y Viena, 1993). Ver CANÇADO TRINDADE, A.A.: *Fundamentos Jurídicos dos Direitos Humanos*, Ed. Faculdade de Direito da UFMG, 1969, Belo Horizonte p. 30.

<sup>314</sup> *El derecho al Trabajo*, Doc. E/C.12/GC/18, de 6 de febrero de 2006

Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares aporta elementos específicos relacionados con los trabajadores migratorios, cuando aborda las condiciones de trabajo de los trabajadores domésticos, ya que ilustra y complementa lo sostenido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Pese a que no hace una referencia explícita a la dignidad de la persona humana, sí describe las precarias condiciones laborales que a menudo soportan los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias (párrs 11 al 14), lo que naturalmente permite concluir que estas condiciones son contrarias a dicho principio.

En los mismos términos que lo expresa el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, ya lo había hecho la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, al manifestar su preocupación por las condiciones laborales indignas en las que podían verse sometidas estas personas<sup>315</sup>. En otro de los informes, al referirse a una situación similar, califica estas condiciones contrarias a la dignidad de la persona al sostener que las condiciones actuales en las que se emplean muchos de los trabajadores migrantes “en general no son capaces de garantizar condiciones dignas de empleo y el respeto de los derechos fundamentales (...)”<sup>316</sup>.

En estrecha relación con las prestaciones derivadas del derecho al trabajo, en la Observación General No. 19<sup>317</sup>, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales define las bases interpretativas del derecho a la seguridad social (artículo 9 del PIDESC), y dentro de las mismas resalta el papel de la dignidad humana (pár.1)<sup>318</sup>, no solamente respecto a la posibilidad de tener acceso a las prestaciones derivadas de este derecho, sino en cuanto al nivel en que estas deben ser suministradas, de modo que sean suficientes para que la vida se desarrolle en condiciones dignas (pár.22).<sup>319</sup> El Comité no olvida las dificultades financieras que pueden llegar a presentarse al interior de los Estados para poder responder a estas necesidades de la sociedad, pero también los exhorta sobre la imperatividad y urgencia de que estas medidas se reconozcan y adopten por encontrarse estrechamente comprometidas con el principio de dignidad de la persona humana (pár.41).

320

---

<sup>315</sup> *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, Doc. E/CN.4/2000/82, 6 de enero de 2000, pár. 54

<sup>316</sup> *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, Doc. E/CN.4/2004/76/Add.2, 14 de enero 2004

<sup>317</sup> *Derecho a la seguridad social*, Doc. E/12/GC/19, de 4 de febrero de 2008

<sup>318</sup> “El derecho a la seguridad social es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto.”

<sup>319</sup> “Las prestaciones ya sean en efectivo o en especie, deben ser suficiente en importe y duración a fin de que todos puedan gozar de sus derechos a la protección y asistencia familiar, de unas condiciones de vida adecuadas y de acceso suficientes a la atención de salud, como se dispone en los artículos 10, 11 y 12 del Pacto. Además, los Estados Partes deben respetar plenamente el principio de la dignidad humana enunciado en el preámbulo del Pacto, y el principio de la no discriminación, a fin de evitar cualquier efecto adverso sobre el nivel de las prestaciones y la forma en que se conceden”.

<sup>320</sup> “El Comité reconoce que el ejercicio del derecho a la seguridad social conlleva importantes consecuencias financieras para los Estados Partes, pero observa que la importancia fundamental de la seguridad social para

Son numerosas las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que se refieren a la dignidad de la persona humana, no obstante, si bien todas y cada una de ellas tienen gran relevancia, no es objeto de este trabajo entrar a analizarlas en su integridad.

Como puede verse, los dos Pactos de 1966 en sus preámbulos, al igual que como ocurre con la DUDH, hacen referencia a la dignidad humana, otorgándole a la misma la categoría de principio rector a partir del cual se justifican y se desarrollan todos los derechos humanos contenidos en sus disposiciones subsiguientes. Por su parte, los Comités de cada uno de estos tratados, es decir el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reiteran la importancia de la dignidad si no en todas, en la mayoría de sus observaciones generales. De lo anterior, podemos afirmar una verdad evidente para la generalidad de la doctrina internacionalista que estudia el tema, y es el hecho de que la dignidad intrínseca de todo ser humano es la base fundamental, a través de la cual se conceptualizan todos los derechos humanos, da sustento a los mismos, y ha sido el eje central de la transformación de las persona en su relación con los Estados y con sus semejantes. Como sostiene el profesor **Carrillo Salcedo**, los derechos humanos “expresan y confirman las consecuencias éticas, políticas y jurídicas del principio constitucional que la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos introdujeron en orden internacional: el de la dignidad intrínseca de todo ser humano.”<sup>321</sup>

En sentido similar, el profesor **Bonet Pérez** sostiene que: “tras la segunda guerra mundial en el contexto del proceso de humanización del ordenamiento jurídico internacional, se inicia el desarrollo progresivo de las normas jurídicas destinadas a la protección internacional de los derechos humanos- el Derecho Internacional de los Derechos Humanos- (DIDH), bajo la inspiración de un valor social emergente como es el respeto a la dignidad humana.”<sup>322</sup>

Antes de entrar en el análisis de los tratados específicos, es pertinente mencionar que el Protocolo Facultativo del PIDCP<sup>323</sup> si bien no hace expresa la alusión a la dignidad de la persona humana, ésta bien puede inferirse de la invocación a los propósitos del PIDCP, los cuales a su vez están fundados en los principios de la Carta de la ONU y guardan conformidad con la DUDH, como ya se puso de presente (preámbulo, pár.1). En su lugar, el Segundo Protocolo Facultativo del PIDCP, destinado a abolir la pena de muerte<sup>324</sup> sí se pronuncia respecto a la dignidad humana en el texto del preámbulo al establecer: “(...) que la abolición de la pena de muerte contribuye a elevar la dignidad humana (...)” (pár. 1). De

---

la dignidad humana y el reconocimiento jurídico de este derecho por los Estados Partes supone que se le debe dar la prioridad adecuada en la legislación y en la política del Estado”.

<sup>321</sup> CARRILLO SALCEDO. J.A.: “Prólogo”, *Logros y desafíos en el 60 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, (C. Márquez Carrasco, Aut.), Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Bilbao, 2009, p. 15

<sup>322</sup> BONET, PÉREZ J.: “La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, en *Un mundo sin desarraigo: El derecho Internacional de las Migraciones*, (F. Mariño Menéndez, Coord.), Catarata, Madrid, 2006, p. 94

<sup>323</sup> Adoptado y abierto a la firma y ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, en vigor el 23 de marzo de 1976.

<sup>324</sup> Aprobado y proclamado por la Asamblea General en su resolución 44/128, de 15 de diciembre de 1989



lo anterior, inferimos que la dignidad humana se ve reafirmada en los tratados posteriores a los Pactos de 1966, como se apreciará en seguida.

### 2.3.2. Otros tratados específicos.

Así como los instrumentos que integran la Carta Internacional de Derechos Humanos realizan una referencia a la dignidad de la persona humana, y sus intérpretes autorizados retoman y dan alcance a la importancia de este principio para el disfrute de los derechos de las personas, los Convenios que se dedican a reconocer derechos concretos en favor de poblaciones vulnerables, o mejor aquellos que tienen un carácter específico, también desarrollan su propósito normativo a partir de la noción de dignidad humana.

Lo anterior no es extraño toda vez que, como lo señala la profesora **Salado Osuna**: “a partir de la Carta y de la Declaración Universal de Derechos Humanos el desarrollo normativo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha continuado en el seno de las Naciones Unidas” (...) con la adopción de convenciones sectoriales y de instrumentos no convencionales”.<sup>325</sup>

En el análisis que se presenta en este sub apartado se hará referencia a los tratados de carácter específico, los cuales están destinados a proteger un derecho humano o un grupo de personas en especial situación de vulnerabilidad. Si bien es cierto que la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (en adelante CTMF) hace parte de este grupo de tratados, la misma, debido a la central importancia que tiene en esta tesis, tendrá un acápite especial.

La Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial<sup>326</sup>(en adelante CEDR), hace referencia a la dignidad humana a partir de las palabras que recoge de la Carta de la ONU de 1945<sup>327</sup>.

---

<sup>325</sup> SALADO OSUNA, A.: *Textos básicos de Naciones Unidas*, Ob. Cit, p. 36

<sup>326</sup> Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, entrada en vigor el 4 de enero de 1969.

<sup>327</sup> Así indica expresamente la fórmula antes transcrita para el caso de los tratados que ya han sido abordados. “Considerando que la Carta de las Naciones Unidas está basada en los principios de dignidad y la igualdad inherentes a todos los seres humanos y que todos los Estados miembros se han comprometido a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para realizar uno de los propósitos de las Naciones Unidas, que es el de promover y estimular el respeto universal y efectivo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.” Sobre este aspecto conviene tener presente que la alusión a la dignidad efectuada en la CEDR también se remite a lo dispuesto en la DUDH, pues como lo sostiene el profesor **Fernández de Casadevante Romani**, la CEDR se “(...) basa -entre otros textos- en la Carta de las Naciones Unidas, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Proclamada mediante Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, No. 1904(XVIII), de 20 de noviembre de 1963). FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C.: “La Lucha contra la Discriminación Racial”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ob. Cit. p. 287. Por su parte en lo que atañe a la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial es catalogado por profesora **Márquez Carrasco**, como “su antecedente inmediato”. MÁRQUEZ CARRASCO, C.: *Logros y desafíos en el 60 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Ob. Cit. p. 45.

Si bien en el texto de la CERD no se hacen mayores alusiones a la dignidad de la persona humana, este principio es el marco general del tratado, pues no puede olvidarse que su propósito fundamental es la lucha contra la discriminación y, en su lugar, la promoción y protección del derecho a la igualdad, aspecto bastante vinculado a la dignidad, como se ha señalado en este capítulo y se apreciará de manera más detallada en el siguiente.

Lo anterior tiene su fundamento en varias Recomendaciones Generales emanadas del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en las que dicho órgano se refiere a la dignidad humana<sup>328</sup>, no obstante, se hará alusión a aquellas que se relacionan de manera directa con la situación de los extranjeros<sup>329</sup> o de los trabajadores migratorios. En la Recomendación General No. XXI<sup>330</sup> el Comité exhorta a los Estados y a sus gobiernos a “mostrar sensibilidad por los derechos de las personas pertenecientes a grupos étnicos, en particular a sus derechos a vivir con dignidad.

En la citada Recomendación General, el Comité realiza precisiones respecto de los miembros de minorías étnicas nacionales, es decir a personas nacionales del Estado, y

---

<sup>328</sup> Entre ellas la Recomendación General Recomendación General No. XXII *relativa al artículo 5 de la Convención y a los refugiados y las personas desplazadas*, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), de 27 de mayo de 2008, anota la importancia de que se garantice la dignidad de las personas que se encuentran en situación de desplazamiento. Así mismo, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General No. XXIII, *relativa a los derechos de los pueblos indígenas*, Doc. A/52/18 (SUPP), de 18 de agosto de 1997, pár. 4.b) invita a los Estados a que “garanticen que los miembros de los pueblos indígenas sean libres e iguales en dignidad y derechos.” En sentido similar el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General No. XXIX *relativa a la discriminación basada en ascendencia*, Doc. A/57/18(SUPP), de 1 de noviembre de 2002, pár. 1.a) recuerda a los Estados la necesidad de que se adopten “(...) medidas para individualizar a las comunidades cuya situación se basa en consideraciones de ascendencia y que sufren discriminación (...)”, de modo tal que se luche en contra de estas circunstancias que se catalogan por parte del Comité como “(...) una falta generalizada de respeto de su dignidad e igualdad como seres humanos.” Sobre este mismo punto la Recomendación General estima en el pár. w) que los Estados deben “Estudiar todos los casos en que en el idioma utilizado en los libros de texto se dé cabida a imágenes, referencias, nombres u opiniones estereotipadas u ofensivas respecto de las comunidades cuya condición se basa en consideraciones de ascendencia y reemplazarlos por imágenes, referencias, nombres y opiniones que transmitan el mensaje de la dignidad inherente a todos los seres humanos y de su igualdad en el disfrute de los derechos humanos”. La Recomendación General No. XXXI, *sobre discriminación la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de justicia penal*, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), de 27 de mayo de 2008, pár. D, 19, b) pues en ella se sugiere a los Estados que “Trate sin discriminación ni prejuicio a las víctimas de discriminación racial, respetando su dignidad y procurando en particular que las audiencias, los interrogatorios o los careos se realicen con la sensibilidad necesaria en materia de racismo”.

<sup>329</sup> *Relativa a la formación de los funcionarios encargados de la aplicación de la Ley en cuanto a la protección de los derechos humanos*. Doc. A/48/18, 42 periodo de sesiones de 1993, hace alusión a la dignidad humana en los siguientes términos, pár. 2. “(...) Dichos funcionarios deben recibir una formación intensiva para garantizar que, en el cumplimiento de sus deberes, respeten y protejan la dignidad humana y mantengan y defiendan los derechos humanos de todas las personas sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico”. Dicha Recomendación General ha sido reiterada también en algunas Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial como es el caso de las *Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, España*, Doc. CERD/C/64/CO/6, de 28 de abril de 2004, pár. 11.

<sup>330</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General No. XXI, *relativa al derecho a la libre determinación*, Doc. A/51/18, 48 periodo de sesiones, 1996.

orienta esta interpretación al acceso a los derechos civiles de dichas personas. Por otra parte, se refiere de manera general a que las personas puedan vivir con dignidad, lo que permite sostener que este derecho es aplicable a los extranjeros y a los trabajadores migratorios<sup>331</sup>.

Los aportes de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia<sup>332</sup>, y más exactamente de la Declaración de Durbán<sup>333</sup>, ilustran esta problemática, al afirmarse que: “(...) la xenofobia contra los no nacionales, en particular los migrantes, los refugiados y los solicitantes de asilo, constituye una de las principales fuentes del racismo contemporáneo, y que las violaciones de los derechos humanos cometidas contra los miembros de esos grupos se producen ampliamente en el contexto de prácticas discriminatorias, xenófobas y racistas” (pár.16). Dicha circunstancia, se relaciona de manera directa con la dignidad de las personas, y puede llegar a vincularse también con la pertenencia a un grupo étnico.<sup>334</sup>

En la Recomendación General No. XXX relativa a la discriminación contra los no ciudadanos (artículo 1.2 de la CERD), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial se refiere de manera meramente genérica a la dignidad de la persona, al invocar los términos de la Carta de ONU, de la Carta Internacional de Derechos Humanos y por supuesto de la CEDR. En ella, el Comité hace constar lo que puede entenderse como discriminación por origen nacional contra los no ciudadanos, y efectúa una serie de precisiones sobre la legitimidad de que los Estados establezcan distinciones de trato respecto de estas personas.

La importancia de la dignidad humana y su estrecha relación con el principio de igualdad y no discriminación se resalta en algunos de los informes presentados por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ante la Asamblea General de la ONU<sup>335</sup>, y que resumen a su vez las valoraciones y recomendaciones que efectúa el Comité en las Observaciones Finales formuladas a los Estados.<sup>336</sup>

---

<sup>331</sup> Esta situación es resaltada por la Relatora Especial Sobre los Derechos Humanos de los Migrantes quien al referirse en uno de sus informes sobre la especial situación de vulnerabilidad de los trabajadores migratorios y de sus familias, relaciona estos aspectos con la exclusión social que pueden sufrir por motivos de pertenencia a una etnia. Es así como recomienda “(...) documentar aquellos casos de migraciones masivas en cuyo origen están la discriminación, los conflictos raciales y étnicos”

<sup>332</sup> *Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia*, Doc. A/CONF. /189/12, de 25 de enero de 2002.

<sup>333</sup> Resolución de la Asamblea General 53/144, Doc. A/CONF/189/12, Reunida del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001.

<sup>334</sup> Como por ejemplo el párrafo 35 del preámbulo que reconoce que los Estados están resueltos “en una época en que la globalización y la tecnología han contribuido considerablemente a unir a los pueblos, a llevar a la práctica el concepto de una familia humana basada en la igualdad, la dignidad y la solidaridad y a hacer del siglo XXI un siglo de los derechos humanos, la erradicación del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia y la realización de una auténtica igualdad de oportunidades y de trato para todos los individuos y pueblos”.

<sup>335</sup> *Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*, Doc. SUPP. No. 18(A/48/18), New York, párs. 256, 282, 447.

<sup>336</sup> *Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Serbia*, Doc. CERD/C/SRB/CO/1, de 13 de abril de 2011, pár. 14, *Observaciones Finales del Comité para la Eliminación*

Sobre uno de los informes presentados por el Estado de Alemania, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha sostenido: “las autoridades de Alemania deberían considerar seriamente la posibilidad de promulgar una ley amplia y completa contra la discriminación. Con esa ley, las autoridades de Alemania reafirmarían claramente que la discriminación racial es absolutamente inaceptable y perjudicial para los derechos humanos y la dignidad humana.”<sup>337</sup>

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer<sup>338</sup> (en adelante CEDM) al igual que los demás instrumentos internacionales antes referidos hace alusión a la dignidad de la persona. Antes de entrar a analizar la referencia a este principio nos permitimos mencionar su antecedente más próximo, esto es, la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer<sup>339</sup>, en la cual se realiza una interesante referencia a la dignidad de la persona humana al disponer en el artículo 1 que “la discriminación contra la mujer, por cuanto niega o limita su igualdad de derechos con el hombre, es fundamentalmente injusta y constituye una ofensa a la dignidad humana”.

Por su parte, la CEDM también retoma las motivaciones de la Carta de la ONU<sup>340</sup> y de la DUDH<sup>341</sup> en el preámbulo, y en sentido similar a la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer recuerda que “la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y el respeto de la dignidad humana (...)” (pár.8).

Como puede apreciarse, esta primera consideración concreta de la dignidad en el caso de los derechos de la mujer se encuentra íntimamente vinculada al principio de igualdad y no discriminación, pues según el tratado las violaciones a este principio, es decir el trato discriminatorio, atentan contra la dignidad de la mujer.

Conviene resaltar que uno de los puntos centrales que respecto de la CEDM tiene relación directa con el objeto de esta tesis es el artículo 6, pues establece la obligación de los

---

*de la Discriminación Racial, Francia, Doc. CERD/C/FRA/CO/17-19, de 23 de septiembre de 2010, párr. 16, Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Panamá, Doc. CERD/C/PAN/CO/15-20, de 19 de mayo de 2010, párr. 11, Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Camboya, Doc. CERD/C/KHM/CO/8-13, de 1 de abril de 2010, párr. 11. Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, República Dominicana, Doc. CERD/C/DOM/CO/12, de 16 de mayo de 2008, párr. 13.*

<sup>337</sup> Asamblea General, *Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*, Doc. A/48/18 (SUPP), cuadragésimo octavo periodo de sesiones, Nueva York, 1994, párr. 447.

<sup>338</sup> Adoptada por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981.

<sup>339</sup> Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2236(XXII), de 7 de noviembre de 1967.

<sup>340</sup> El primer párrafo de la Convención establece: “Considerando que la Carta de las Naciones Unidas reafirma la fe en los derechos humano fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”.

<sup>341</sup> El segundo párrafo de la Convención establece. “Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos reafirma el principio de la no discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona puede invocar todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna y, por ende, sin distinción de sexo”.

Estados Partes de tomar “(...) medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer” y, como lo expresan **Mayordomo Rodrigo**<sup>342</sup>, **Rechea Alberola, Giménez Salinas Framis**<sup>343</sup>, **Sáinz-Cantero Caparrós**<sup>344</sup> y **Adam Muñoz**<sup>345</sup>, son conductas delictivas que afectan mayormente a las mujeres y trabajadoras migrantes.

Conviene tener presente la Recomendación General No. 19<sup>346</sup> relativa a la violencia contra la mujer, en la que el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) se refiere a las conductas que en la actualidad constituyen maltrato contra de la mujer.<sup>347</sup> Así, la trata de mujeres y las nuevas formas de explotación sexual, tales como el turismo sexual, la contratación de trabajadoras domésticas de países en desarrollo a países desarrollados, el matrimonio servil con extranjeros en países desarrollados, entre otras conductas, son prácticas que resultan ser “incompatibles con la igualdad de derechos y con el respeto a los derechos y a la dignidad de las mujeres, y las ponen en riesgo de sufrir violencia y malos tratos” (pár.14). En sentido similar, se ha manifestado también la Asamblea General en algunas de sus resoluciones al resaltar la violencia a la que son sometidas las mujeres, en particular las migrantes.<sup>348</sup>

Este tipo de conductas puede afectar de manera particular a las mujeres extranjeras o trabajadoras migrantes, y así lo resaltan tanto la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, como la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes.<sup>349</sup> La Comisión de Expertos plantea una preocupación relativa a la explotación de las mujeres migrantes y sostiene que la “(...) grave victimización de la mujer migrante por su misma condición de

---

<sup>342</sup> Ver MAYORDOMO RODRIGO, V.: *Violencia contra la mujer: un estudio de Derecho Comparado*, Dilex SL, Madrid, 2005, pp. 82-85.

<sup>343</sup> Ver RECHEA ALBEROLA, C., y GIMÉNEZ SALINAS FRAMIS, A.: “Una aproximación al tráfico de mujeres con fines de explotación sexual”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 2003, pp. 287-310.

<sup>344</sup> Ver SAINZ –CANTERO CAPARRÓS, J.E.: *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Atelier Penal, Barcelona, 2002, pp. 25-30.

<sup>345</sup> ADAM MUÑOZ, M.D.: “Inmigración y violencia doméstica”, en *Actualidad Penal*, no. 34, 2002, pp.86-100.

<sup>346</sup> *Violencia contra la mujer*, Doc. A/46/38, 11 periodo de sesiones, 1992.

<sup>347</sup> De acuerdo con lo previsto en la definición de discriminación contra la mujer consagrada en el artículo 1 de la CEDM, según el cual dentro de las formas de discriminación se consagra la violencia contra la mujer.

<sup>348</sup> Asamblea General, resolución *Violencia contra las trabajadoras migratorias*, Doc. A/RES/62/132, de 31 de enero de 2008, Asamblea General, resolución *Violencia contra las trabajadoras migratorias*, Doc. A/RES/60/139, de 7 de febrero de 2006, Asamblea General, resolución *Violencia contra las trabajadoras migratorias*, Doc. A/RES/58/143, de 10 de febrero de 2004, Asamblea General, resolución *Violencia contra las trabajadoras migratorias*, Doc. A/RES/54/138, de 10 de febrero de 2000, Asamblea General, resolución *Violencia contra las trabajadoras migratorias*, Doc. A/RES/52/97, de 6 de febrero de 1998, Asamblea General, resolución *Violencia contra las trabajadoras migratorias*, Doc. A/RES/50/168, de 16 de febrero de 1966, Asamblea General, resolución *Violencia contra las trabajadoras migratorias*, Doc. A/RES/49/155, de 7 de febrero de 1995.

<sup>349</sup> *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sra. Gabriela Pizarro, Doc. E/CN.4/2000/82 del 6 de enero de 2000, pár.56

extranjeras y su género, provocan una discriminación, muchas veces fundada en consideraciones culturales.”<sup>350</sup>

En la Recomendación General No. 21<sup>351</sup> el CEDAW, refiriéndose a la igualdad de la mujer en el matrimonio y en el desarrollo de las relaciones familiares<sup>352</sup>, resalta que “el derecho a elegir su cónyuge y la libertad de contraer matrimonio son esenciales en la vida de la mujer y para su dignidad e igualdad como ser humano” (pár.16). También resalta la aplicación del principio al señalar expresamente que “toda ley o costumbre que conceda al hombre el derecho a una mayor parte del patrimonio al extinguirse el matrimonio o el amancebamiento o al fallecer un pariente, es discriminatoria y tendrá graves repercusiones en la capacidad práctica de la mujer para divorciarse, para mantenerse, para sostener a su familia o para vivir dignamente como persona independiente” (pár.28).

Por otro lado, en la Recomendación General No. 24<sup>353</sup>, el CEDAW, en relación con el derecho a la salud (artículo 12 de la CEDM) sostiene que los Estados deberán adoptar medidas para la prestación de los servicios de salud, y que los mismos pueden ser considerados aceptables si “se garantiza el consentimiento previo de la mujer con el pleno conocimiento de causa, se respeta su dignidad, se garantiza su intimidad y se tienen en cuenta sus necesidades y perspectivas” (pár.22). El CEDAW también exhorta a los Estados para que impidan que se lleven a cabo medias de coerción, tales como la esterilización sin el consentimiento de la mujer, las pruebas obligatorias de enfermedades venéreas o de embarazo como condición para el empleo, “(...) que violan el derecho de la mujer a la dignidad y a dar su consentimiento con conocimiento de causa” (pár.22).

Es importante llamar la atención sobre la dimensión de la dignidad en esta última frase transcrita, pues la dignidad no es afirmada por el CEDAW como principio y finalidad a realizar a través del ejercicio de los derechos que son su vehículo, sino que de manera complementaria se le da el rango de derecho a la misma dignidad, por lo que podemos considerar que la naturaleza jurídica de la dignidad es doble, es decir principio y derecho, tal y como fue señalado cuando se hizo referencia al Comité de Derechos Humanos.

El CEDAW en sus Recomendaciones Generales ha contribuido al desarrollo progresivo de los principios de igualdad y de dignidad humana, ello por cuanto han interpretado el alcance de las disposiciones de la CEDM y ha reforzado el camino que ya había sido avanzado por otros instrumentos internacionales que reivindicaban dichos valores, como queda puesto de manifiesto en el párrafo 4 del preámbulo de este instrumento “Preocupados, sin embargo, al comprobar que a pesar de estos diversos instrumentos las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones”.

---

<sup>350</sup> *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Tercer informe de trabajadores migrantes. Conferencia Internacional del trabajo, Junio de 1999, pár. 367

<sup>351</sup> *Igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*. Doc. A 49/38, 13 periodo de sesiones, 1994.

<sup>352</sup> En la mencionada Recomendación General No. 21, el Comité para la Eliminación contra la Mujer interpreta los artículos 9, 15, 16, de la CEDM)

<sup>353</sup> *La mujer y la salud*, Doc. A/54/38/Rev. 1(SUPP), de 5 de febrero de 1999.

De otro lado, la realidad de la mujer migrante y su estatus de persona especialmente vulnerable han sido reconocidas también por la CEDM, invitando a los Estados Partes a concienciarse en la especial protección que requieren estas personas.

Por su parte, la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes<sup>354</sup> se refiere a la relación existente entre la prohibición absoluta y general de la tortura y la dignidad humana. Su artículo 2 dispone que: “Todo acto de tortura u otro trato o pena cruel inhumano o degradante constituye una ofensa a la *dignidad humana* y será considerado como *violación de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas* y de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración de Derechos Humanos”.

Posteriormente, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes<sup>355</sup> (en adelante CCT) en su parte considerativa reconoce que los “derechos emanan de la dignidad inherente de la persona” (preámbulo, pár.2). Sobre dicho tratado la doctrina ha efectuado importantes valoraciones.<sup>356</sup>

En este tratado la dignidad humana es apenas una evidencia del deseo universal de buscar erradicar estas prácticas y de propender que los Estados Parte acaten las obligaciones asumidas a favor de las personas sujetas a su jurisdicción en virtud de la CCT, o de las normas de imperativas de Derecho Internacional.<sup>357</sup>

Si bien, salvo lo que sostiene en su preámbulo, la CCT no hace ninguna otra referencia expresa a la dignidad de la persona humana, consideramos que este principio se puede inferir de varios de sus artículos que buscan de manera contundente luchar contra los actos que resultan ser constitutivos de tortura o de otros tratos calificados como inhumanos o degradantes.<sup>358</sup>

---

<sup>354</sup> Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, *Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, Doc. A/RES/3452(XXX), de 9 de diciembre de 1975.

<sup>355</sup> Adoptada por la Asamblea General en su resolución 36/46 de 10 de diciembre de 1984, entrada en vigor el 26 de junio de 1987

<sup>356</sup> Según el profesor **Mariño Menéndez**, este instrumento “(...) constituye un hito esencial en la lucha de la Comunidad Internacional y del Derecho Internacional contra tales actos criminales,” pues sanciona una conducta que se encuentra en la actualidad proscrita y condenada por el Derecho Internacional. MARIÑO MENÉNDEZ, F.: “La Convención contra la Tortura”, en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, (F. Gómez Isa, Dir.) Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, p. 243

Por su parte, la profesora **Salado Osuna** señala: “De ahí que en Derecho Internacional tales prohibiciones tengan una doble dimensión normativa: una norma de Derecho Internacional general (obliga a todos los Estados al margen de cualquier vínculo Convencional) y norma convencional (obliga a aquellos Estados que están vinculados por el tratado de derechos humanos que contenga tal prohibición). SALADO OSUNA, A.: “Los tratos prohibidos en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, (J. García Roca y P. Santolaya. Coords.) Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Segunda Edición, Madrid, 2009, p. 108

<sup>357</sup> Ver, RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.: *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, 5 Edición, Madrid, 2004, pp. 62 y 63, y VILLÁN DURÁN, C.: *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Trotta, 2006, p. 90.

<sup>358</sup> Para comprobar esto pueden leerse los artículos 1, 3, 10, entre otros

Al respecto, el Comité contra la Tortura al interpretar las obligaciones asumidas por los Estados en virtud de la prohibición absoluta de tortura, en la Observación General No. 2<sup>359</sup> señala que: “Las obligaciones de prevenir la tortura u otros tratos o penas inhumanos o degradantes previstos en el párrafo 1 del artículo 16 son indivisibles, interdependientes y están relacionados entre sí” (pár.3).

Lo anterior parece quedar confirmado por el profesor **Mariño Menéndez** pues el mismo, sostiene que “en su preámbulo la CCT determina que su objeto y fin es hacer más eficaz la lucha contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en todo el mundo.”<sup>360</sup> De esta apreciación es posible inferir que los tratos inhumanos, por ir en contra de la persona humana, atentan contra su dignidad.

Para referirse a los aspectos que desde la CCT se relacionan en estricto sentido con la situación de los extranjeros o de los trabajadores migrantes, y que a su vez comprometen su dignidad, en la CCT se debe tener presente la obligación asumida por los Estados Partes en el artículo 3 que prohíbe la expulsión, devolución o extradición de una persona a otros Estados cuando haya razones fundadas para creer que estará en peligro de ser sometida a tortura.<sup>361</sup> Sobre este punto en concreto, por ser de gran importancia para la tesis, se hará referencia más profunda en el capítulo V.

Estimamos que no es arbitrario llegar a afirmar que la Convención contra la Tortura, aunque no lo haga expreso, tiene como objetivo final la defensa de la dignidad de la persona humana dado que, como ya se ha dicho en este capítulo y se retomará en el análisis que se hará al principio de igualdad y no discriminación (en el capítulo siguiente), estos dos pilares (dignidad humana e igualdad y no discriminación) se encuentran estrechamente vinculados.

La Declaración de los Derechos del Niño<sup>362</sup> se refiere en su preámbulo (pár. 1) a la dignidad humana al remitirse a los propósitos de la Carta de la ONU. Así mismo, lo reitera en el principio 2 al establecer que: “El niño gozará de una protección especial (...) así como en condiciones de libertad y dignidad (...)”.

Las alusiones a la dignidad humana también pueden apreciarse en la Convención sobre Derechos del Niño<sup>363</sup> (en adelante CDN), la cual se remite tanto a la Carta de la ONU como a la DUDH y a la Declaración de los Derechos del Niño (preámbulo, pár. 9). La relevancia

---

<sup>359</sup> *Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*, Doc. HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol. II), de 27 de mayo de 2008.

<sup>360</sup> MARIÑO MENÉNDEZ.F.: “La Convención contra la Tortura”, en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Ob. Cit, p. 246

<sup>361</sup> Art. 3. 1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.  
2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos”.

<sup>362</sup> Asamblea General, resolución 1386(XIV), 14, Doc. A/4354, de 20 de noviembre de 1959.

<sup>363</sup> Adoptada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990



de este tratado, como lo sostiene el profesor **Soroeta Liceras** “(...) constituyó el hito más importante de la progresiva protección del niño en el ordenamiento internacional (...)”<sup>364</sup>.

Referencias a la dignidad humana se formulan de la misma forma como se hace en los demás tratados internacionales de protección a los derechos humanos (como ya ha sido puesto de presente), es decir, por remisión a la Carta de la ONU y a la DUDH.<sup>365</sup>

La CDN consagra una serie de valores inspiradores que justifican y enmarcan el reconocimiento y ejercicio de los derechos de los niños y, dentro de ellos, se da expreso reconocimiento a la dignidad humana. Así proclama el preámbulo: “Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.”<sup>366</sup>

En su articulado la CDN confirma el valor de la dignidad al hacer una referencia expresa a las condiciones de los menores de edad con algún tipo de impedimento físico o mental, pues prevé que estos niños “deberán disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, les permitan llegar a bastarse a sí mismos y se faciliten la participación activa del niño en la comunidad” (art. 23.1). También se fundamentan en la dignidad los derechos reconocidos en los artículos 28.2 (en relación con la disciplina escolar)<sup>367</sup>, 37.c (respecto de los niños privados de libertad)<sup>368</sup>, 39 (cuando un niño haya

---

<sup>364</sup> SOROETA LICERAS, J.: “Los derechos del niño”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ob. Cit. p. 416. En este sentido conviene tener en cuenta lo sostenido por la profesora **Salado Osuna**, quien expresa “(...) hay que reconocer que la CDN constituye un paso importante en el proceso de evolución que se ha operado en las Naciones Unidas a favor de los derechos de los menores” SALADO OSUNA, A.: “La Convención sobre los derechos del niño. Las obligaciones asumidas por los Estados Partes”, en *Los derechos de la infancia y de la adolescencia*. (M. Calvo Ortega y N. Fernández Sola, Coords.) Mira editores, Zaragoza, 2000, p. 22. Dicha circunstancia ha originado que a este instrumento se le considere como “la carta magna de los derechos de los niños”, según sostienen las profesoras **Pérez Vera, Santos País, y Fernández Sola**. Ver PÉREZ VERA, E.: “El menor en el Convenio de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 1993-I, p. 113. SANTOS PAÍS, M.: “La Convention des Nations Unies sur le droit de l’enfant”, en *Bulletin des Droits de l’homme*, Vol. 91/2, de, *Les Droits de l’enfant, Nations Unies*, Nueva York, 1992, p. 80, FERNÁNDEZ SOLA, N.: *La Protección Internacional de los Derechos del Niño*, Colección Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994, p. 21, entre otras, por el amplio catálogo de derechos que reconoce en ella, a este grupo de personas. Sobre este punto conviene retomar las palabras de la profesora **Salado Osuna** quien afirma que “(...) la CDN ha recuperado la globalidad respecto del catálogo de derechos, pues reconoce derechos de distinta naturaleza o generación” SALADO OSUNA, A.: “La Convención sobre los derechos del niño. Las obligaciones asumidas por los Estados Partes”, en *Los derechos de la infancia y de la adolescencia*. Ob. Cit, p. 34

<sup>365</sup> En el preámbulo, párs. 1 y 2 se proclaman una vez más los objetivos de la Carta de las Naciones unidas y de la Declaración Universal de Derechos humanos.

<sup>366</sup> Preámbulo, pár. 8

<sup>367</sup> Artículo 28 realiza el reconocimiento del derecho a la educación. En su numeral 2. Insta a los Estados para que adopten medidas adecuadas para velar porque la “disciplina escolar se administre de manera compatible con la dignidad del niño y de conformidad con la presente Convención”.

<sup>368</sup> El artículo 37, b. prevé que “Todo niño privado de la libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana”.

sido víctima de abandono, explotación o cualquier otra forma de malos tratos)<sup>369</sup> y 40 (en el marco de un proceso penal en el que esté incurso un niño).<sup>370</sup>

El Comité de los Derechos del Niño, ha exaltado la importancia de que el ejercicio de todos los derechos que amparan a este grupo de personas, los niños, se haga a partir del reconocimiento de la dignidad humana.<sup>371</sup>

En la Observación General No. 4<sup>372</sup> relativa al derecho a la salud de los adolescentes, el Comité de los Derechos del Niño resalta el lamentable caso de aquellos que se encuentran sometidos a explotación sexual o prostitución (artículo 34 de la CDN) y considera que estos menores “tienen derecho a la recuperación física y psicológica y a la reinserción social en un entorno que fomente su salud, el respeto de sí mismo y su dignidad (pár.33), retomando así lo previsto en la CDN en su artículo 39.

De otra parte, consiente de la especial situación de vulnerabilidad de los menores no acompañados, el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General No. 6 reconoce la existencia de una serie de condiciones que atentan contra la dignidad humana del niño, como por ejemplo “(...) la mayor exposición a la explotación y abusos sexuales, (...) al trabajo infantil” (pár.3).

El Comité para los Derechos del Niño anota que cuando los Estados adopten medidas para atender a las necesidades de los menores no acompañados en el momento del reconocimiento de los niños, la evaluación deberá realizarse con criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo al interés del menor y a consideraciones de género, evitando todo riesgo de violación de su integridad física, respetando debidamente su dignidad humana (...)” (pár.31.i).

---

<sup>369</sup> En el artículo 39, se prescribe que los Estados Partes deben adoptar medidas para la recuperación física y psicológica y que esas medidas “se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño”.

<sup>370</sup> Artículo 40.1. dispone que: “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”.

<sup>371</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 1. *Propósitos de la educación*, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II) de 27 de mayo de 2008, párr. 10 señala que cualquiera de las modalidades constitutivas de discriminación “atentan contra la dignidad humana del niño y pueden debilitar, e incluso destruir su capacidad para beneficiarse de las oportunidades de la educación”. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 5, *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Doc. HRI/GEN/Rev.9 (Vol. II), de 27 de mayo de 2008, Párr. 69. Al referirse a las medidas generales de aplicación de la Convención, en el caso concreto de la educación, recomienda a los Estados que para la formación en materia de derechos humanos deben utilizarse “métodos de participación e impartir a los profesionales los conocimientos y las actitudes necesarias para interactuar con los niños y jóvenes sin menoscabo de sus derechos, su dignidad, ni el respeto por su propia persona.”

<sup>372</sup> Comité de los Derechos del niño, Observación General No. 4, *La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre derechos del niño*, Doc. HRI/GEN/1/Rev. 9(Vol. II), 33 periodo de sesiones de 2003

Es importante tener en cuenta que el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía<sup>373</sup>, si bien no se refiere de manera expresa a la dignidad de la persona humana, si invoca dentro de los considerandos del preámbulo a la CDN y, como ya se puso de manifiesto, en dicho tratado sí se resalta el valor de la dignidad de los menores de edad. Por su parte, el Protocolo en mención señala la necesidad de que los Estados adopten planes globales para “(...) erradicar la venta de niños (...) y hacer frente a todos los factores que contribuyen a ello (...) en particular (...) la migración del campo a la ciudad (...)” (Preámbulo, pár. 8).<sup>374</sup>

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>375</sup> (en adelante CDPD), al igual que en los demás instrumentos internacionales analizados en ella, se reiteran los ideales y propósitos de la Carta de la ONU y la referencia a la dignidad humana que se encuentra en la DUDH (preámbulos, pár a y b). Posteriormente, en estrecha coincidencia con el principio de igualdad y no discriminación, este tratado agrega que se reconoce que “la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y del valor inherente del ser humano”(pár.h). Se observa, al igual que como ocurre con la CDN, que en la CDPD los actos que atentan contra la igualdad de estos individuos, atacan de manera directa su dignidad y su valor como seres humanos (preámbulo, pár.2).

La dignidad se consagra en sus propósitos (art. 1)<sup>376</sup> como un principio general (art. 3)<sup>377</sup> y como una meta a cumplir por los Estados (art. 8).<sup>378</sup> Además, se invoca dentro de las medidas de protección contra de acciones que puedan constituir tortura o penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 16)<sup>379</sup>, se emplea como justificación para el acceso al

---

<sup>373</sup> Adoptado por la Asamblea General en su Resolución A/RES/54/263 de 25 de mayo de 2000, entrada en vigor el 18 de enero de 2002.

<sup>374</sup> Es importante hacer notar que en esta materia tanto en el ámbito europeo como en el interamericano, existen tratados internacionales, sin embargo no serán estudiados dado que desbordan el interés académico de esta tesis doctoral. Ver Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño, Adoptada en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, entrada en vigor el 7 de enero de 2000, Council of Europe Convention on the Protection of Children Against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, adoptado el 25 de septiembre de 2007, en vigor el 7 de enero de 2010. Por su parte en el Sistema Interamericano, se cuenta con la Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores, adoptado en México, D.F, el 18 de marzo de 1994, en vigor el 15 de agosto de 1997.

<sup>375</sup> Adoptada por la Asamblea General el 13 de diciembre de 2006

<sup>376</sup> Artículo 1. Propósito “El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.

<sup>377</sup> Artículo 3 dispone: “Principios generales. Los principios de la presente Convención serán: a) el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual...”

<sup>378</sup> Artículo 8. Toma de conciencia. “Los Estados se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para: a) sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas.

<sup>379</sup> Artículo 16... “Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de las personas con discapacidad que sean víctimas de cualquier forma de explotación, violencia o abuso, incluso mediante la prestación de servicios de protección. Dicha recuperación e integración tendrán lugar en un entorno que sea favorable para

derecho a la educación de este grupo de personas (art. 24)<sup>380</sup> y se vincula al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 25).<sup>381</sup>

Consideramos que esta Convención refuerza el principio de la dignidad humana, toda vez que aunque los derechos contenidos en su catálogo ya estaban reconocidos en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos en relación con toda persona, la Convención tiene por finalidad que tales derechos sean adaptados a la realidad particular de las personas con discapacidad, lo que redundará sin duda en la evolución y desarrollo progresivo de las garantías.

La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito del Genocidio<sup>382</sup> en el texto de su preámbulo no alude de manera expresa a la dignidad de la persona humana, no obstante ello, no puede desconocerse su importancia en este tratado, en razón a que sí se refiere a los fines de las Naciones Unidas y, en este sentido, afirma: “Considerando que la Asamblea General (...) ha declarado que el genocidio es un delito de derecho internacional contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas (...)”. De allí que pueda llegar a inferirse que el principio de dignidad de la persona humana se halla implícitamente contenido en dicho instrumento. De otra parte, esto resulta ser de interés en el contexto de los extranjeros y los trabajadores migratorios en razón a que, como lo señala el profesor **Gómez Robledo-Verduzco**, previamente a la adopción de esta Convención se buscaba la erradicación de “acciones de exterminio dirigidas contra las colectividades étnicas, confesionales o sociales (...)”<sup>383</sup> y podría llegar a pensarse que los extranjeros son personas susceptibles de ser víctimas de estas conductas.

Por su parte, la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas,<sup>384</sup> si bien en el texto de su preámbulo no hace referencia a la dignidad de la persona humana, si se remite a la Carta de la ONU, a la DUDH, a los Pactos de 1966 y, en algunas de sus disposiciones, aborda dicho principio al hacer alusión a la recopilación, tratamiento, uso y conservación de informaciones personales, las cuales “ (...)

---

la salud, el bienestar, la autoestima, la dignidad y la autonomía de la persona y que tenga en cuenta las necesidades específicas del género y la edad.

<sup>380</sup> Artículo 24. Educación. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida, con miras a: a) Desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima y reforzar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana;

<sup>381</sup> Artículo 25. d) Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado;

<sup>382</sup> Adoptada por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948, entrada en vigor el 12 de enero de 1951.

<sup>383</sup> GÓMEZ ROBLEDOS-VERDUZCO, A.: “El Crimen de Genocidio en Derecho Internacional”, en *Revista jurídica, Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 105, México, D.F., 2002, p. 3, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/105/art/art6.htm>

<sup>384</sup> Adoptada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 2006, en vigor el 23 de diciembre de 2010.

no debe infringir o tener el efecto de infringir los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad de la persona (art.19.2).

Así mismo se refiere de nuevo a este principio al hacer alusión al derecho a la reparación a través de la satisfacción, la cual incluye “el restablecimiento de la dignidad (...)” (art.24.5.c). La importancia de este tratado para el estudio que se lleva a cabo en esta tesis doctoral desborda el objeto de la misma, sin embargo, no puede olvidarse que dado el carácter universal de este instrumento y el empleo de pronombres indeterminativos, que hacen sus disposiciones aplicables a todas las personas, puede llegar a afirmarse que en los supuestos en los que una persona extranjera, o un trabajador migrante se halle bajo esta circunstancia, podrán aplicarse las disposiciones de la Convención.

En los tratados sectoriales abordados hasta este momento, se ha podido evidenciar la importancia que se da al principio de dignidad humana y se ha puesto de manifiesto, no solamente a partir del análisis normativo efectuado, sino de la jurisprudencia emanada de los Comités.

### **2.3.3. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.**

Este tratado internacional es el que reviste la mayor importancia en el desarrollo de esta tesis, en consecuencia, merece un apartado especial pese a que también pertenece a los tratados sectoriales que se venían analizando en el acápite anterior. Es así como, si bien será referenciado en los demás capítulos de este trabajo de investigación, por el momento nos concentraremos en visibilizar la alusión que en él se hace de la dignidad humana.

A diferencia de lo que se ha observado en los demás instrumentos internacionales que se han analizado hasta el momento, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares<sup>385</sup> (en adelante CTMF) recoge en su preámbulo la totalidad de los tratados internacionales que constituían el núcleo duro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, hasta la fecha de su adopción y reconoce que en este instrumento se tendrán en cuenta sus principios rectores (preámbulo, pár.2)<sup>386</sup>. Invoca también los diferentes Convenios de la OIT que tienen estrecha relación con la problemática de los trabajadores migratorios<sup>387</sup> y hace, además, una especial referencia a la Convención contra la Tortura (preámbulo, pár.4).

---

<sup>385</sup> Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, en vigor el 1 de julio de 2003, 44 Estados Partes, a 10 de marzo de 2011, según información sobre su Estado de ratificaciones, disponible en la página web, [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-13&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en)

<sup>386</sup> Dispone expresamente “Teniendo en cuenta los principios consagrados en los instrumentos fundamentales de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos, en particular la Declaración Universal de Derechos Humanos (...)”

<sup>387</sup> También el preámbulo en el párrafo 3 se hace alusión a los Convenios de la OIT Nos.97, 143, 29 y 105, así como a las Recomendaciones de la OIT No. 86,151.

Por otro lado, recuerda su preámbulo que uno de los propósitos fundamentales de la OIT (pár.5), que está planteado en su Constitución, es la protección de los trabajadores migrantes.

Si bien, el principio de la dignidad humana de manera expresa no consta en el preámbulo de la CTMF, puede inferirse en razón a la expresión textual incluida en él de que los principios rectores de todos los instrumentos invocados serán tenidos en cuenta en este tratado.

A pesar de lo anterior, en su articulado, hay alusiones expresas a la dignidad. Así se evidencia en el artículo 17 al referirse al trato que debe recibir un trabajador migrante o su familia en el caso en el que sea privado de la libertad.<sup>388</sup>

En la Parte VI de la CTMF se enuncia la dignidad como principio básico a partir del cual debe realizarse la migración internacional, junto con otros principios. El apartado se titula: “Promoción de condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas en relación con la migración internacional de los trabajadores y sus familias”, lo que es reforzado en el texto del artículo 64.<sup>389</sup>

En coincidencia con lo anterior, el artículo 70 invoca a la dignidad como el principio a tener presente por los Estados Parte para la creación de condiciones laborales en beneficio de los trabajadores migrantes y sus familias que se encuentren en situación jurídica de legalidad las cuales, según la CTMF, no podrán ser menos favorables que las que se otorgan a los nacionales del Estado de empleo.<sup>390</sup>

Sobre el principio dignidad en la CTMF, el profesor **Bonet Pérez** sostiene que este instrumento tiene dentro de sus aspiraciones “no sólo profundizar en la igualdad de trato previamente diseñada o bien propiciar la acomodación e integración sociales de quienes residen y trabajan regularmente en el territorio de los Estados receptores-así como de sus familiares-, sino, sobre todo, asegurar la dignidad humana de los procesos migratorios en su totalidad (...) con independencia de su situación regular o irregular dada su vulnerabilidad objetiva como ser humano involucrado en un escenario particular de riesgo (...) Y añade que la CTMF “ (...) no hace más que profundizar en esa tendencia que ha estado presente en la Sociedad Internacional desde que ésta empezó a preocuparse por la

---

<sup>388</sup> Artículo 17 dispone “1. Todo trabajador migratorio o familiar suyo privado de libertad será tratado humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano y a su identidad cultural”.

<sup>389</sup> Artículo 64, “1. Sin perjuicio de las disposiciones del artículo 79 de la presente Convención, los Estados Partes interesados se consultarán y colaborarán entre sí, según sea apropiado, con miras a promover condiciones satisfactorias, equitativas y dignas en relación con la migración internacional de trabajadores y sus familiares.”

<sup>390</sup> Artículo 70 “Los Estados Partes deberán tomar medidas no menos favorables que las aplicadas a sus nacionales para garantizar que las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores migratorios y sus familiares en situación regular estén en consonancia con las normas de idoneidad, seguridad y salud, así como los principios de dignidad humana.

condición jurídica del extranjero como inherente a las propias ideas de humanidad y de dignidad: la igualdad entre los seres humanos.”<sup>391</sup>

Plantea una postura similar **Cubías Medina** (miembro del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares), quien afirma que “(...) los derechos contenidos en la Convención constituyen instrumentos que coadyuvan significativamente a los esfuerzos nacionales que se están realizando en materia de la protección de la dignidad y los derechos de los trabajadores migrantes”.<sup>392</sup> Para **Cubías Medina**, uno de los aspectos que refleja de modo más claro la necesidad de que se de aplicación al principio de la dignidad humana son aquellos supuestos en los que dentro del proceso migratorio los trabajadores que se encuentran en situación jurídica de irregularidad deben ser sometidos a controles legales, o puestos bajo detención de las autoridades. La autora afirma que “(...) los trabajadores migrantes indocumentados ante los controles migratorios y en sus detenciones deben gozar del derecho al debido proceso, o en los procesos de retorno a sus países de origen, los Estados deben proporcionarles condiciones de estancia dignas.”<sup>393</sup>

Por su parte, como sostiene el profesor **Chueca Sancho**, “Los Derechos Humanos más primarios de cualquier persona (inmigrante o no) podemos resumirlos en el principio de igualdad y no discriminación, por motivos de raza, sexo, idioma, religión, etc.; ambas formulaciones del mismo principio son las dos caras de la moneda jurídica más valiosa, *la dignidad humana* (cursiva fuera del texto). El respeto de este principio supone la obtención de lo que podemos calificar como el certificado de calidad de un Estado en materia de Derechos Humanos.”<sup>394</sup> En defensa de esta misma postura y a propósito de la referencia que hace sobre la importancia de que se reconozca el *ius migrandi* (aspecto que será tratado en otro capítulo de este trabajo) señala que los inmigrantes deben ser tratados “(...) como personas, respetando todos sus derechos; porque ya, crucen regularmente una frontera ya la pasen irregularmente, ese hecho no los priva de su dignidad de personas, no los priva de sus DH.”<sup>395</sup>

Lo anterior permite considerar que la postura del profesor **Chueca Sancho** se inclina por la promoción y la defensa de los derechos humanos, desde la dignidad y la igualdad en su sentido más auténtico y consecuente con sus postulados de formulación, esto es, la universalidad, la interdependencia, la irrenunciabilidad y la inalienabilidad de todos los derechos, siendo estos interpretados sobre la base de que el eje central es la persona humana, como tal, sin mayores adjetivaciones. Esto sin perder de vista la misma naturaleza

---

<sup>391</sup> BONET PÉREZ, J.: “La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, en *Un mundo sin desarraigo: el derecho internacional de las migraciones*, Ob. Cit. pp. 115 y 116

<sup>392</sup> CUBÍAS MEDINA, A.E. “Convención Internacional de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares y su importancia para la población salvadoreña”, en *Un mundo sin desarraigo: el Derecho Internacional de las migraciones*, Ob. Cit, p. 87.

<sup>393</sup> *Ibidem*.

<sup>394</sup> CHUECA SANCHO, A.: “Un análisis de las migraciones internacionales a través de cinco mitos”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No.9, julio de 2005, Lex Nova, Valladolid, p.61.

<sup>395</sup> CHUECA SANCHO, A.: “El *ius migrandi* en el Derecho Internacional de las migraciones”, en *Inmigración, Estado y Derecho*, Ob. Cit. p. 776.

limitada de los derechos, pues en ningún momento plantea su carácter absoluto sino que, por el contrario, en reiterados trabajos reconoce que los mismos son limitados.<sup>396</sup>

Así mismo, en otro de sus trabajos, el profesor **Chueca** junto con el profesor **Ágüelo Navarro** sostienen, refiriéndose a los derechos humanos de los inmigrantes, que: “Esos derechos los tienen por el hecho de ser personas, por su propia naturaleza y dignidad, y sea cual fuere su estatus migratorio, regular o irregular. Porque nos referimos a los derechos universales (de todas las personas), en los cuales debe aplicarse como eje el principio de igualdad y no discriminación por motivos de raza, etnia, sexo, origen nacional, etc.”<sup>397</sup>

Además del disfrute de los derechos de los migrantes que se garantizan a partir de la debida aplicación de los instrumentos internacionales que promueven y protegen los derechos humanos y en especial de la CTMF, la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, **Sra. Rodríguez Pizarro**, señala que uno de los aspectos en los cuales se debe dar aplicación al principio de dignidad es en los casos en los que se origina por parte de los Estados el retorno voluntario de las personas. Anota que: “ha observado el creciente compromiso de los Estados de integrar la cuestión de protección de los derechos humanos de los migrantes en sus políticas de gestión migratoria y de abordar temas como la particularidad de situaciones de las mujeres migrantes, la prevención y lucha contra el tráfico, así como el retorno en dignidad y seguridad, en sus procesos de diálogo sobre la materia.”<sup>398</sup>

El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, **Sr. Bustamante**, ha llamado la atención sobre la necesidad de que se respete la dignidad de los migrantes. Así ha afirmado que: “Aunque todos los Estados tienen el derecho soberano de proteger sus fronteras y regular sus políticas de migración, al promulgar y aplicar la legislación nacional en materia de inmigración también deben asegurar el respeto de los derechos humanos de los migrantes. Cualquiera que sea la condición jurídica del migrante, el Estado tiene la responsabilidad de garantizar que se cumplen las normas relativas a los derechos humanos fundamentales y que todos los migrantes sean tratados con dignidad.”<sup>399</sup>

---

<sup>396</sup> Sobre el desconocimiento de que los derechos humanos son imperativos absolutos se pueden citar los siguientes trabajos del profesor CHUECA SANCHO, A.: “La Convención sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 10, noviembre de 2005, Lex Nova, Valladolid, p. 125. CHUECA SANCHO, A.: “El *ius migrandi* en el Derecho Internacional de las migraciones”, en *Inmigración, Estado y Derecho*, Ob .Cit. pp. 773-774. CHUECA SANCHO, A, y AGUELO NAVARRO, P.: “El novísimo derecho humano de las personas a migrar”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 5, 2004, Lex Nova, Valladolid, p. 292. Sobre este mismo punto del límite a los derechos de los extranjeros puede verse el trabajo de AGUELO NAVARRO, P.: “Derechos y libertades de los extranjeros”. En *La globalización y los derechos humanos: IV Jornadas Internacionales de Derechos Humanos-Sevilla, 2003*, Talasa Ediciones, Madrid, 2004, p. 100

<sup>397</sup> CHUECA SANCHO, A, y AGUELO NAVARRO, P.: “La reforma de la Ley de extranjería: Una visión crítica desde los Derechos Humanos (Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social), en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 22, noviembre de 2009, Valladolid, p. 127.

<sup>398</sup> *Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes*, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, Doc. E/CN.4/2002/94, de 15 de febrero de 2002, p. 91

<sup>399</sup> *Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes*, Sr. Jorge Bustamante, Doc. A/HRC/7/12, de 25 de febrero de 2008, p. 14



Al igual que los demás instrumentos estudiados, la CTMF tiene instituido su Órgano de Control en virtud de la disposición del artículo 72<sup>400</sup>. El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares<sup>401</sup>, hasta el momento sólo ha adoptado una Observación General y, si bien, en la misma no se refiere de manera explícita a la dignidad de la persona humana, es necesario hacer alusión a ella pues marca una relevante pauta para la interpretación de los derechos de los trabajadores domésticos y aclara a los Estados Partes el alcance de sus obligaciones en el marco de la Convención, lo que necesariamente se traduce en que las condiciones de trabajo de las personas que desempeñan estas labores se hagan dentro del marco de la dignidad humana, principio inspirador de la propia CTMF.

### **3. Ámbito Regional.**

En el apartado que se presenta a continuación se abordará tanto el ámbito regional europeo como el americano. En el primero de ellos, es decir el europeo, se estudiará el Consejo de Europa y con posterioridad se hará un análisis de la importancia de la dignidad humana en la Unión Europea. Por otra parte, en lo que se refiere al ámbito interamericano, se hará una reflexión exclusivamente de los instrumentos adoptados en el seno de la Organización de los Estados Americanos.

#### **3.1. Europeo**

##### **3.1.1. Consejo de Europa.**

###### **3.1.1.1. El Convenio Europeo de Derechos Humanos.**

El Convenio para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales<sup>402</sup> (en adelante CEDH), tal como lo ilustra el profesor **Carrillo Salcedo**, “(...) dio concreción a disposiciones fundamentales en materia de derechos humanos contenidas en el artículo 3 del Estatuto del Consejo de Europa.”<sup>403</sup>

---

<sup>400</sup> Artículo 72.1. a) Con el fin de observar la aplicación de la presente Convención se establecerá un Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (denominado en adelante "el Comité". El cual de acuerdo con esta norma deberá estar compuesto por 10 expertos al inicio, que se ampliará a 14 cuando el número de Estados Parte llegue a 41), este no ha tenido una labor tan visible como la de los demás órganos de los tratados que se han analizado. En la actualidad según la información sobre el estado de ratificaciones de la Convención, son 44 los Estados que hacen parte del instrumento, por lo que el número de miembros del Comité desde el 1º de enero de 2010 es de 14. Estos expertos desempeñarán las funciones asignadas por la CTMF, de acuerdo con el artículo... durante un periodo de cuatro años. En la actualidad los expertos pertenecen a los Estados de México, Filipinas, Ecuador, El Salvador, Malí, Egipto, Marruecos, Guatemala, Sri Lanka, Jamaica, Burkina Faso, Turquía, Azerbaiyán, Senegal. Según información de la página web: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/members.htm>, consultad el 11 de marzo de 2011.

<sup>401</sup> Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observación General No. 1, *sobre los trabajadores domésticos migratorios*, Doc. CMW/C/GC/1, de 23 de febrero de 2011.

<sup>402</sup> Firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, entrado en vigor el 3 de septiembre de 1953.

<sup>403</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A.: “El Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Ob. Cit, p. 395

En su preámbulo, el CEDH invoca y hace referencia expresa a la DUDH reconociendo que este importante instrumento “tiende a asegurar el reconocimiento y la aplicación universales y efectivos de los derechos en ella enunciados” (pár.2).

Lo anterior permite interpretar que los derechos consagrados en las disposiciones del CEDH pueden ser aplicables a las personas extranjeras y en su lugar a los trabajadores migratorios, siempre y cuando estas personas se encuentren sujetas a la jurisdicción de algún Estado Parte.<sup>404</sup> Al respecto el profesor **Fernández Sánchez**, (al establecer una comparación entre las disposiciones del PIDCP, y de la CADH), sostiene que el “Convenio Europeo es mucho más generoso en cuanto al alcance de sus obligaciones (...)” toda vez que en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el alcance del reconocimiento va más allá del mero territorio, e incluso de la propia sujeción a la jurisdicción estatal.”<sup>405</sup>

Siguiendo al profesor **Fernández Sánchez**, la universalidad y generosidad del CEDH es evidenciada por la numerosa cantidad de demandas admitidas de “(...) extranjeros, incluso (...) inmigrantes legales o ilegales”<sup>406</sup>. Dicha afirmación lleva al citado profesor a considerar que “(...) el reconocimiento se hace de aplicación directa a todas las personas dependientes de la jurisdicción del Estado sin ulterior sujeción jurídica, es decir que no se necesita un acto jurídico posterior de inclusión de ningún grupo, sino que basta que la persona dependa de la jurisdicción del Estado aunque sea por ejemplo, un inmigrante ilegal (...).”<sup>407</sup>

Pese a que este tratado no hace una alusión expresa a la dignidad humana, es evidente que este principio irradia todas sus normas pues, como lo afirma el profesor **Gros Espiell**, “no puede haber duda de que la referencia a los criterios y principios históricos y culturales europeos, que constituyen un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y preeminencia del Derecho, a las que no puede ser ajenas ni la idea ni el concepto de dignidad de la persona humana, significa una recepción implícita de esta idea y de este concepto.”<sup>408</sup>

De otro lado, según **Gros Espiell**, esto debe inferirse también a partir del mismo contexto histórico en el que se redacta este instrumento. Precisa que: “En 1950, después de la negación radical de la dignidad que mostraron los regímenes totalitarios europeos que condujeron al horror de la Guerra Mundial y de la reivindicación del concepto, que aparece en Europa en el Derecho Constitucional democrático de la postguerra, parece evidente que

---

<sup>404</sup> Como ocurre por ejemplo con la disposición contenida en el artículo 16 del CEDH. Restricciones a la actividad política de los extranjeros, la cual prescribe que: Ninguna de las disposiciones de los artículos 10 (Libertad de expresión) 11 (Libertad de reunión y de asociación) y 14 (prohibición de discriminación) podrá ser interpretada en el sentido de prohibir a las Altas Partes Contratantes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros.

<sup>405</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: “El alcance de las obligaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ob. Cit, p. 63

<sup>406</sup> *Ibidem*, p. 64

<sup>407</sup> *Ibidem*

<sup>408</sup> GROS ESPIELL, H.: “La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humano Nueva Época*, Ob. Cit. p. 215

la dignidad humana y su defensa y promoción constituyen uno de los principios generales que sustenta y dan pleno sentido a la Convención de 1950.”<sup>409</sup>

Por su parte, la profesora **Salado Osuna** afirma que “(...) siguiendo a la Carta de las Naciones Unidas y a la Declaración Universal de Derechos Humanos, el CEDH concibe los derechos humanos desde el punto de vista universal, en el sentido de que los derechos reconocidos están destinados a la protección de toda persona bajo la jurisdicción de los Estados partes con independencia de su nacionalidad (art.1), por lo que el principio de *dignidad de la persona* (cursiva fuera de texto) se transforma en el eje articulador del reconocimiento de derechos cuya efectividad es una obligación contraída por los Estados partes, a pesar de que el CEDH de forma expresa no haga referencia a dicho principio.”<sup>410</sup>

Así mismo, no puede olvidarse que el catálogo de derechos reconocido en el CEDH se ha visto ampliado progresivamente a través de sus protocolos adicionales, que según las palabras del profesor **Carrillo Salcedo** “han añadido nuevos derechos a los reconocidos en el Convenio, con la finalidad de desarrollarlo y lograr una mayor concordancia entre el Convenio y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966.”<sup>411</sup>

Las palabras del profesor **Carrillo Salcedo** permiten deducir que si el deseo del Consejo de Europa con la adopción de los Protocolos Adicionales es la homogenización de los derechos con el PIDCP, para el CEDH este principio es igual de importante. Lo anterior, por cuanto en el PIDCP la dignidad humana se refleja en su preámbulo y en el art.10, como ya fue expuesto. Adicionalmente, el Comité de Derechos Humanos en sus Observaciones Generales, también lo resalta y reitera su protagonismo al interpretar las normas de ese tratado. Por su parte, la profesora **Salado Osuna**, a partir de sus investigaciones sobre la dignidad humana, demuestra que el principio de dignidad humana se encuentra implícito en varias disposiciones del CEDH.<sup>412</sup>

En este sentido conviene tener en cuenta los Protocolos Adicionales No. 6<sup>413</sup> y 13<sup>414</sup> al CEDH, relativos a la abolición de la pena de muerte. En el primero de ellos no es posible encontrar en su texto una referencia explícita a la dignidad humana, como sucede con el CEDH, no obstante, esto no implica que dentro de sus ideales dicho principio no sea tenido en consideración, pues tal y como lo hemos puesto de manifiesto, esto se infiere de la tradición europea y de su desarrollo normativo. Situación contraria ocurre con el protocolo

---

<sup>409</sup> *Ibidem*.

<sup>410</sup> SALADO OSUNA, A.: “Universalidad de los Derechos Humanos en el Consejo de Europa”, en *La obra Jurídica del Consejo de Europa*, Ob. Cit. p. 233

<sup>411</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A.: “El Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *La protección Internacional de los Derechos Humanos en los albores del Siglo XXI*; Ob. Cit, p. 398

<sup>412</sup> Ver SALADO OSUNA, A.: *La pena de muerte en el derecho internacional: una excepción del derecho a la vida*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, p. 188

<sup>413</sup> Protocolo No. 6, a la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte, Adoptado en Estrasburgo el 28 de abril de 1983, entrada en vigor el 1 de marzo de 1985

<sup>414</sup> Protocolo No. 13 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte en todas las circunstancias. Adoptado en Vilna el 3 de mayo de 2002, entrada en vigor el 1 de julio de 2003.

13, toda vez que en él si se hace referencia expresa a la dignidad humana al afirmarse en el preámbulo que los Estados miembros del Consejo de Europa: “(...) Convencidos de que el derecho de todos a la vida es un valor fundamental en una sociedad democrática y que la abolición de la pena de muerte es esencial para la protección de este derecho y para el pleno reconocimiento de la dignidad intrínseca de todos los seres humanos (...) (pár.2).

Consideramos oportuno recordar las palabras del profesor **García Roca** quien al hacer un análisis del gran valor que tiene el preámbulo del CEDH, anota que “en él se hallan algunos de los criterios hermenéuticos que el Tribunal ha usado para interpretar la Declaración”<sup>415</sup> “sic”, lo que nos permite inferir que la dignidad de la persona humana es uno de esos derroteros hermenéuticos tenidos en cuenta en los fallos.

Por su parte, según sostiene el profesor **Serna**: “por lo que se refiere a los documentos “sic” sobre derechos humanos del Consejo de Europa, las referencia a la dignidad comienzan históricamente algo más tarde: no se encuentran en el texto del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 (...) pero “(...) sí aparecen, en cambio, en la Declaración sobre los Derechos del Hombre del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 27 de abril de 1978 (...). En este instrumento se afirma: “los derechos individuales derivados de la dignidad de la persona humana conservan su valor y su importancia primordiales a través de los cambios de la evolución de la sociedad.”<sup>416</sup>

Si bien el TEDH no se ha prodigado en afirmar la dignidad de la persona humana, sí hay votos individuales de distintos jueces que se preocupan por afirmar este principio.<sup>417</sup> Sin perjuicio de ello, consideramos oportuno citar un caso resuelto por el TEDH que se ocupa de la dignidad de la persona humana; se trata del caso *Siliadin contra Francia*.<sup>418</sup>

En las pretensiones de la demanda se hacen numerosas referencias y se invoca la dignidad humana como un derecho vulnerado en razón a las disposiciones de la legislación francesa. El TEDH al analizar la aplicación de los artículos 3 y 4 al CEDH, es cuidadoso al emplear el concepto de dignidad y no lo utiliza como argumento para concluir que hubo transgresión al artículo 4, en su lugar, alude a las normas que sobre dignidad contiene la

---

<sup>415</sup> GARCÍA ROCA, J.: “El preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: un instrumento constitucional del orden público europeo”, en *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, (J. García Roca y P. Santolaya. Coords.) Segunda edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p.27

<sup>416</sup> SERNA, P.: “La dignidad humana en la Constitución Europea”, en *Comentarios a la Constitución Europea*, Libro II, (E. Álvarez Conde, V. Garrido Mayol. Coords.) Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 196

<sup>417</sup> Entre ellos se pueden relacionar; el voto separado del Juez Gerald Fitzmaurice caso *Tyrer contra Reino Unido*, de 25 de abril de 1978, Serie A, párr. 9-11, *Christine Goodwin contra Reino Unido*, de 11 de julio de 2002, párr. 41, voto disidente del Juez Sra. Borrego Borrego, *Caso Tysiac contra Polonia*, de 2 de mayo de 2007, Sección 4, párr. 15, opinión disidente de la Jueza Fura-Sandström, *Caso Temblay contra Francia*, de 11 de septiembre de 2007, antigua sección segunda, párrs. 25, *Caso L. c. Lituania*, de 11 de septiembre de 2007, antigua sección segunda, párr. 56

<sup>418</sup> TEDH, (A. 73316/01), Sentencia de 26 de julio de 2005, resuelve la demanda de una ciudadana togolesa quien fue empleada siendo menor de edad en una casa de familia para el desarrollo de actividades de trabajo doméstico, bajo la promesa de ser escolarizada y regularizada su situación migratoria en el Estado francés. La demandante aporta pruebas de haber sido víctima de trabajo forzado debido a las largas jornadas laborales que debía cumplir. Así mismo se limitó su libertad de locomoción por parte de sus empleadores, le fue sustraído su pasaporte, y no tenía un sitio independiente para poder descansar en las noches.

legislación francesa y tras la invocación de gran parte de los tratados internacionales del Sistema Universal que condenan estas prácticas, falla a favor de la víctima (pár.43 y ss.).

La sentencia del TEDH evidencia una actitud algo tímida hacia la referencia que pudo haber realizado sobre el principio de dignidad humana; allí se hubiese podido dar un sentido interpretativo a lo que por él debe entenderse en el contexto europeo. Puede sostenerse que esta omisión al principio de dignidad humana responde a la ausencia de su inclusión expresa en el texto del Convenio, circunstancia que no implica que no se tenga presente, tal y como ya fue expuesto.

### 3.1.1.2. La Carta Social Europea y otros tratados.

La Carta Social Europea (en adelante CSE)<sup>419</sup>, igual que lo que ocurre con el CEDH, no contiene una alusión expresa al principio de la dignidad humana, sin embargo el Comité Europeo de Derechos Sociales ha resaltado la importancia y valor de este principio al sostener que “La Carta es un instrumento vivo, destinado a hacer realidad determinados valores que la inspiran: la dignidad, la autonomía, la igualdad y la solidaridad, los derechos que garantiza no constituyen un fin en sí mismo, sino que completan los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos”<sup>420</sup> como ha sido afirmado por los profesores **Salado Osuna**<sup>421</sup>, **Bonet Pérez** y **Bondía García**.<sup>422</sup> De otra parte, un buen número de los argumentos expuestos respecto del CEDH pueden hacerse extensivos a ella, en lo relativo a su finalidad y propósitos, aunque no puede olvidarse que se trata de tratados autónomos.

El profesor **Oreja Aguirre** precisa que la “CSE encarna un proyecto de solidaridad y de justicia social, de dimensiones europeas, al definir los contornos de un auténtico proyecto social europeo y proponer un mecanismo de alineamiento flexible y reflexivo de todos los Estados sobre un mínimo de protección social.”<sup>423</sup> Lo anterior permite sostener que de hacer un análisis en contexto, como es adecuado, el ideal de justicia se propone en la

---

<sup>419</sup> Adoptada por el Consejo de Europa, en Turín, el 18 de octubre de 1961, revisada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, entrada en vigor el 1 de julio de 1999.

<sup>420</sup> Comité Europeo de Derechos Sociales, *Federación Internacional de Ligas de Derechos Humanos*, Reclamación colectiva No 14/2003, Decisión de 7 de septiembre de 2004, pár. 29

<sup>421</sup> Al afirmar que “(...) en el Consejo de Europa se consigue, desde el punto de vista normativo, establecer un régimen de protección en relación (...)” a los derechos económicos, sociales y culturales “(...) completando en cierta medida, el CEDH, y siendo la primera Organización Internacional que regula jurídicamente los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, a pesar de que ello se consigue a través de tratados distintos”. SALADO OSUNA, A.: “Universalidad de los Derechos Humanos en el Consejo de Europa”, en *La Obra jurídica del Consejo de Europa, en conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa*, (P.A. Fernández Sánchez, Ed.) Gandulfo Ediciones, Sevilla, 2010, p. 237.

<sup>422</sup> señalan que la CSE representa “un avance significativo en la defensa y promoción de los derechos humanos al conformar uno de los primeros instrumentos convencionales que se ocupó del sector relativo a los derechos sociales en la esfera regional europea.” Adicional a ello sostienen que este instrumento jurídico “(...) colabora de manera decisiva a la creación de espacios sociales en los que se garantice un adecuado nivel de vida, y a su vez, representa el punto de referencia esencial del desarrollo de los derechos sociales en Europa”. BONET PÉREZ, J. y BONDÍA GARCÍA, D.: “La Carta Social Europea”, en *La protección Internacional de los Derechos Humanos en los albores del Siglo XXI*; Ob. Cit. p. 441.

<sup>423</sup> OREJA AGUIRRE, M.: “Un proyecto social para Europa: la contribución del Consejo de Europa”, en *La Carta Social Europea desde la perspectiva de la Europa social del año 2000*, Acta del Coloquio conmemorativo del XXV Aniversario de la Carta Social Europea (M. Lezertúa y J. Vida Soria. Eds.) Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989, p. 45

DUDH en el texto del preámbulo y se replica en otros tratados internacionales (como fue expuesto antes) y esto se encuentra directamente vinculado al respeto del principio de dignidad humana.

El sentido y finalidad de la CSE es permitir a los Estados que adopten las medidas que consideren necesarias para el reconocimiento de unos contenidos mínimos de disfrute de los derechos, que permite que las personas cada día más se aproximen al ideal de dignidad humana<sup>424</sup>. En este sentido, el Comité Europeo de Derechos sociales afirma que “El Comité recuerda que el objeto y el fin de la Carta, tratado de protección de derechos humanos, consisten en proteger derechos no teóricos, sino efectivos (...)”<sup>425</sup>, esta apreciación del Comité es, en nuestra opinión, reflejo de la dignificación de la persona humana.

En lo que tiene que ver estrictamente con los derechos de los extranjeros, si bien la totalidad de los artículos de la CSE, contrario a lo que ocurre con el CEDH, no determina con exactitud cuál es su ámbito de aplicación personal (pues muchas de sus normas podrían prestarse para ambigüedades), es decir, no define si las disposiciones en ella contenidas se aplicarán a todas las personas que se encuentren bajo la jurisdicción de alguno de los Estados Parte, sus anexos aclaran el ámbito de aplicación de las personas protegidas por sus normas y precisa que:” Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 4, (derecho a la seguridad social) y en el artículo 13, párrafo 4 (derecho a la asistencia social y médica), las personas a que se refieren los artículos 1 al 17 sólo comprenden a los extranjeros que, siendo súbditos de otras partes contratantes, residan legalmente o trabajen regularmente dentro del territorio de la parte contratante interesada, entendiéndose que los artículos precitados se interpretarán a la luz de las disposiciones contenidas en los artículos 18 y 19” (Anexo a la CSE, pár. 1).

Lo anterior tiene asidero en algunas de sus disposiciones (en su versión inicial de 1961 y en su versión revisada de 1996) como, por ejemplo, la letra del preámbulo de la CSE de 1961 en el que afirma que uno de sus propósitos fundamentales es “(...) desplegar en común todos los esfuerzos posibles para mejorar el nivel de vida y promover el bienestar de todas las categorías de sus poblaciones, tanto rurales como urbanas (...)” (preámbulo, pár.5), y en su lugar la CSE revisada dispone en sentido similar que “Considerando que, por la Carta Social Europea, abierta a la firma en Turín el 18 de octubre de 1961, y sus Protocolos, los Estados miembros del Consejo de Europa convinieron en garantizar a sus pueblos los derechos sociales especificados en esos instrumentos con objeto de mejorar su nivel de vida y de promover su bienestar social” (pár.5). La redacción de estas disposiciones, según nuestra opinión, denota que las expresiones “sus pueblos” o “sus poblaciones” se refieren en concreto a los nacionales de cualquiera de las Partes Contratantes, lo que dejaría excluidos de su campo de aplicación a las demás personas que no cumplan con dicha condición, es decir, otros extranjeros.

---

<sup>424</sup> KHAN-FREUND, O.: “Labour relations and international standars: some reflections on the European Social Charter”, en *Colectivo Miselanea*, (W.J. Ganshof Van der Meersch. Ed.), Tome Premier, Bruxelles, Brulant, 1972, p. 154.

<sup>425</sup> Comité Europeo de Derechos Sociales, Reclamación Colectiva No. 6/1999, Decisión de Fondo de 10 de octubre de 2000, pár. 26

No obstante, la CSE permite que los Estados Contratantes, en caso de que así lo quieran, reconozcan internamente derechos a otras personas, pues establece: “Esta interpretación no excluye la extensión de derechos análogos a otras personas por una parte contratante cualquiera” (Anexo a la CSE, pár.1).

En nuestra opinión, de lo anterior podrían surgir las siguientes interpretaciones: de una parte, como lo hemos señalado, hay autores que sostienen que la CSE complementa las disposiciones del CEDH pese a que los derechos reconocidos en uno y otro se encuentren en diferentes instrumentos internacionales.<sup>426</sup> Esta postura no es solamente sostenida por la doctrina internacionalista, sino que es puesta de presente por el propio Comité Europeo de Derechos Sociales al afirmar expresamente que: “(...) la Carta fue elaborada como un instrumento de derechos humanos destinado a completar el Convenio Europeo de Derechos Humanos.”<sup>427</sup> De lo anterior no puede inferirse que el campo de aplicación del instrumento se dé en forma idéntica, como ocurre con el CEDH.

Es así como nos permitimos cuestionar si estas disposiciones no resultarían ser contradictorias con lo dispuesto por la CSE revisada de 1996 atinente al principio de no discriminación (art. E), -como será puesto de manifiesto en el capítulo siguiente- y en consecuencia afectando el verdadero reconocimiento de la dignidad de la persona humana.

En lo que se refiere al reconocimiento de la dignidad humana en el caso específico de los extranjeros, podemos referirnos a la Reclamación Colectiva No. 14/2003 del Comité Europeo de Derechos Sociales,<sup>428</sup> pues en su Decisión de fondo se sostiene por parte del Comité que “la dignidad humana representa el valor fundamental que se encuentra en el corazón del Derecho europeo positivo en materia de derechos humanos -tanto si se trata de la Carta Social Europea como si se trata del Convenio Europeo de Derechos Humanos- y la atención sanitaria (derecho que se estudia en este caso) constituye una condición previa esencial para la preservación de la dignidad humana.”<sup>429</sup> “Por consiguiente, el Comité estima que una legislación o una práctica que niegue el derecho a la asistencia médica a los ciudadanos extranjeros, en el territorio de un Estado parte, aun cuando estén en situación irregular, es contraria a la Carta” (pár.32).

Cabe resaltar que la interpretación dada por el Comité Europeo de Derechos Sociales, en este fallo en particular, podría constituir un avance en materia de protección de derechos económicos, sociales y culturales de los extranjeros, toda vez que previamente había

---

<sup>426</sup> Entre ellos podemos citar a la Profesora Salado Osuna en la obra ya citada “La Universalidad de los Derechos Humanos en el Consejo de Europa”, en *La Obra Jurídica del Consejo de Europa*, Ob.Cit, p. 237. el profesor **Akandji-Jombe**, F “La Carta Social Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos: perspectiva para la próxima década” en *Revista de Derecho Político (UNED)*, No. 67, 2006, pp. 387-407 y **Alegre Martínez**, M.A.: “*Escritos sobre derecho Europeo de Derechos Sociales*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2004, entre otros.

<sup>427</sup> Comité Europeo de Derechos Sociales, Decisión de 7 de septiembre de 2004, pár. 27, Reclamación colectiva No 14/2003, *Federación Internacional de Ligas de Derechos Humanos contra Francia*.

<sup>428</sup> En la Reclamación en mención, que ya ha sido citada en este apartado se resuelve el caso de un extranjero que se ve afectado por la variación de las disposiciones normativas que sobre el derecho a la salud se adoptan en el Estado francés, las cuales restringen el acceso a este derecho a los extranjeros con residencia vigente por determinado tiempo, y por su puesto a aquellos que se encuentren en situación jurídica de legalidad.

<sup>429</sup> Comité Europeo de Derechos Sociales, Decisión de 7 de septiembre de 2004, pár.31.

reconocido que: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 4, y en el artículo 13, párrafo 4, las personas a que se refieren los artículos 1 a 17 y 20 a 31 sólo comprenden a los extranjeros que, siendo nacionales de otras Partes, residan legalmente o trabajen habitualmente dentro del territorio de la Parte interesada, entendiéndose que los artículos citados se interpretarán a la luz de las disposiciones contenidas en los artículos 18 y 19”(pár.15). No obstante lo anterior, decide que por la importancia del derecho a la asistencia social y médica (art.13.4) y su estrecha relación con el derecho a la vida (pár.30), y a la dignidad de la persona, debe hacerse extensiva su garantía a los extranjeros en situación jurídica de irregularidad.<sup>430</sup>

El Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante<sup>431</sup> no hace una referencia textual a la dignidad humana, sin embargo, invoca el objetivo del Consejo de Europa tendiente a “(...) conseguir una unión más estrecha entre sus miembros a fin de salvaguardar y promover en el respeto de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales los ideales y principios que son su patrimonio común y facilitar su progreso social y económico” (preámbulo, pár. 2). En nuestra opinión, del texto transcrito puede inferirse que tal y como ocurre con el CEDH, el Convenio de 1977 está irradiado por el referido principio, pues atiende a las tradiciones e ideales de los Estados Europeos (conforme se señaló con anterioridad).

De otra parte, debe tenerse presente que la Convención sobre la Participación de los Extranjeros en la vida pública local<sup>432</sup> se refiere a la dignidad en su preámbulo “como fundamento de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales y de su carácter fundamental.” (pár.3).

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina<sup>433</sup> hace alusión expresa a este principio desde su mismo nombre. Así mismo, en el preámbulo es reiterado al disponer: “Convencidos de la necesidad de respetar al ser humano a la vez como persona y como perteneciente a la especie humana y reconociendo la importancia de garantizar su dignidad; Conscientes de las acciones que podrían poner en peligro la dignidad humana mediante una práctica inadecuada de la biología y la medicina” (párs 10 y 11).

Hasta el momento se hace evidente que el principio de dignidad de la persona humana está presente como eje central en el Sistema Regional Europeo de protección de derechos humanos y en el seno del Consejo de Europa, a pesar de que en algunos de sus tratados no se aborde de manera expresa.

---

<sup>430</sup> No obstante los argumentos expuestos por el Comité Europeo de Derechos Sociales, al hacerse la revisión concreta de la legislación francesa, se constata que el Estado francés no ha violado la disposición del artículo 13 de la CSE por cuanto en su sistema de prestación de salud consagra mecanismos para que los extranjeros en situación jurídica de irregularidad accedan a los servicios. (párs. 33 y ss.)

<sup>431</sup> Adoptado en Estrasburgo, el 24 de noviembre de 1977, entrada en vigor el 15 de mayo de 1983

<sup>432</sup> Adoptado por el Consejo de Europa, Estrasburgo, el 5 de febrero de 1992.

<sup>433</sup> Adoptado por el Consejo de Europa, el 4 de abril de 1997



### 3.1.2. Unión Europea. Especial referencia a la Carta de Derechos Fundamentales.

El Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE)<sup>434</sup> se refiere al principio de dignidad humana y lo considera como uno de sus valores fundamentales al establecer: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana (...)” (art.2). De este modo, las actuaciones realizadas por la Unión Europea estarán irradiadas por dicho principio.

Por otra parte, el TUE al hacer alusión a la acción exterior de la Unión Europea, prescribe: “La acción de la Unión en la escena internacional se basará en los principios que han inspirado su creación, desarrollo ampliación y que pretende fomentar en el resto del mundo: la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana (...)” (art.21.1). Sobre el particular, el tratado de Lisboa, según la profesora **Salado Osuna**, “(...) constituye un paso más en el desarrollo y evolución de los derechos humanos en Europa.”<sup>435</sup>

La consagración de la dignidad humana como valor fundamental y como derecho en la Unión Europea, es fruto de varios años de esfuerzos y de un camino por el reconocimiento de los derechos de las personas; es así como el profesor **Chueca Sancho** sostiene que “Cincuenta años después puede afirmarse que el respeto de la persona y sus derechos es uno de sus rasgos fundamentales.”<sup>436</sup>

Sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE)<sup>437</sup> conviene tener presente las palabras del profesor **Carrillo Salcedo**, según las cuales “La Carta tiene por finalidad expresar valores comunes y que como reconoce expresamente su preámbulo, no ha nacido *ex nihilo* sino que es un eslabón más en una cadena en la que le anteceden junto a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y la notoria construcción pretoriana llevada a cabo por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el orden a la protección de los derechos y libertades fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario, muy diversos instrumentos jurídicos.”<sup>438</sup>

Por su parte, **Fernández Tomás** afirma que uno de los principales objetivos de la CDFUE es “(...) dar visibilidad a los derechos fundamentales, esto es, constituir un catálogo de derechos legible e inteligible que pueda ser asimilado por cualquier recién llegado a la sociedad europea (...). Así mismo, afirma que la “(...) Carta no puede ser captada como un resultado aislado susceptible de una valoración independiente, sino como un nuevo hito

---

<sup>434</sup> Firmado en Lisboa, el 12 de diciembre de 2007, entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009.

<sup>435</sup> SALADO OSUNA, A.: “El tratado de Lisboa, un nuevo paso a favor de los Derechos Humanos”, en *Temas para debate*, No. 191, Octubre 2010, p. 37

<sup>436</sup> CHUECA SANCHO, A.: “Los derechos fundamentales en la constitución para Europa: las principales carencias de su constitucionalización”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea. La Constitución de la Unión Europea*, No. 8, I- semestre, 2005, Colex, Madrid, p. 85.

<sup>437</sup> Proclamada por el Parlamento, el Consejo, y la comisión Europeos en Niza, en diciembre de 2000, entrada en vigor con el Tratado de Lisboa en diciembre de 2009. Doc. (2010/C 83/02).

<sup>438</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A. “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, enero-junio 2001, p. 18

dentro de un proceso que arranca desde muy atrás, que ha originado numerosas reflexiones.”<sup>439</sup>

La CDFUE consagra de forma expresa la dignidad humana. En el preámbulo de la Carta se proclama que: “Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad (...)” (pár.2). Siendo estos, de acuerdo con las palabras de **Garitagoitia Eguía** y la profesora **Salado Osuna**,<sup>440</sup> “(...) los valores comunes a los pueblos de Europa.”<sup>441</sup>

El artículo 1º dispone “La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”. Esta consagración supera los niveles de abstracción que en ocasiones se le dan a la dignidad como principio y permite que se le dé un tratamiento más concreto como derecho, aspecto que podría llegar a favorecer su exigibilidad en determinado momento.

Con un sentido bastante vanguardista, si se le compara con otros instrumentos internacionales<sup>442</sup>, la CDFUE además de considerar la dignidad humana como un principio inspirador de todo el cuerpo normativo, lo consagra como un derecho. El Título I, intitulado “Dignidad”, además de reconocer el derecho a la dignidad humana (art. 1), también reconoce aquellos derechos inherentes a la dignidad como son el derecho a la vida (art. 2), a la integridad de la persona (art. 3), la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes (art. 4), prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (art. 5). Sobre este punto es pertinente recordar lo sostenido por la profesora **Salado Osuna**, quien afirma que “El derecho a la dignidad humana y los derechos humanos fundamentales, forman parte del pórtico del catálogo de derechos de la Carta de Derechos Fundamentales y la defensa y el cumplimiento de los mismos obligan a los países miembros.”<sup>443</sup>

Debe resaltarse que por el mismo deseo de los Estados Miembros de la UE y de acuerdo con las disposiciones del Tratado de Lisboa y sus demás desarrollos normativos, existe una diferencia entre los ciudadanos de la UE<sup>444</sup> y los ciudadanos de terceros países, esto es, de los extranjeros propiamente dichos (es decir aquellas personas no nacionales de algún Estado perteneciente a la UE), lo que redundará en el grado de garantía de los derechos de los ciudadanos de terceros países; sin embargo no puede olvidarse que esto difiere en tanto se encuentren en situación jurídica de legalidad o de ilegalidad, aspecto que está fuertemente influido por las legislaciones internas de cada Estado Miembro.

---

<sup>439</sup> FERNÁNDEZ TOMÁS, A.: “La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea un nuevo hito en el camino de la protección”, en *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, Drnas-Lernes, Buenos Aires, 2002, pp. 962y 963.

<sup>440</sup> SALADO OSUNA, A.: “El tratado de Lisboa, un nuevo paso a favor de los Derechos Humanos”, en *Temas para debate*, Ob. Cit. p. 37

<sup>441</sup> GARITAGOITIA GUÍA, J.R.: *Dignidad de la persona y sus derechos fundamentales en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea*, Temas del senado, Madrid, 2009, p. 267.

<sup>442</sup> Tales como la DUDH, el PIDCP, el PIDESC, el CEDH, entre otros

<sup>443</sup> SALADO OSUNA, A.: “El tratado de Lisboa, un nuevo paso a favor de los Derechos Humanos”, en *Temas para debate*, Ob. Cit. p. 37

<sup>444</sup> Artículo 20 y ss. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, (TFUE) regula lo relacionado con la ciudadanía europea

Las referencias a la dignidad humana en la CDFUE no se agotan en el artículo 1, sino que otras disposiciones también aluden a la misma, de forma más o menos precisa. A tales efectos cabe citar el respeto de la vida digna de las personas mayores (art. 25)<sup>445</sup>, las condiciones de empleo digna para el trabajador (art. 31) y la ayuda social para contribuir a una existencia digna (art. 34.3).

En lo que se refiere a los derechos de los extranjeros, en el aspecto relacionado con la dignidad humana, conviene recordar que el ámbito de aplicación de la CDFUE deberá estar en armonía con lo dispuesto por la CEDH, y así es puesto de manifiesto en la propia CDFUE al establecer que: “En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio” (art.52.3). Adiciona además que: “Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”. (art.52.3). Esto en palabras del profesor **Fernández Tomás**, es “la situación ideal para la más amplia protección de los derechos reconocidos.”<sup>446</sup>

De acuerdo a lo anterior, en nuestra opinión debe recordarse que en el CEDH la dignidad humana no está prevista como un derecho, sin embargo ya se ha expuesto suficientemente que sí se trata de un principio irradiador de todo el tratado. Por su parte, la CDFUE prescribe que la dignidad “será protegida y respetada” (art.1) y lo expresa en sentido genérico, pese a que no emplea pronombres indeterminados como “a toda persona” o “a todos”, sin embargo tampoco la limita a los “ciudadanos de la Unión”, razón por la cual consideramos que por encontrarse consagrada al mismo nivel que el derecho a la vida (art.3)- la cual si se reconoce a “toda persona”-, es posible afirmar que el derecho a la dignidad humana protege también a los extranjeros.

Como señala el profesor **Chueca Sancho**, “(...) en el título I (sobre Dignidad) y en el título IV (sobre justicia) se proclaman derechos que se atribuyen a *todas las personas*, por el hecho de ser personas, visión universalista de los derechos fundamentales, pero los títulos II, III, y IV recogen libertades incompletas para los extranjeros, que ven disminuida su igualdad (...), esto permite interpretar que existe algo de contradicción en el planteamiento original del universalismo de los derechos fundamentales en este estadio y que, por el contrario, lo que se evidencia es lo que en las palabras del profesor es “Una solidaridad de la UE bajo mínimos y una ciudadanía excluyente.”<sup>447</sup>

Lo anterior, sin perjuicio del análisis que más adelante se efectuará respecto de los derechos que pueden ser disfrutados por los extranjeros dependiendo de su situación jurídica en el

---

<sup>445</sup> Artículo 25. Derechos de las personas mayores: La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural.

<sup>446</sup> “La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea un nuevo hito en el camino de la protección”, Ob. Cit, p. 977

<sup>447</sup> CHUECA SANCHO, A.G.: “Un derecho migratorio europeo cada día más incompatible con el derecho internacional de los derechos humanos”, en *Derechos Humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea* (A.G. Chueca Sancho. Coord.), Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 137 y138

espacio europeo, toda vez que existe en el desarrollo normativo de la UE reconocimiento de derechos a aquellas personas que gocen de una situación jurídica en regla.<sup>448</sup>

En este contexto se desarrolla el Derecho Migratorio Europeo, que es resultado del espacio de libertad, seguridad y justicia (artículos 67-80 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea-en adelante TFUE-)<sup>449</sup> y que hasta el momento ha alcanzado su mayor desarrollo en temas de control de fronteras, visados y estrategias para luchar contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos.<sup>450</sup> Cabe anotar que los derechos de los trabajadores migratorios en el seno de la UE serán objeto de estudio en capítulos posteriores.

En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, consideramos oportuno poner de manifiesto que el aumento del fenómeno migratorio en los Estados miembros de la UE ha propiciado que los mismos se conviertan, como sostiene el profesor **Martín y Pérez de Nanclares**, “(...) en auténticas murallas que frenan o dificultan notablemente la inmigración”<sup>451</sup> y, como consecuencia de ello, se han ido adoptando medidas con miras a luchar contra la inmigración ilegal, lo que ha constituido una serie de incompatibilidades con los derechos consagrados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aspecto que sin duda redundaría en la verdadera garantía de la dignidad de la persona humana del extranjero que es nacional de un tercer Estado. Entre estas medidas adoptadas puede hacerse referencia a la Directiva de Retorno y a la Directiva sobre Sanciones a los Empleadores de Personas en Situación Irregular<sup>452</sup>, sin perjuicio de que exista un gran número de ellas que se refiere al tema, así como también decisiones.<sup>453</sup>

---

<sup>448</sup> Es importante mencionar las Directiva 2011/98/UE “por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y a trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro”. Directiva 2003/109/CE de 25 de noviembre de 2003, “relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración”. Conviene tener presente el Reglamento (CE) n° 883 de 29 de abril de 2002 “sobre coordinación de los sistemas de seguridad social”.

<sup>449</sup> Debe aclararse además que las prioridades del espacio de libertad, seguridad y justicia son: las cuestiones migratorias, el asilo y el refugio.

<sup>450</sup> Ver el trabajo de Alonso García, R.: *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

<sup>451</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: “La inmigración en la Unión Europea: la difícil configuración de una política de inmigración”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea, la Europa Social, la Europa de la solidaridad*, No. 5, 2 semestres, 2003, Madrid, Colex, p. 83.

<sup>452</sup> Directiva 2009/52/CE, de 18 de junio de 2009.

<sup>453</sup> Directiva 2001/40/CE del Consejo *relativa al reconocimiento mutuo de decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países*, de 28 de mayo de 2001, Directiva 2003/109/CE de 25 de noviembre de 2003, *relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración*, Pese a que no gozan de fuerza vinculante, no sobra mencionar que en el seno de la UE pueden hallarse algunas comunicaciones que también abordan el tema en comento, tales como, la Comunicación de la Comisión al Parlamento *relativa a una Política común de inmigración ilegal*, de 15 de noviembre de 2001, Doc. COM (2001)672 final, Comunicación de la Comisión denominada *Libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales*, de 10 de abril de 2002, Doc. COM (2002) 175 final, Decisión 2004/573/CE, del Consejo *relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión*, de 24 de abril de 2004, Doc. DOUEL 262, de 6 de agosto de 2004, p. 28, El programa de la Haya: *Consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea*, de

No obstante lo anterior, debe reconocerse que si bien la Directiva sobre Sanciones a los Empleadores de Personas en Situación Irregular, además de luchar contra la inmigración al margen de la Ley, cuenta con algunos aspectos positivos que redundan en beneficio de los inmigrantes. En ella, se establece la prohibición general de empleo de nacionales de terceros países que no tengan derecho a residir en la Unión Europea (pár.3). Del mismo modo, se invita a los empleadores a tramitar en tiempo oportuno las renovaciones de los permisos de trabajo y residencia (pár.12), se exige al empleador el abono de la remuneración que esté pendiente en favor de los nacionales de terceros Estados (pár. 14), entre otros aspectos, que serán abordados con mayor amplitud en los siguientes capítulos.

### **3.2. Ámbito Americano: Organización de los Estados Americanos.**

La dignidad humana también está presente como justificación de la consagración de los derechos en el seno del Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos. Respecto de la Carta de la Organización de Estados Americanos<sup>454</sup> (en adelante OEA), si bien no se expresa literalmente la dignidad humana como principio, se habla de la proclamación de los derechos fundamentales de la persona humana que se fundamentan en la igualdad. Lo anterior permite interpretar que la invocación de la igualdad de las personas automáticamente supone el reconocimiento de la dignidad humana, pues como se ha visto a lo largo de este capítulo, estos dos principios en casi todos los instrumentos internacionales se consagran de manera inescindible.

#### **3.2.1. La Declaración y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.**

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre<sup>455</sup> (en adelante DADH), adoptada en el seno la OEA, ha sido considerada por el profesor **Grossman** como “el instrumento que incorpora como tema válido de las relaciones internacionales las expectativas sociales de que los gobiernos debían respetar los derechos de los individuos”<sup>456</sup> y por **Jesús María Yepes** como “(...) la culminación de una larga y secular evolución histórica, jurídica y política, que arranca desde el Congreso de Panamá de 1926 (...).”<sup>457</sup>

El párrafo 1º del preámbulo de la DADH establece que “los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”,

---

noviembre de 2004, Doc. DOUE C 53, de 3 de marzo de 2005, p. 1, Comunicación de la Comisión sobre las prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países, de 19 de junio de 2006, Doc. COM (2006) 402, final.

<sup>454</sup> Suscrita en Bogotá en 1948 y reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992, y por el Protocolo de Managua en 1993

<sup>455</sup> Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, mayo de 1948

<sup>456</sup> GROSSMAN, C.: “Reflexiones sobre el Sistema Interamericano de protección y promoción de los Derechos Humanos”, en *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, (R. Nieto Navia, Ed.), Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1994, p. 248

<sup>457</sup> YEPES J.M.: “Les Accords régionaux et le Droit International”, en *Recueil des cours de L’Académie Internationale de la Haye*, 1947, II, t. 71, pp. 131 y 132.

agregando que “los pueblos americanos han dignificado la persona humana...”<sup>458</sup> Posteriormente, reitera este principio al prescribir que “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos.” Sobre esta afirmación sostiene el profesor **Monroy Cabra** que “se ha adoptado la filosofía personalista que reconoce el valor de la dignidad de la persona humana como ser trascendente y dotado de derechos inmanentes a su naturaleza, que el Estado reconoce pero no crea y que debe garantizar y proteger en todo momento.”<sup>459</sup>

El párrafo siguiente del preámbulo resalta la importancia de la dignidad de la persona, pero desde la óptica de los deberes. Establece que: “Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad”. En nuestra opinión, esto constituye un límite al ejercicio de los derechos, pues no sólo se otorgan garantías a las personas, sino que también se les hace corresponsables del disfrute de los derechos de los demás y de la actitud que deben tener ante el ordenamiento jurídico.

La dignidad humana, de acuerdo con lo consagrado en la DADH, así como en otros instrumentos internacionales, es un atributo vinculado a la persona que se deriva de su propia existencia. En este sentido, como lo sostiene el profesor **Gros Espiell**, “la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre se inscribe en un proceso histórico americano en el que el ser humano es titular de derechos consustanciales con su naturaleza, inalienables e imprescriptibles.”<sup>460</sup>

Por su parte, el profesor **Salvioli** anota que “al ser los derechos humanos atributos inherentes a la persona, le pertenecen a ésta, más allá de cuáles sean sus conductas. Es decir, los derechos humanos son una valla que ningún estado puede atravesar en ninguna circunstancia por excepcional que esta sea.”<sup>461</sup>

La Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>462</sup> (conocida también como Pacto de San José), calificada por el profesor **Faúndez Ledesma** como el: “(...) corazón del Sistema

---

<sup>458</sup> Sobre este punto resaltamos lo afirmado por el al profesor **Gros Espiell**, quien al hacer un análisis del preámbulo de la CADH, sostiene que este reafirma “el propósito de los Estados Americanos de consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal, y de justicia social fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre.” De lo anterior puede inferirse que la dignidad de la persona humana es de esos derechos inherentes al hombre, tal como se verá más adelante. Ver. **GROS ESPIELL, H.:** *Estudios sobre derechos humanos*, Ob. Cit, p. 132.

<sup>459</sup> **MONROY CABRA, M.G.:** “Derechos y deberes consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, en *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, Washington, 2006, p. 34

<sup>460</sup> **GROS ESPIELL, H.:** “La Declaración Americana: raíces conceptuales y políticas en la historia, la filosofía y el derecho americano”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, No. Especial, 1989, p. 42

<sup>461</sup> **SALVIOLI, F.O.:** “El Aporte de la Declaración Americana de 1948, para la protección internacional de los derechos humanos”, en *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, memoria de seminario, Tomo I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, USAID, San José de Costa Rica, 2001, p. 683.

<sup>462</sup> Adoptada en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en vigor el 18 de julio de 1978

Interamericano de protección de los derechos humanos”<sup>463</sup>, también tiene referencias a la dignidad humana en sus normas. Si bien, en el preámbulo no se observa una alusión textual a la dignidad humana, sin embargo advertimos que del párrafo 3º, ésta se puede inferir, toda vez que se afirma que: “Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de un determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana (...)”, permite inferir que dentro de ellos necesariamente se encuentra la dignidad humana.

De otra parte, este argumento se fortalece si se da lectura al párrafo siguiente según el cual se consideran los principios de la Carta de la Organización de los Estados Americanos,<sup>464</sup> así como también de la DADH y, por supuesto, los proclamados en la DUDH. Sobre este punto conviene citar al profesor **Nieto Navia** quien sostiene, al referirse a la CADH, que: “En el preámbulo se reconoce que los principios que sirven de base a este tratado han sido también consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto del ámbito universal, como del ámbito regional.”<sup>465</sup> Lo anterior se produce, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH, o la Corte), en “(...) la tendencia de integrar el Sistema Regional y el Sistema Universal de protección de los derechos humanos.”<sup>466</sup>

Sobre este aspecto se pronuncia el profesor **Barberis**, quien sostiene al referirse al artículo 1.1 de la CADH, que “Este inciso dispone que los Estados respetarán los derechos humanos enumerados en la Convención sin establecer discriminaciones. Se trata de una norma jurídica que puede aplicarse a cualquiera de los derechos garantizados en ella.”<sup>467</sup> Interpretamos de allí, que la dignidad de la persona humana debe tenerse en cuenta dentro de los derechos que son protegibles sin que medie discriminación de ninguna naturaleza, toda vez que ésta se consagra como derecho y no solamente como principio inspirador en el artículo 11, como se anotará posteriormente.

El artículo 5.2 de la CADH ofrece una alusión textual a la dignidad humana al consagrar el derecho a la integridad personal: “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de la libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

En el artículo 6.2 sobre la prohibición de la esclavitud o la servidumbre, dispone “Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos

---

<sup>463</sup> FAÚNDEZ LEDESMA, H.: *El sistema de Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Tercera edición, Costa Rica, 2004, p.53

<sup>464</sup> El Artículo 3, L) de la Carta de la OEA, dispone que “Los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo”.

<sup>465</sup> NIETO NAVIA, R.: *Introducción al Sistema Interamericano de protección a los derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Temis, Bogotá, 1993, p. 50

<sup>466</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva No. 1 sobre *Otros tratados objeto de la función consultiva de la Corte* (artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos), de 24 de septiembre de 1982, Serie A, núm. 1, pár. 41.

<sup>467</sup> BARBERIS, J.A.: “Una reflexión sobre el artículo 1, inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Hector Gros Espiell, Liber Amicorum*, Vo. I, Bruylant, Bruselas, 1997, p. 84

delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzados, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso.”

El artículo 11 reviste gran importancia, en razón a que consagra la dignidad humana como un derecho concreto y no sólo como un principio, tal y como había ocurrido en los artículos anteriores. La norma preceptúa: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

Según el profesor **Gros Espiell**, el reconocimiento que la CADH hace a la dignidad como derecho en el artículo 11 “expresa el derecho al reconocimiento de la dignidad, que también se encuentra en el texto de la Declaración de la UNESCO sobre el genoma humano y los derechos humanos.”<sup>468</sup> Puede anotarse que con lo consagrado en el artículo 1 de la CDFUE, y el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, estos instrumentos han dado el carácter de derecho a lo que por lo regular en los demás instrumentos internacionales ha sido clásicamente considerado como un principio o un valor.

En 1988 se adopta el primer Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales<sup>469</sup>, conocido como el Protocolo de San Salvador, con el propósito de “remediar la laguna o insuficiencia histórica”<sup>470</sup> que, en palabras del profesor **Cançado Trindade**, existía en la CADH, si se le compara con la DADH y la DUDH.

En este instrumento internacional es posible hallar varias referencias a la dignidad de la persona humana, las cuales se inician en la parte considerativa del instrumento que dispone: “Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros”. Las demás alusiones se encuentran en su articulado.

Al regular el derecho al trabajo, lo vincula a la dignidad de la persona, pues dispone: “1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada”. Y en lo que respecta a las condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, establece el derecho a “una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción” (art.

---

<sup>468</sup> GROS ESPIELL, H.: “La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos Nueva Época*, Ob. Cit. pp. 219-220

<sup>469</sup> Adoptado en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988, entrada en vigor el 16 de noviembre de 1999.

<sup>470</sup> CANÇADO TRINDADE, A.A. “El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos (1948-2002)”, en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Ob. Cit, p. 558



7.a), para que toda persona pueda llevar una vida digna incluso en circunstancias especiales (vejez e incapacidad) se reconoce el derecho a la seguridad social (art. 10), sin olvidar el derecho a la educación que contribuye al desarrollo de la personalidad y a su dignidad (art.13.2).

En el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte,<sup>471</sup> no es posible encontrar una referencia expresa a la dignidad de la persona, sin embargo, en él se hace referencia a “Que toda persona tiene el derecho inalienable a que se le respete su vida sin que este derecho pueda ser suspendido por ninguna causa” (pár.2). Según nuestra opinión la alusión a la inalienabilidad a toda persona permite inferir de él, el respeto al principio de dignidad humana.

De lo anterior puede evidenciarse que la dignidad humana constituye uno de los principios irradiadores del cuerpo normativo que dicho atributo se reconoce a todas las personas. En seguida haremos referencia a la jurisprudencia del Sistema Interamericano que tenga estrecha relación con los derechos de los extranjeros, o permita identificar algún aporte en este sentido y, así mismo, evidencie la aplicación del principio de dignidad humana (pár.2).

El caso de las niñas *Yean y Bosico Vs. República Dominicana*<sup>472</sup>, al conocer de la alegada violación al artículo 3, la Corte IDH se refiere a la dignidad en los siguientes términos: “La Corte estima que la falta del reconocimiento de la personalidad jurídica lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares” (pár.179). Así, el haber mantenido a las niñas “en un limbo legal en que, si bien las niñas existían y se hallaban insertadas en un determinado contexto social, su existencia misma no estaba jurídicamente reconocida, es decir no tenían personalidad jurídica” (pár.180).

Lo anterior permite afirmar que el principio de dignidad humana juega un papel protagonista en este caso, debido a que el desconocimiento de la nacionalidad de las niñas por parte del Estado es valorado por parte de la Corte como una lesión a la dignidad de la persona, en razón a que niega de forma absoluta la condición de sujeto de derechos y ubica al individuo en circunstancias de vulnerabilidad extrema, que lo someten a la arbitrariedad. La dignidad se ve afectada también porque se incurre en un tratamiento desigual y discriminatorio, dado que las niñas son inmigrantes de segunda generación pues, como hace notar la Corte, se trata de personas con origen haitiano y, por este hecho, se impide el acceso a otro tipo de derechos esenciales.

---

<sup>471</sup> Adoptado en Asunción el 6 de agosto de 1990, entrada en vigor para los Estados que lo ratifiquen a partir de su ratificación, según el artículo 4.

<sup>472</sup> Corte IDH, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C, No.130, que es sometido a la Corte por remisión de la Comisión el 11 de julio de 2003, pretendió que se declarara la responsabilidad internacional del Estado por la violación a los artículos 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 8 (garantías judiciales), 19 (derechos del niño), 20 (derecho a la nacionalidad), 24(igualdad ante la Ley) y 25 (protección judicial) de la CADH. A las menores domico-haitianas Dilcia Yean y Violeta Bosico, (que por cierto pueden ser consideradas inmigrantes de segunda generación) se les negó la expedición de sus actas de nacimiento, pese a que ellas nacieron al interior al territorio del Estado y de que en el texto de la Constitución de República Dominicana se consagra como criterio para adquirir la nacionalidad el “*ius soli*” (párs. 2 y 3)

En el caso *Vélez Loor Vs. Panamá*<sup>473</sup>, la Corte IDH hace también algunas anotaciones sobre la dignidad humana.<sup>474</sup> La Corte se pronuncia sobre la dignidad humana al realizar una valoración de los derechos a la libertad personal, las garantías judiciales y el principio de legalidad, indicando que si bien los Estados tienen en ejercicio de su soberanía potestad de regular el tema de entrada de nacionales de otros Estados, esto tiene unas limitantes. Así expresa textualmente que: “(...) los Estados deben respetar sus derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa. De igual forma, la evolución de este ámbito del derecho internacional ha desarrollado ciertos límites a la aplicación de las políticas migratorias que imponen un apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana” (pár.101).

Se refiere de nuevo a la dignidad al entrar a evaluar las condiciones de detención del afectado de nacionalidad ecuatoriana y determina que “toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal” (pár.198).

Con respecto a la violación al derecho a las garantías judiciales, la Corte IDH reconoce que: “el derecho a la información sobre la asistencia consular, enmarcado en el universo conceptual de los derechos humanos, busca (...) el goce de condiciones de detención compatibles con el respeto debido a la dignidad de las personas” (pár.152). Por lo que se refiere a las condiciones de privación de la libertad anota que: “toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal” (pár.198). Además agrega “que los Estados no pueden invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que (...) no respeten la dignidad del ser humano” (pár.198).

En relación con los derechos derivados de la relación laboral (como será puesto de manifiesto con posterioridad) la Corte IDH realiza unas consideraciones respecto de la dignidad humana y su importancia en lo que tienen que ver con los derechos de los trabajadores migratorios. Afirma que entre los derechos y garantías que son esenciales para todos los trabajadores, independientemente de su condición jurídica, se encuentran entre otros “el principio fundamental de la dignidad humana consagrado en el artículo 1 de la Declaración Universal (...)” y precisa: “(...) que el ejercicio de los referidos derechos laborales fundamentales garantiza al trabajador y a sus familiares el disfrute de una vida digna. Los trabajadores tienen derecho a desempeñar una actividad laboral en condiciones

---

<sup>473</sup> Corte IDH, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C, No. 218

<sup>474</sup> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó demanda ante la Corte IDH, el 8 de octubre de 2009, en representación del señor Jesús Tranquilino Vélez Loor, de nacionalidad ecuatoriana en contra del Estado de Panamá por la violación a los artículos 5 (Integridad personal), 7 (libertad personal), 8 (garantías judiciales), 25 (protección judicial) de la CADH, y otros artículos de la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura, (presunta violación del Estado panameño de los arts. 1, 6, 8) pues el afectado fue procesado por delitos relacionados con su situación migratoria, sin las debidas garantías y puesto en detención en condiciones inhumanas.

dignas y justas, y recibir como contraprestación de su trabajo una remuneración que permita a ellos y sus familiares gozar de un estándar de vida digno” (pár.157).

En este sentido, de acuerdo con lo argumentado por la Corte IDH, el respeto por los derechos que tienen como fuente la relación laboral, siguiendo las palabras de la profesora **Salmón**, “son condición esencial para el acceso a condiciones de vida digna (...)”<sup>475</sup>

Lo analizado permite concluir que el reconocimiento de la dignidad como principio o como derecho es un proceso evolutivo inacabado, que en la medida de la ocurrencia de los hechos y de las necesidades de la persona va tomando más fuerza y se va aplicando a gran cantidad de casos en los que hay violaciones a los derechos humanos.

### **3.2.2. Otros tratados específicos.**

En el Sistema Interamericano, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura<sup>476</sup> hace alusión puntual a la dignidad humana en el texto de su preámbulo al reafirmar “(...) que todo acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes constituyen una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en la Carta de las Naciones Unidas y son violatorios de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (...)” (pár.3).

El preámbulo prescribe también “(...) el propósito de consolidar (...) las condiciones que permitan el reconocimiento y respeto de la dignidad inherente a la persona humana (...)” (pár. 5).

Así mismo, la dignidad humana es posible encontrarla referida en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas<sup>477</sup> en el preámbulo al establecer: “(...) que la desaparición forzada de personas constituye una afrenta a la conciencia del Hemisferio y una grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana (...)” (preámbulo, pár. 4).

La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad<sup>478</sup> al igual que los tratados citados anteriormente hace referencia a la dignidad humana en el preámbulo en el sentido de considerar “que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos (...) y que éstos (...) dimanen de la dignidad (...)”. (pár. 2).

---

<sup>475</sup> SALMÓN, E.: *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tomo I, Los derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pontificia Universidad Católica del Perú, GTZ, Lima, 2010, 74.

<sup>476</sup> Adoptada por la Asamblea General en Cartagena de Indias el 9 de diciembre de 1985, en vigor el 28 de agosto de 1991.

<sup>477</sup> Adoptada en Belem do Pará, el 9 de junio de 1994, en vigor el 28 de marzo de 1996.

<sup>478</sup> Adoptada en Guatemala el 7 de junio de 1999, entrada en vigor el 14 de septiembre de 2001.

## CAPÍTULO III

### PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN

#### 1. Los principios de igualdad y de no discriminación: su internacionalización

Como fue puesto de manifiesto en el capítulo anterior dedicado a la dignidad de la persona humana, el principio de igualdad y no discriminación es un valor constante que se visibiliza en las mismas fuentes normativas. A continuación se hará un análisis de la relevancia de estos principios, que por demás responde a una doble naturaleza, pues se consideran también como derecho. Adicionalmente, a lo largo de este capítulo se estudiará la aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los extranjeros y, en concreto, a los trabajadores migratorios y sus familias.

En este contexto, cabe hacer notar que los principios de igualdad y no discriminación han estado presentes desde los orígenes del proceso de internacionalización de los derechos humanos, así queda puesto de manifiesto en el preámbulo de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas<sup>479</sup> (en adelante ONU) al proclamar: “(...) la igualdad de derechos de hombres y mujeres” (pár. 2).

El profesor **Carrillo Salcedo** sostiene que: “El Derecho Internacional anterior a la Carta de las Naciones Unidas carecía de normas respecto del tratamiento que un Estado pudiera dar a sus nacionales ya que *únicamente regulaba la posición jurídica de los extranjeros de acuerdo a un estándar mínimo de justicia y civilización*: respecto de su integridad personal, de sus bienes, de su derecho a no ser discriminados ni tratados arbitrariamente, etc. Estas obligaciones eran debidas a la nacionalidad del extranjero en cuestión y no directamente a los individuos, ya que éstos no eran titulares de derechos subjetivos en el derecho internacional tradicional”<sup>480</sup>.

Según nuestra opinión, este antecedente puede ser considerado como un pequeño germen del principio de no discriminación, sin embargo, el profesor **Carrillo Salcedo** agrega que pese a esto “(...) la protección jurídica del extranjero era muy precaria en el derecho internacional clásico: ante todo porque podían ser protegidos por el Estado de su nacionalidad si éste quería hacerlo, ya que la protección de las personas lesionadas por actos contrarios al Derecho Internacional cometidos por un Estado *era una facultad discrecional del Estado de la nacionalidad de la persona que hubiese sufrido una violación del Derecho Internacional*; también porque, obviamente, el ejercicio de dicha facultad discrecional estaba fuertemente condicionada por consideraciones políticas; por último, porque los Estados poderosos podían abusar de los débiles a través del cauce de la protección diplomática de sus nacionales en el extranjero”<sup>481</sup>.

Gracias a la consagración de principios como la dignidad de la persona humana (analizado en el capítulo anterior) y los principios de igualdad y no discriminación en el disfrute de los

---

<sup>479</sup>Firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945, entrada en vigor el 24 de octubre de 1945.

<sup>480</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A.: *Dignidad frente a la barbarie: La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Mínima Trotta, Madrid, 1999, p. 28.

<sup>481</sup> *Ibidem*, p. 29.

derechos de todas las personas en la Carta de la ONU y con posterioridad en la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH)<sup>482</sup> se pone de manifiesto la meta del reconocimiento y el ejercicio de los derechos de las personas, lo que responde al deseo de universalización.

En la Carta de la ONU, el artículo 1.3 también ofrece una referencia a la igualdad y a su correlativo componente, el principio de no distinción, pues consagra como uno de sus propósitos “realizar la cooperación internacional (...) en desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”. El artículo 55 por su parte, en refuerzo del principio de no distinción preceptúa que: “Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá (...) c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”.

Sobre este aspecto, la profesora **Salado Osuna** manifiesta que “ En los artículo 1.3 y 55.c) la cuestión relativa a los derechos humanos se configura como un factor estabilizador de paz, pero a su vez como una nueva dimensión del Derecho Internacional pues a partir de entonces, todo ser humano sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión será objeto de atención por este ordenamiento jurídico”<sup>483</sup>.

Por su parte, el artículo 76.b) señala como uno de los propósitos básicos del régimen de administración fiduciaria la promoción de los derechos humanos en pie de igualdad<sup>484</sup>. Pese a lo anterior, debe precisarse que según la Carta de la ONU, la igualdad se encuentra expresamente consagrada respecto de los hombres y las mujeres (preámbulo), no obstante, no podría llegar a afirmarse que dicho principio es únicamente aplicable a estas personas, sino a todas, pues es necesario acudir a la interpretación sistemática de las disposiciones antes transcritas, esto es, al artículo 1.3 que se refiere a estimular el respeto a los “ (...) derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos sin hacer distinción (...)” por una serie de motivos que han sido expuestos.

De otra parte, si se recuerda el artículo 55.c, en él se busca promover “(...) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción (...)”.

En este sentido, como lo sostiene el profesor **Saura Estapá**, puede afirmarse que “(...) la existencia de unos derechos y libertades fundamentales de contenido mínimo objetivo que

---

<sup>482</sup> Adoptada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

<sup>483</sup> SALADO OSUNA, A.: *Textos básicos de Naciones Unidas, relativos a derechos humanos y su estudio preliminar*, Secretariado de Publicaciones Universidad de Sevilla, Sevilla, 2004, pp. 26 y 27.

<sup>484</sup> Dispone: “Promover el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.” (art.76.b).

deben regir a todo ser humano en todo momento y circunstancia<sup>485</sup>, lo que según nosotros es evidencia del principio de igualdad.

## 2. Consagración normativa de los principios en el ámbito universal

### 2.1. Carta Internacional de los Derechos Humanos

El principio de igualdad está expresado de manera reiterada en la DUDH) y, en este sentido, debe comenzarse por lo previsto en el preámbulo<sup>486</sup>. La DUDH precisa la importancia del principio de igualdad, pues tal y como lo anota la profesora **Salado Osuna** “La Declaración Universal fue el primer catálogo internacional de derechos humanos de carácter universal que vino a precisar qué se entiende por derechos humanos y libertades fundamentales a los que hace referencia en abstracto la Carta<sup>487</sup>”.

Según el profesor **Fernández de Casadevante Romani**, la DUDH “(...) enumera los derechos básicos y las libertades fundamentales a las que tienen derecho todos los hombres y las mujeres del mundo, sin discriminación alguna<sup>488</sup>, aspecto que para el profesor **Cassese** constituye “(...) una victoria-no total ciertamente- de la humanidad entera<sup>489</sup>”.

Dentro de los principios y derechos reconocidos por la DUDH se encuentran los principios de igualdad y de no distinción y no discriminación que, según el profesor **Pastor Ridruejo**, es evidencia del carácter global de la protección a los derechos humanos, al sostener “(...) la idea resultante de la Declaración Universal de 1948, de la universalidad de los derechos humanos, idea basada, según el preámbulo de la Declaración, en la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables<sup>490</sup>”.

El preámbulo de la DUDH marca la primera referencia de reconocimiento de la igualdad de las personas<sup>491</sup>. La importancia de las palabras contenidas en el preámbulo son resaltadas por el profesor **Carrillo Salcedo**, quien sostiene que: “El preámbulo de la Declaración

---

<sup>485</sup> SAURA ESTAPÁ, J.: “La internacionalización de los derechos humanos”, en *Los derechos humanos en siglo XXI, continuidad y cambios*, (J. Bonet Pérez y V. M. Sánchez, Dirs.) Huygens editorial, Barcelona, 2008, p. 105.

<sup>486</sup> El cual establece: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de (...) los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” (preámbulo, párr. 1)

<sup>487</sup> SALADO OSUNA, A.: “La protección Internacional de los derechos humanos”, en *Diccionario crítico de los derechos humanos* (R. Soriano Díaz, C. Alarcón Cabrera y J. Mora Molina, Dir.) Universidad Internacional de Andalucía, 2000, p. 214.

<sup>488</sup> FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C.: “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, tercera Edición, Editorial Dilex, Madrid, 2007, p. 69.

<sup>489</sup> CASSESE, A.: *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Ariel, Barcelona, 1993, p. 56.

<sup>490</sup> PASTOR RIDRUEJO, A.: “La globalización de los derechos humanos: el reto del siglo XXI”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, No. 2, 2º semestre, 2003, p. 22.

<sup>491</sup> Al referirse: “Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.” (preámbulo, párr. 5).

Universal parte de la idea de que los derechos humanos tienen su raíz en la dignidad y el valor de la persona humana. Por eso corresponden a *todos* (cursiva fuera de texto) los miembros de la familia humana derechos iguales e inalienables<sup>492</sup>.

**Villán Durán** por su parte, coincidente con lo puesto de manifiesto por la profesora **Salado Osuna**, sostiene que la DUDH “(...) tiene el indudable mérito de constituir el primer instrumento jurídico mundial que recoge un conjunto de principios en los que se consagran los derechos y libertades fundamentales del ser humano, reconocidos por la Comunidad Internacional y fundamentados en la dignidad e *igualdad* (cursiva fuera de texto) del género humano<sup>493</sup>. Lo anterior nos permite inferir la íntima, inescindible y necesaria relación que se presenta entre la dignidad de la persona humana y el derecho a la igualdad.

Lo consagrado en el preámbulo de la DUDH nos permite sostener que todas las personas tienen como atributo la dignidad, por el solo hecho de pertenecer a la especie humana, por lo que automáticamente son titulares de los derechos humanos, los que no se reconocen de cualquier modo, sino en igualdad de condiciones. Esto significó, sin duda, un gran avance en razón de la consagración del principio de igualdad en relación con los derechos proclamados.

Sobre el preámbulo queremos anotar las palabras del profesor **Carrillo Salcedo** quien, refiriéndose al profesor **Cassin**, recuerda un símil según el cual la: “Declaración podría ser comparada a un templo en cuyo atrio formado por el preámbulo, se afirma la unidad de la familia humana y cuyos cimientos están constituidos por los principios de libertad, *igualdad y no discriminación* (cursiva fuera de texto), y fraternidad proclamados en los artículos 1 y 2<sup>494</sup>. Esta comparación ha sido reiterada por la doctrina, pues puede hallarse una reproducción de esto mismo en las palabras del profesor **Blázquez** quien afirma, al referirse a la dignidad, que de ella “derivan los postulados de la libertad, de la igualdad y de la fraternidad<sup>495</sup>”.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el preámbulo, también hay que tener presente que el artículo 1 de la DUDH reconoce la igualdad de las personas<sup>496</sup>. El artículo 2.1 también ofrece una referencia explícita a la igualdad<sup>497</sup>. Estas primeras prescripciones normativas nos permiten afirmar que la titularidad de la igualdad, es reconocida “todo ser humano”, lo que denota que desde el mismo nacimiento las personas deben ser consideradas como seres

---

<sup>492</sup> CARRILO SALCEDO, J.A.: *Dignidad frente a la barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Ob. Cit, p. 54.

<sup>493</sup> VILLÁN DURÁN, C.: “La Declaración Universal de Derechos Humanos en la práctica de las Naciones Unidas”, en *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, (A. Blanc Altemir. Ed.), Tecnos, Madrid, 2001, p. 51.

<sup>494</sup> CARRILO SALCEDO, J.A.: *Dignidad frente a la barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Ob. Cit, p 54 y 55.

<sup>495</sup> BLÁZQUEZ, N.: “El recurso de la dignidad humana en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas”, en *Dignidad de la persona y derechos humanos*, Instituto Pontificio de filosofía, Madrid, 1982, p. 110.

<sup>496</sup> Dispone que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (art.1).

<sup>497</sup> Al prescribir que: “toda persona tiene todos 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” (art.2.1).

iguales. Este atributo se deriva de su propia dignidad, tal como se estudió en capítulo anterior.

Al hacer un análisis de otras disposiciones normativas de la DUDH podrá notarse que se reconoce la igualdad respecto de algunos derechos en particular, tales como la igualdad ante la ley (art.7), garantías derivadas del debido proceso (art.10)<sup>498</sup>, derecho al matrimonio y fundar una familia (art.16), acceso a la función pública de su país (art.21), igualdad salarial (art.23.2), protección social de todos los niños (art.25.2), acceso a estudios superiores (art.26.1).

Así mismo, si bien no existen otras disposiciones que de forma expresa hagan alusión al principio de igualdad, dicho principio parece estar implícito en todos los artículos que proclaman los derechos, pues se reconocen los mismos en sentido positivo, esto es, a favor de “toda persona” o “todo individuo” (art. 1, 2, 3, 6, 7, 8, 10, 11.1, 13, 14, 15.1, 16, 17.1, 18, 19, 20.1, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29), o bien en sentido negativo utilizando el término “nadie”, es decir, nadie puede objeto de los tratos prohibidos (art. 4, 5, 9, 11.2, 12, 15.2, 17.2, 20.2).

Es pertinente precisar que la Proclamación de Teherán realizó una afirmación sumamente relevante en lo que se refiere al principio de igualdad. Afirmó que la DUDH “enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables”<sup>499</sup>.

Por su parte, la Declaración de Viena (2003)<sup>500</sup> afirma que todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes<sup>501</sup>, dejando claro que los principios básicos consagrados en la DUDH son eje central de referencia para el desarrollo de los derechos que se pretende consagrar y desarrollar en los demás tratados internacionales en materia de protección de derechos humanos, lo que en palabras de la profesora **Salado Osuna** se expresa de la siguiente forma: “El desarrollo normativo a favor de los derechos humanos tiene como punto de partida la Declaración Universal de Derechos Humanos (...)”<sup>502</sup>. Esto significa, según nosotros, que la dignidad humana y, por supuesto, el principio de igualdad y no discriminación deberán estar presentes en ellos.

En este aspecto puede hacerse referencia a la opinión del **Villán Durán**, quien afirma que: “(...) las Naciones Unidas no se han limitado a confirmar la DUDH como fuente inspiradora de todo el desarrollo normativo del DIDH, sino también como punto de referencia para medir los progresos realizados por los Estados en el área de los derechos

---

<sup>498</sup> “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”(art.10).

<sup>499</sup> Proclamación de Teherán, adoptada en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, en Teherán 13 de mayo de 1968, pár. 2, Doc. A/CONF.3/41.3, de 13 de mayo de 1968.

<sup>500</sup> Proclamada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena del 14 al 25 de junio de 1993, Doc. A/CONF.157/23, de 12 de julio de 1993.

<sup>501</sup> Tal y como lo declara su párrafo I.5.

<sup>502</sup> SALADO OSUNA, A.: “La protección Internacional de los derechos humanos”, en *Diccionario crítico de los derechos humanos*, Ob. Cit. p. 214.



humanos”<sup>503</sup>. Aspecto que, según nosotros, involucra la inclusión de los estándares de igualdad definidos por la DUDH.

Lo anterior nos permite deducir que, así como en la Carta de la ONU uno de los propósitos fundamentales es la promoción de los derechos de las personas dentro del respeto a la dignidad y a la igualdad, posteriormente en la DUDH se rescatan estos planteamientos, pero además se maximizan, pues se desarrollan a partir del catálogo de derechos allí consagrados. Estos elementos han reforzado la labor de los sistemas universal y regional de protección, de modo que los posteriores desarrollos normativos que se estudiarán se sustentan en los propósitos y valores consagrados en la DUDH.

Los Pactos Internacionales de 1966, esto es, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>504</sup> (en adelante PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>505</sup> (en adelante PIDESC) también hacen alusión explícita al principio de igualdad.

Dichos Pactos cuentan con preámbulos comunes (como fue señalado en el capítulo anterior) y al remitirse a la DUDH se refiere a los “derechos iguales e inalienables” (preámbulo, pár. 1) de los miembros de la familia humana.

En su parte dispositiva, el PIDCP prevé la igualdad entre los hombres y las mujeres (art.3). Sobre esta norma en particular, el Comité de Derechos Humanos sostiene que “El artículo 3 explicita que todos los seres humanos deben disfrutar en pie de igualdad e íntegramente de todos los derechos previstos en el Pacto. Esta disposición no puede surtir plenamente sus efectos cuando se niega a alguien el pleno disfrute de cualquier derecho del Pacto en un pie de igualdad. En consecuencia, los Estados deben garantizar a hombres y mujeres por igual el disfrute de todos los derechos previstos en el Pacto”<sup>506</sup>.

En sentido similar a la DUDH, el PIDCP establece la igualdad ante los órganos de justicia<sup>507</sup> y consagra la igualdad entre los esposos<sup>508</sup>. Así mismo, la igualdad ante la Ley está expresada en el PIDCP<sup>509</sup>. Tal y como sucede con la DUDH, el PIDCP reconoce la

---

<sup>503</sup>VILLÁN DURÁN, C.: “La Declaración Universal de Derechos Humanos en la práctica de las Naciones Unidas, en *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Ob. Cit, pp. 58 y 59.

<sup>504</sup> Adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A(XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976.

<sup>505</sup> Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 3 de enero de 1976.

<sup>506</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 28, *Igualdad de derechos entre hombres y mujeres*, 68° periodo de sesiones (2000), Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), de 27 de mayo de 2008, pár. 2.

<sup>507</sup> “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia” (art.14.1), así como también dispone que: “(...) Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas (...)” (art. 14.3).

<sup>508</sup> “Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo (art.23.4).

<sup>509</sup> Al establecer: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley”. A este respecto, la ley (...) garantizará a todas las personas protección igual y efectiva (...) (art.26).

igualdad de las personas de manera explícita en algunos casos, y de manera tácita en otros, en razón a que, tal y como ocurre con otros instrumentos internacionales, se emplea la terminología de pronombres indeterminativos “toda persona, todos, Nadie” (art.2.3.a, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12.1, 12, 14, 15 16, 17, 18, 19, 21, 22, 24, 26).

Los derechos contenidos en el PIDCP se aplican a todas las personas por pertenecer a la raza humana, ello es el reflejo natural de la universalidad que se predica como característica esencial de los derechos según la DUDH. Así, el reconocimiento de la dignidad siguiendo las palabras del profesor **Blanc Altemir** “(...) se deriva de la común condición de todos los seres humanos, en la medida en que pertenecen a una especie única y diferente del resto del reino animal dotada de naturaleza libre y racional (...)”<sup>510</sup>. Lo anterior podemos interpretarlo como el fundamento básico para que la igualdad pueda operar a favor de las personas, pues si los seres humanos compartimos dicha condición como efecto de ello, tenemos la posibilidad de ser amparados por las normas que reconocen derechos humanos en condiciones de igualdad.

Las disposiciones del PIDESC establecen la igualdad del hombre y la mujer en el disfrute de los derechos contenidos en él (art.3). La igualdad se consagra expresamente al reconocer a toda persona el salario equitativo y otra serie de garantías laborales<sup>511</sup>. Conviene realizar la misma apreciación que se efectuó anteriormente al analizar el PIDCP, en el sentido que en el PIDESC gran parte de sus normas se reconocen a todas las personas (art. 6.1, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15) y los deberes que se imponen a los Estados se formulan de manera indeterminada.

La igualdad en el acceso a estos derechos políticos reconocidos en la DUDH (art.21) y PIDCP (art. 25), se predica en estos casos únicamente de los ciudadanos de cada país. Así lo expone el Comité de Derechos Humanos al afirmar “Excepcionalmente, algunos de los derechos reconocidos en el Pacto son expresamente aplicables sólo a los ciudadanos (...)”<sup>512</sup>.

La anterior afirmación del Comité de Derechos Humanos lleva a que se plantee el verdadero alcance del principio de igualdad en la aplicación del PIDCP. En este sentido, debe analizarse el significado de la expresión “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el

---

<sup>510</sup> BLANC ALTEMIR, A.: “Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal”, en *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Ob. Cit, p. 17.

<sup>511</sup> “Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual” (art.7.a.i). Del mismo modo, “Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad” (art.7.c). “La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita” (art.1.3c).

<sup>512</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 15, *Situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, 27º periodo de sesiones, 1986, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), de 27 de mayo de 2008, párr. 1 y 2.

presente Pacto” (art.2.1). La presencia en el territorio de un Estado no genera mayor confusión, pues se trata de la existencia física de una persona en el territorio de un Estado.

No obstante, el requisito adicional que aparentemente sugiere la norma de estar sometido a la jurisdicción del Estado como aspecto complementario a la presencia del extranjero en el territorio de un Estado que no es el de su nacionalidad, nos lleva a plantear el siguiente cuestionamiento: ¿Acaso el que un extranjero esté sometido a la jurisdicción de un Estado implica que el Estado haya aceptado la entrada de la persona en su territorio, es decir se encuentre en situación jurídica de legalidad?. En este sentido podríamos responder a este interrogante de la siguiente manera:

El Comité de Derechos Humanos, en la Observación General No. 15, considera que “En general, los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todas las personas, independientemente de la reciprocidad, e independientemente de su nacionalidad o de que sean apátridas (...)” y agrega que: “Así pues, la norma general es que se garanticen todos y cada uno de los derechos reconocidos en el Pacto (...)” (párs. 1 y 2). Podemos inferir que si la norma general es que se garanticen los derechos a todas las personas, incluidos los extranjeros, gran parte de los artículos del PIDCP son de titularidad de dichas personas, por lo que con posterioridad el Comité se refiere a las excepciones a esta regla.

Se precisa que: “El Pacto no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni de residir en él. En principio, corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio (...). De esto, podríamos deducir que dadas las afirmaciones anteriores sobre los demás derechos que no contemplan expresa exclusión en torno a la titularidad de los extranjeros, existe un reconocimiento para estas personas. Más aún cuando en el renglón siguiente se sostiene: “El Pacto no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni de residir en él. En principio, corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio. Sin embargo, en determinadas circunstancias un extranjero puede acogerse a la protección del Pacto, incluso respecto de cuestiones de ingreso o residencia, por ejemplo cuando se plantean consideraciones de no discriminación, de prohibición de trato inhumano y de respeto de la vida de la familia” (pár.5).

Esta interpretación nos lleva a sostener que incluso en determinadas circunstancias de presencia irregular de un extranjero en el territorio de un Estado, se pueden ejercitar ciertos derechos por parte de esta persona, y la permanencia sin el cumplimiento de las reglas no implica una negación absoluta de los derechos de parte del Estado de destino.

En todo caso, la redacción y la interpretación realizada por el Comité de Derechos Humanos, nos parece que no es muy diáfana pues nos genera dudas sobre el alcance de la igualdad, según el PIDCP. Lo anterior se puede evidenciar en la siguiente afirmación: “(...) Un Estado puede imponer también condiciones generales a un extranjero que se halle en tránsito. No obstante, una vez que se les permite entrar en el territorio de un Estado Parte, los extranjeros tienen todos los derechos establecidos en el Pacto” (pár.6). De lo anterior inferimos que si no ha sido admitido, no sería titular de ningún derecho del PIDCP.

El Comité también afirma que si un extranjero es admitido en un Estados tiene el “(...) derecho inherente a la vida, protegido por la ley, y no puede ser privado de la vida arbitrariamente. No deben ser sometidos a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, ni pueden ser sometidos a esclavitud o servidumbre. Los extranjeros tienen pleno derecho a la libertad y a la seguridad personal. Si son privados de su libertad con arreglo a derecho, deben ser tratados con humanidad y con el respeto a la dignidad inherente de su persona. Un extranjero no puede ser encarcelado por no cumplir una obligación contractual (...)” (pár.7). En seguida de este derecho, el Comité se refiere a la libertad de circulación, elección de residencia, derechos que solamente son de titularidad de un extranjero, siempre y cuando haya sido admitido por el Estado, esto es, se encuentre en situación jurídica de regularidad. El hecho de enunciar todos los demás derechos con este último nos lleva a pensar que los extranjeros son titulares de los derechos del PIDCP, únicamente si han sido admitidos por el Estado, lo cual excluiría a aquellos que han ingresado de manera irregular.

El PIDESC establece que: “Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos” (art.2.3). La regla general garantiza a “todas las personas” el ejercicio de los distintos derechos previstos en el Pacto” (pár.3), sin embargo, aparentemente se permite una excepción a esta regla general consistente en las condiciones particulares de los Estados que no tienen economías sólidas y se encuentran en procesos emergentes, en lo que atañe a los derechos económicos, sociales y culturales.

En opinión del profesor **Bonet Pérez**, esta cláusula “introduce una derogación particular del principio incluido en el artículo 2.2 del PIDCP (...) que ha de entenderse en el contexto del proceso de descolonización que condiciona la adopción del PIDESC, en el que los Estados en reciente independencia desean afirmar su soberanía sobre sus recursos económicos”<sup>513</sup>.

Lo anterior nos permite interpretar que la disposición obedece a que, por la misma naturaleza de estos derechos, los recursos económicos de los países en vía de desarrollo son más limitados que los de los países desarrollados y, en este sentido, se les permite revisar su disponibilidad presupuestal para garantizar limitadamente o excluir a los extranjeros de ellas.

Resulta adecuado referirse a la Observación General No. 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la cual, si bien no se hace explícita la interpretación del artículo 2.3 del PIDESC, se hace referencia a la prohibición de discriminación por motivos nacionales<sup>514</sup>.

---

<sup>513</sup> BONET PÉREZ, J.: *Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigrantes: un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español*, Cuadernos Deusto No.22, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, p. 27.

<sup>514</sup> El Comité precisa que esa igualdad en el acceso de los DESC se debe predicar “Sin perjuicio de la aplicación del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, cuyo texto es: “Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida

Por otra parte, en varias de las Observaciones Generales emitidas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se menciona la dificultad de los Estados en vía de desarrollo para dar cumplimiento a la satisfacción de estos derechos a su población nacional<sup>515</sup>, reconociendo incluso que la cooperación internacional “(...) puede resultar un elemento particularmente importante para que algunos países en desarrollo cumplan las obligaciones contraídas en virtud del Pacto” (pár.18)<sup>516</sup>.

En ese sentido, nos inclinamos por pensar y argumentar que con base en todo lo expuesto en el capítulo de dignidad, y en los apartados anteriores a este, la igualdad es un principio que se garantiza también a los extranjeros. Esto no obsta para que hayan limitaciones al mismo, las cuales serán analizadas al estudiar el principio de no distinción y de no discriminación.

En este punto resulta conveniente analizar el principio de “no distinción”, el cual se encuentra presente también en varios instrumentos internacionales, y determinar si por él puede llegar a entenderse lo mismo que por el principio de no discriminación. Debe darse inicio al estudio con lo previsto en la Carta de la ONU, que establece que: “Los propósitos de las Naciones Unidas son: (...) Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión (...)” (art.1.3).

Por su parte, la Carta de la ONU también señala que: “Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá (...) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades” (art.55.c).

Por último, otra de las normas de la Carta de la ONU que se refiere a la no distinción alude al régimen de administración fiduciaria, el que se planteaba como uno de sus objetivos: “promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión” (art.76.c). Debe aclararse que

---

garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos” Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20, pár. 30, nota al pie de página, No. 22.

<sup>515</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 4, *El derecho a la vivienda adecuada*, sexto periodo de sesiones (1991), Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), de 27 de mayo de 2008, pár. 4, Observación General No. 6, *Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores*, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), de 27 de mayo de 2008, pár. 3, Observación General No. 11, *Planes de acción para la enseñanza primaria*, 20º periodo de sesiones (1999), Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), de 27 de mayo de 2008, pár. 3.

<sup>516</sup> Ver también Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, 22 periodo de sesiones (2000), Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), de 27 de mayo de 2008, pár. 40, Observación General No. 15, *El derecho al agua*, 29 periodo de sesiones, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), de 27 de mayo de 2008, pár. 34.

esta norma no se encuentra vigente, toda vez que el último territorio en fideicomiso ha alcanzado su gobierno propio e independencia<sup>517</sup>.

De hacer una primera lectura a estas normas pareciera que la no distinción es un sinónimo de la no discriminación en la Carta de la ONU. Conviene, en todo caso, continuar con el estudio de las demás disposiciones con el fin de precisar si dicha afirmación es aplicable a los demás instrumentos.

La DUDH también se refiere de manera textual a la no distinción “Toda persona tiene todos 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. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía” (art.2).

Sobre el particular conviene tener en consideración lo sostenido por el profesor **Gómez Isa**, quien afirma que en el artículo 2 “se produce una ampliación de las circunstancias en virtud de las cuales se prohíbe la discriminación en relación con el artículo 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas”<sup>518</sup>. En la Carta de la ONU, los motivos por los cuales es prohibido ejecutar actos distintivos, comprenden la raza, el sexo, el idioma o la religión. A su vez, para la DUDH también es prohibido distinguir por motivos de opinión política, origen nacional, social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Lo anterior evidencia el desarrollo progresivo del principio de no distinción y denota también el ánimo de universalizar los derechos humanos. Vale mencionar que, para el autor referenciado, al parecer la no distinción y la no discriminación son conceptos sinónimos.

De otra parte, conviene tener presente las palabras de **Villán Durán**, quien afirma que: “(...) la Declaración consagra el reconocimiento internacional de los derechos y libertades de *todos los seres* humanos, sin que quepa formular ningún tipo de discriminación (...)”<sup>519</sup>.

Es relevante referirse al último motivo por el que se prohíbe la distinción de acuerdo con el artículo 2, “cualquier otra condición”, pues según sostiene **Villán Durán**: “Esta última frase es tan amplia que permite abarcar nuevas formas de discriminación que aparecen en la sociedad actual, y que desde luego, no estaban contempladas en el texto de la Declaración, puesto que algunas de ellas ni siquiera se conocían al momento de su redacción”<sup>520</sup>. La afirmación del autor mencionado deja entrever que pueden ser sinónimas las expresiones distinción y discriminación.

---

<sup>517</sup> Ver <http://www.un.org/es/mainbodies/trusteeship/>

<sup>518</sup> GÓMEZ ISA, F. “La Declaración Universal de Derechos Humanos: algunas reflexiones en torno a su génesis y contenido”, en *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su cincuenta aniversario un estudio interdisciplinar*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, p.49.

<sup>519</sup> VILLÁN DURÁN, C.: La Declaración Universal de Derechos Humanos en la práctica de las Naciones Unidas”, en *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Ob. Cit. p. 53.

<sup>520</sup> *Ibidem*

Consideramos que la expresión “cualquier otra condición” abarca un concepto jurídico indeterminado que tiene vocación dinámica a favor de la protección de los derechos humanos. Esto es, al referirse a “cualquier otra condición” se abre la puerta para que otro criterio que sea incompatible con la dignidad propia de las personas, pueda ser entendido como motivo para prohibir un acto de distinción.

Hasta este momento podríamos inferir que, dado que es no exactamente claro si la no distinción y la no discriminación son lo mismo en la DUDH, si es cierto que estos conceptos son complementarios a la igualdad.

El PIDCP hace alusión a la no distinción al definir el campo de aplicación personal del tratado<sup>521</sup>. Establece: “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades (...)” (art.25).

De lo dispuesto en los dos referidos artículos, podemos deducir que el término no distinción se emplea como un sinónimo de la no discriminación, toda vez que al enunciar los motivos por los cuales no puede excluirse a una persona del reconocimiento de los derechos reconocidos en el Pacto se enuncian los mismos, los cuales son aquellos por los cuales se prohíbe discriminar. Estos son, la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social.

Si se acude a la interpretación del Comité de Derechos Humanos expuesta en la Observación General No. 18, se podrá llegar a esta misma conclusión por cuanto en ella el Comité afirma que, si bien en el PIDCP no hay una definición, toma la consagrada en otros instrumentos<sup>522</sup>.

De acuerdo con esto, se define la discriminación con la palabra “distinción” y se enuncian los motivos por los cuales es prohibido propinar dicho tratamiento, lo que implica que las dos expresiones son sinónimas. Sin embargo, no cualquier distinción implica que exista trato discriminatorio, por lo que habrá que consultarse la finalidad, es decir, que busque anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos consagrados en el PIDCP.

---

<sup>521</sup> “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (art.2.1).

<sup>522</sup> “(...) en el Pacto no se define el término “discriminación” (...)” pero se acude a lo dispuesto en la Convención Internacional sobre todas las Formas de Discriminación Racial, y a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y en dichos tratados la discriminación: “ (...) denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basadas en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales (...)” Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, *No discriminación*, 37º periodo de sesiones, (1989), Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), de 27 de mayo de 2008, pág. 6. .

En el PIDESC, al reconocer el derecho al trabajo se hace referencia al principio de no distinción<sup>523</sup>. De acuerdo con lo anterior, para poder concluir si la no distinción y la no discriminación en el PIDESC se emplean como sinónimos, es necesario realizar un análisis del principio de no discriminación en los referidos instrumentos internacionales antes abordados, esto es, en la Carta de la ONU, en la DUDH y en los Pactos de 1966, como se verá enseguida.

El principio de no discriminación no se encuentra consagrado expresamente en la Carta de la ONU, en su lugar sí se hace referencia a lo no distinción, tal y como se señaló en los párrafos anteriores. Por su parte, la DUDH realiza una vinculación directa de este principio con el de igualdad<sup>524</sup>. Lo anterior, nos permite afirmar que, si bien la DUDH no consagra separadamente el principio de no discriminación, no lo omite y se refiere a él en estrecha relación con la igualdad en el disfrute de los derechos de las personas.

El PIDCP, en varios de sus artículos se refiere al principio de no discriminación<sup>525</sup>. Debe advertirse que en esta norma no se consagra como motivo prohibido de discriminación el origen nacional de las personas, lo que nos podría llevar a pensar que este motivo no estaría prohibido de manera absoluta en los casos en los que se hace la proclamación de circunstancias excepcionales, como se estudiará a continuación.

Por su parte, resulta de vital importancia tener presente que el PIDCP establece que “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación,

---

<sup>523</sup> Al disponer que: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a (...) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie (...)” (art.7.a.i).

<sup>524</sup> Al disponer “Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación” (art.7). En los mismos términos se expresa “Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual (...)” (art.23.2).

<sup>525</sup> Al regular la suspensión de las obligaciones de los Estados en circunstancias excepcionales establece: “En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social” (art.4.1). En este sentido debemos referirnos a la Observación General No. 29 del Comité de Derechos Humanos en la cual se transcriben los motivos por los cuales no se puede discriminar, y al retomar las palabras contenidas en el tratado se precisa que: “(...) una de las condiciones para la justificación de cualquier suspensión de las disposiciones del Pacto es que las medidas adoptadas no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social” (párr. 8). No obstante el Comité también reconoce la especial protección que debe darse a las personas que sean pertenecientes a minorías étnicas. Expresa que: “(...) la protección internacional de los derechos de las personas pertenecientes a minorías comprende elementos que deben respetarse en toda circunstancia. Esto se refleja en la prohibición del genocidio en el derecho internacional, en la inclusión de una cláusula de no discriminación en el propio artículo 4 (párr. 1) (...)” (párr. 13.c). Así mismo, considera que “La proclamación de un estado de excepción de conformidad con el párrafo 1 del artículo 4 no podrá invocarse en caso alguno como justificación por un Estado Parte para incurrir, en violación del artículo 20, en propaganda en favor de la guerra o apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.” (párr. 13.e) Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, *Suspensión de obligaciones durante un Estado de Excepción*, 72º periodo de sesiones (2001), Doc. HRI/GEN/1/Rev. 9(Vol. I) de 27 de mayo de 2008.



la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley” (art.20.2). Al consagrar los derechos de los niños, el PIDCP también se refiere de forma expresa a la no discriminación<sup>526</sup>.

Conviene tener en consideración que en la Observación General No. 29 el Comité de Derechos Humanos reitera que la distinción y la no discriminación son conceptos sinónimos, pues afirma que: “Aun cuando el artículo 26 y las demás disposiciones del Pacto relativas a la no discriminación (...)”, y se enuncian los artículos que hacen referencia expresa a la no distinción, incluso también aquellos que se refieren a la igualdad. Por otra parte, el Comité da al principio de no discriminación el tratamiento de derecho, al sostener “(...) existen elementos o dimensiones del derecho a la no discriminación que no admiten excepción en circunstancia alguna” (pár.8).

El Comité de Derechos Humanos, en la Observación General No. 18, se refiere también a la no discriminación<sup>527</sup>. Explica el contenido del derecho a la igualdad ante la ley y elabora un listado de los motivos por los cuales no se puede discriminar a una persona, citando entre ellos el nacimiento, el origen nacional y la raza, aspecto que es aplicable a los extranjeros. Previamente a esto, se refiere a la relación inescindible entre la igualdad y la no discriminación y, de manera explicativa, se refiere a la norma que consagra la no distinción (art.2.1)<sup>528</sup> al hacer referencia al ámbito de aplicación personal del PIDCP. También enuncia los motivos por los cuales no puede hacerse distinción y guardan coincidencia con aquellos por los cuales no se puede discriminar, lo que se confirma por parte de dicho Comité que la no distinción y la no discriminación son conceptos sinónimos.

Al definir el contenido del concepto no discriminación, señala el Comité de Derechos Humanos en la Observación General No. 18 : “(...) en el Pacto no se define el término discriminación ni se indica qué es lo que constituye discriminación (...)” (pár.6), en consecuencia, conforme fue señalado al abordar el análisis de la “no distinción”, el Comité acude a otros tratados que si contienen dicha definición, en los cuales se le entiende

---

<sup>526</sup> “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento” (art.24.1). Por su parte, el derecho a la igualdad ante la ley se refiere de manera expresa a la no discriminación al consagrar “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (art.26).

<sup>527</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, *No discriminación*, 37º periodo de sesiones (1989), Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I). Precisa que: “La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y a la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos” (pár.1) . Con posterioridad, reitera que: “ (...) En virtud del artículo 26 todas las personas no solamente son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley, sino que también se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley y se garantiza a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (pár. 1).

<sup>528</sup> Así, el párrafo 1 del artículo 2 del PIDCP establece la obligación de cada Estado Parte de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

también como distinción<sup>529</sup>, sin que entre a establecer una clara diferencia entre uno y otro concepto, sino todo lo contrario, es decir se define la discriminación como una distinción basada en los motivos prohibidos, y con el objeto de anular o menoscabar el reconocimiento, goce y ejercicio, en condiciones de igualdad (...)” (pár.7).

Así mismo, el Comité afirma: “Tanto en el párrafo 1 del artículo 2 como en el artículo 26 se enumeran los motivos de discriminación tales como la raza, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social (...)”. También sostiene que: “(...) el artículo 2 del Pacto limita el ámbito de los derechos que han de protegerse contra la discriminación a los previstos en el Pacto” (párs.11 y 12). Si bien, la letra textual del artículo 2.1 se refiere a la no distinción, para el Comité los motivos allí enunciados hacen referencia a la prohibición de discriminación.

Resulta fundamental tener presente que, con respecto a la consagración de la igualdad ante la ley (art.26), para el Comité de derechos humanos dicha prescripción normativa “(...) no se limita a reiterar la garantía ya prevista en el artículo 2 sino que establece en sí un derecho autónomo<sup>530</sup>.

Antes de concluir sobre la diferencia entre el principio de no distinción y no discriminación, es preciso tener en consideración que, dada la relación estrecha existente entre el principio de igualdad y no discriminación, según el Comité de Derechos Humanos el “(...) goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia<sup>531</sup>, toda vez que “(...) no toda diferenciación de trato constituirá una 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” (pár.13). Lo anterior nos permite concluir que estos tratos diferenciados se aceptan -según la interpretación del Comité, para favorecer a las personas, es decir, son medidas de acción positiva (como se estudiará a continuación).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también se ha referido al principio de no discriminación en la Observación General No. 20, en términos similares a los puestos de manifiesto por el Comité de Derechos Humanos<sup>532</sup>.

---

<sup>529</sup> Ver artículo 1° Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, y el artículo 1° de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

<sup>530</sup> Prohíbe la discriminación de hecho y de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas” (...) por lo que la aplicación del principio de no discriminación del artículo 26 no se limita al ámbito de los derechos enunciados en el Pacto”, (pár. 12).

<sup>531</sup> Bajo la interpretación del Comité de Derechos Humanos existen algunos casos en los cuales la igualdad no implica de las personas sean tratadas de manera idéntica. Artículo 6.5 que contempla la prohibición de la pena de muerte a los menores de 18 años y a las mujeres embarazadas, el artículo 10.3 que establece que los delincuentes menores sean separados de los adultos. Artículo 25 que garantiza los derechos políticos a los ciudadanos que hayan cumplido la edad.

<sup>532</sup> Ha sostenido que “La discriminación dificulta el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de una parte considerable de la población mundial.” Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20, pár. 1el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha expresado que “La no discriminación y la igualdad son componentes fundamentales de las normas

Alude a que “(...) el crecimiento económico no ha conducido por sí mismo a un desarrollo sostenible y hay personas y grupos de personas que siguen enfrentando desigualdades socioeconómicas, a menudo como consecuencia de arraigados patrones históricos y de formas contemporáneas de discriminación”<sup>533</sup>. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también se refiere a los motivos por los cuales no se puede discriminar, al reproducir el artículo 2.2 del PIDESC<sup>534</sup>. Dichos motivos son coincidentes con los previstos en el PIDCP.

Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a lo largo de todo el PIDESC está presente el principio de no discriminación y, así mismo, hace referencia a normas de otros instrumentos que lo consagran, como es el caso de la Carta ONU (art.1.3). Si bien, en la argumentación de los párrafos anteriores señalábamos que en dicho tratado no se hace referencia expresa a la no discriminación, sino que en su lugar es posible hallar la no distinción, para este Comité los dos conceptos son sinónimos, como también lo sostiene el Comité de Derechos Humanos. El Comité que interpreta en la Observación General No. 20, el PIDESC y sostiene en ese particular que: “En el artículo 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas (...) se prohíbe la discriminación respecto del goce de los derechos económicos, sociales y culturales (...) “Cabe señalar que por discriminación se entiende toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto” (pár. 5 y 6).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales distingue entre las diferentes clases de discriminación que pueden presentarse al interior de los Estados. Así aclara qué debe entenderse por discriminación formal, sustantiva, directa, indirecta y sistémica<sup>535</sup>.

---

internacionales de derechos humanos y son esenciales a los efectos del goce y el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales” (pár.1).

<sup>533</sup> *Ibidem*. Sobre el particular, conviene tener presente el informe de la Conferencia Mundial contra la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, en el cual se reconoce que: “(...) la xenofobia contra los no nacionales, en particular los migrantes, los refugiados y los solicitantes de asilo, constituye una de las principales fuentes del racismo contemporáneo, y de las violaciones de los derechos humanos cometidas contra los miembros de esos grupos se producen ampliamente en el contexto de prácticas discriminatorias, xenófobas y racistas.”. Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Doc. A/CONF. /189/12, de 25 de enero de 2002. pár. 16.

<sup>534</sup> Entre ellos; “(...) raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Dichos motivos son coincidentes con los previstos en el PIDCP, y en consecuencia con lo interpretado por el Comité de Derechos Humanos al retomar las dos Convenciones Internacionales que se refieren al tema (Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, y Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer). Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20, pár. 2.

<sup>535</sup> Por discriminación formal, debe entenderse aquella que proviene de las normas del Estado, toda vez que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sostiene que: “Para erradicar la discriminación formal es preciso asegurar que la Constitución, las leyes y las políticas de un Estado no discriminen por ninguno de los motivos prohibidos (...)” (pár. 8.a). La sustantiva o material, suponen el disfrute efectivo de los DESC, y sostiene el Comité que para “(...) Para eliminar la discriminación en la práctica se debe prestar suficiente

Debemos tener en consideración que muchas de estas modalidades de discriminación pueden afectar a las personas extranjeras y a los trabajadores migratorios, no solamente para la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, sino para otro tipo de derechos.

Precisa el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que “(...) Todo trato diferencial por alguno de los motivos prohibidos se considerará discriminatorio a menos que exista una causa razonable y objetiva para dispensarlo. Ello entraña evaluar si el fin y los efectos de las medidas o las omisiones de que se trate son legítimos y compatibles con la naturaleza de los derechos recogidos en el Pacto, y si el único fin que se persigue es promover el bienestar general en una sociedad democrática” (pár.13). Con esto, el Comité pretende poner de manifiesto cuales son las distinciones autorizadas por el PIDESC que no implican la existencia de un trato discriminatorio. Se refiere, además, a la necesidad de que se aplique el principio de proporcionalidad a la hora de evaluar la medida que origina un trato diferencial, así sostiene: “(...) debe existir una relación de proporcionalidad clara y razonable entre el fin buscado y las medidas u omisiones y sus efectos. La falta de recursos para no acabar con el trato discriminatorio no es una justificación objetiva y razonable, a menos que el Estado parte se haya esforzado al máximo por utilizar todos los recursos de que dispone para combatirlo y erradicarlo con carácter prioritario” (pár.13).

Lo anterior, según nuestra opinión, implica un desarrollo progresivo en lo que al análisis de las distinciones se refiere, como quiera que en la Observación General No. 18 el Comité de Derechos Humanos no se pronunció acerca de la necesidad de efectuar el análisis de la relación de proporcionalidad, sino que se limitó a hacer alusión a los motivos objetivos y razonables (como ya se puso de manifiesto). Por otra parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, clasifica los tipos de discriminación, aspecto que no había sido definido por el Comité de Derechos Humanos.

Debemos remarcar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se refiere al trato diferencial y lo hace en términos similares a lo expresado por el Comité de

---

atención a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes en lugar de limitarse a comparar el trato formal que reciben las personas en situaciones similares. Los Estados partes deben, por tanto, adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o de facto” (pár. 8.b). La discriminación directa, ésta comporta que “(...) un individuo recibe un trato menos favorable que otro en situación similar por alguna causa relacionada con uno de los motivos prohibidos de discriminación (...) También constituyen discriminación directa aquellos actos u omisiones que causen perjuicio y se basen en alguno de los motivos prohibidos de discriminación cuando no exista una situación similar comparable” (pár. 10.a). La discriminación indirecta se ocasiona cuando existen “(...) leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación”. Respecto de esta forma el Comité de derechos económicos, sociales y culturales se refiere a un supuesto concreto en el que los nos nacionales pueden resultar afectados, como ocurre cuando se exige “(...) una partida de nacimiento para poder matricularse en una escuela” (pár. 10.b). La discriminación sistémica según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales debe entenderse cuando: “(...) periódicamente la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistémica puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros” (pár. 12).

Derechos Humanos, respecto de que la discriminación no implica dispensar un trato idéntico<sup>536</sup>.

De la interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General No. 20, se desprenden elementos o requisitos que facultan a los Estados para no tratar a las personas de manera idéntica. Estos son, la existencia de una causa objetiva y razonable, lo que a su vez implica que el fin y los efectos del trato diferencial no contraríen el espíritu de los derechos del PIDESC. De otra parte, la existencia o preservación del interés general legitima el trato diferencial. Finalmente, se busca que la medida se adecúe a un juicio de proporcionalidad, es decir, que las medidas o restricciones impuestas al ejercicio de los derechos contemplados en el PIDESC se justifiquen para perseguir un beneficio mayor.

Si bien, de lo expuesto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales podemos derivar que los tratos diferenciales no podrán ser decididos de manera arbitraria por parte de un Estado, también nos queda claro que no es posible pensar que la aplicación del principio de no discriminación implica que en ningún caso pueda existir la diferencia de trato. De todas formas, sí nos asalta la duda en torno a la amplitud de estos conceptos y al amplio margen de apreciación que puede llegar a tener un Estado a la hora de justificar un trato diferenciado, sin que se corra el riesgo de que se pueda incurrir en discriminación.

Lo anterior nos lleva a pensar que la prohibición de discriminación es absoluta y que existen motivos no taxativos que limitan la potestad de los Estados y generan garantías para las personas, sin embargo, al existir supuestos de hecho diversos, en caso de ser necesario, y en tanto se cumplan los requisitos dispuestos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es posible otorgar tratos diferenciales, que no implicarán discriminación si se da cumplimiento a dichos requisitos, por lo que una situación que a primera vista podría ser catalogada como discriminación, debe analizarse en detalle y llegar a constituirse en una legítima distinción, o en un trato diferencial en caso de dar cumplimiento a los parámetros ya expuestos, lo que implicaría, según nosotros, que la distinción o la diferencia de trato es un concepto relativo.

En torno a lo anterior, no podemos omitir lo sostenido por el Relator Especial para los Derechos de los Migrantes, quien recuerda la prohibición general de discriminación y recomienda a los Estados que ésta debe aplicarse a los trabajadores migratorios y a sus familias<sup>537</sup>.

---

<sup>536</sup> Precisa el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en la Observación General No. 20 que: “Todo trato diferencial por los motivos prohibidos se considerará discriminatorio a menos que exista una causa razonable y objetiva para dispensarlo. Ello entraña evaluar si el fin y los efectos de las medidas o las omisiones de que se trate son legítimos y compatibles con la naturaleza de los derechos recogidos en el Pacto, y si el único fin que se persigue es promover el bienestar general en una sociedad democrática. También debe existir una relación de proporcionalidad razonable entre el fin buscado y las medidas u omisiones y sus efectos.” (pár. 13).

<sup>537</sup> Expresa que: “Los Estados tienen la responsabilidad y la obligación de respetar y proteger a todas las personas que se encuentran en su territorio, tanto nacionales como extranjeras, como quiera que hayan entrado en el país y cualquiera que sea su situación como migrantes. En general, los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todas las personas, independientemente de la reciprocidad, e independientemente de su

El análisis del principio de igualdad, así como el de no distinción y no discriminación, nos dejan múltiples conclusiones; de una parte, queda claro que el principio de igualdad, la prohibición de no distinción y de no discriminación, se reconoce a todas las personas conforme a lo estudiado en gran parte de los instrumentos internacionales que se han analizado. Esto supone que son titulares de estos principios, tanto los nacionales como los extranjeros, en el caso de que tales personas se encuentren sometidas a la jurisdicción de los Estados.

Por otro lado, el profesor **Ágüelo Navarro** afirma que: “(...) La esencia del Estado de derecho moderno es precisamente la igualdad de derechos. El desconocimiento de tal principio en relación con los extranjeros ataca los fundamentos mismos del Estado de derecho basado en el paradigma de la igualdad, que en nuestros actuales ordenamientos desconocen la relación con el trato al extranjero”<sup>538</sup>.

El profesor **Nowak**, anticipándose al Comité de Derechos Humanos, afirma que la obligación de respetar los derechos contenidos en el PIDCP a todas las personas que se encuentran dentro de la jurisdicción del Estado, es una “obligación de respetar de modo inmediato, es decir desde la fecha de entrada en vigor del Pacto para el Estado Parte (...)”. Esta obligación de respetar anota el autor citado, significa que los Estados Parte deben: “(...) abstenerse de restringir el ejercicio de estos derechos en aquellas cuestiones para las que expresamente no tienen autorización”<sup>539</sup>. Con posterioridad, el Comité de Derechos Humanos en la Observación General No. 31, en términos similares sostiene que: “El párrafo 1 del artículo 2, relativo al respeto y a la garantía de los derechos reconocidos por el Pacto, produce un efecto inmediato en todos los Estados Partes” (pár.5)<sup>540</sup>.

Debido a que de la misma redacción del PIDCP, así como de los instrumentos que le dan sustento, esto es la Carta de la ONU y la DUDH, los derechos reconocidos se deben garantizar a todas las personas, es pertinente analizar la Observación General No. 15 del Comité de Derechos Humanos, pues ilustra la aplicación de las disposiciones del PIDCP en el caso de las personas extranjeras y anota que todas las disposiciones del PIDCP “(...) son aplicables a todas las personas, independientemente de la reciprocidad, e independientemente de su nacionalidad o de que sean apátridas”<sup>541</sup>.

---

nacionalidad o de que sean apátridas”. *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante, Doc. A/62/218, 10 de agosto de 2007, pár. 14.

<sup>538</sup> AGUELO NAVARRO, P.: “Derechos y Libertades de los extranjeros”, en *La globalización y los derechos humanos*, Sevilla 2003, p. 95.

<sup>539</sup> NOWAK, M.: “El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos”, en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, (F. Gómez Isa, Dir.), Universidad de Deusto, Bilbao, p. 170.

<sup>540</sup> *Índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 80º periodo de sesiones (2004), Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), de 25 de mayo de 2008.

<sup>541</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 15, *La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, 27º periodo de sesiones 1986, Doc. HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol. I), de 25 de mayo de 2008. El Comité parte de una preocupación que reviste gran importancia al expresar: “En los informes de los Estados Partes con frecuencia no se ha tenido en cuenta que todos los Estados Partes deben velar por que se garanticen los

De la interpretación del Comité de Derechos Humanos, en la Observación General No. 15 y la lectura del artículo 2 podemos inferir que todos los derechos pueden ser ejercitados por todas las personas, incluidas las extranjeras y, en consecuencia, los trabajadores migratorios. Esto permitiría catalogar como garantista la interpretación del Comité de Derechos Humanos, pues afirma de manera categórica que la prohibición de discriminación es amplia y que no procede “la discriminación entre nacionales y extranjeros. (...)” El Comité agrega que “(...) Los extranjeros se benefician de la prohibición general de no discriminación respecto de los derechos garantizados, conforme al artículo 2 del Pacto”. Esta garantía debe aplicarse por igual a extranjeros y nacionales. Excepcionalmente, algunos de los derechos reconocidos en el Pacto son expresamente aplicables, como ha sido señalado, sólo a los ciudadanos (art. 25), en tanto que hay normas que se refieren en sentido estricto sólo a los extranjeros (art. 13). Luego de hacer una síntesis sobre la actitud de los Estados frente a los extranjeros (...) refuerza la prohibición de discriminación sosteniendo que: “El Pacto otorga plena protección a los extranjeros respecto de los derechos en él garantizados y sus disposiciones deben ser respetadas por los Estados Partes en su legislación y en la práctica (...)” (pár. 2, 4 y 7).

Conviene recordar las palabras del profesor **Bonet Pérez**, quien sostiene que “la igualdad lo es en el plano formal, y el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia, de modo que no toda diferenciación constituirá discriminación, si los criterios de diferenciación son razonables y objetivos (...). Afirma que “el artículo 2.1 operaría (...) como un límite a las diferencias de trato entre nacionales y extranjeros en el ejercicio de ciertos derechos y libertades, ya que no basta que se ajusten a los fines legítimos de la excepción o restricción específica, sino que han de responder al parámetro de la no discriminación anteriormente indicado: sustentarse en motivos razonables y objetivos”<sup>542</sup>.

Reiteramos, entonces, lo que se venía sosteniendo respecto de que es legítimo que los Estados establezcan diferenciaciones entre los extranjeros que están en situación de legalidad y los que no lo están, pues es una consecuencia natural del mismo sistema jurídico que en un Estado de derecho las infracciones a las leyes tengan algún tipo de consecuencia negativa (sanción, multa, etc.); sin embargo, lo que sí debería entrar a cuestionarse, a la luz del principio de igualdad y no discriminación, es cuáles son esos comportamientos que en realidad pueden resultar lesivos, no sólo para los intereses de los Estados, sino para la dignidad de las personas, como por ejemplo, la entrada de extranjeros con fines criminales y terroristas, y en su lugar diferenciar que tipo de conductas, si bien, no se ajustan a la ley migratoria interna de un Estado, no tiene como finalidad lesionar a la sociedad de acogida, como podría suceder con un extranjero que lo único que busca es obtener medios de subsistencia, ingresos y estabilidad laboral.

---

derechos reconocidos en el Pacto (...) a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción (párrafo 1 del artículo 2)” (pár. 1).

<sup>542</sup> BONET PÉREZ, J.: *Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigrantes: un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español*, Cuadernos Deusto No.22, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, pp. 27 y 30.

Pese a lo anterior, no puede perderse de vista que en tiempos de crisis económica mundial, como ocurre en la actualidad, el ingreso de extranjeros puede llegar a perjudicar gravemente a un Estado con una alta tasa de desempleo, sin embargo, compete a los expertos en temas económicos medir el impacto de la presencia de los extranjeros en un Estado de destino en crisis, pues en algunos casos en particular también podrían contribuir con la economía de un país.

De otra parte, en nuestro análisis también se cuestiona si es necesario entrar a determinar si son verdaderamente legítimos, a la luz de la condición humana, los requisitos que los Estados establecen para la entrada de extranjeros, revisar de nuevo el derecho a salir de cualquier país (garantía consagrada en el PIDCP, art.12.2) en relación a su correlativa consecuencia, esto es, poder entrar en otro Estado, lo que nos lleva a las reflexiones sobre *ius migrandi* efectuadas por los profesores **Chueca Sancho y Ágüelo Navarro**<sup>543</sup> en gran parte de sus trabajos académicos.

Lo anterior puede contrastarse con el hecho de que los extranjeros y los trabajadores migrantes, por lo regular se ven afectados por las desigualdades económicas, pues una de las causas que origina la migración es la búsqueda de mejores condiciones de vida, y así lo ha manifestado el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes<sup>544</sup>.

Sobre el particular, resulta pertinente referirse a lo sostenido por el profesor **Juste Ruiz**, quien afirma que: “El disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales por parte de los inmigrantes y extranjeros ofrece dificultades particulares, derivadas tanto de la naturaleza de estos derechos como de la capacidad efectiva del Estado para extenderlos a todas las personas (...). Lo anterior, pues el mismo PIDESC, en el artículo 2.1 ordena a los Estados Partes: “(...) adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y cooperación (...) hasta el máximo de los recursos de que disponga para lograr progresivamente por todos los medios apropiados (...) la plena efectividad de los derechos (...)”<sup>545</sup>.

Si bien, el Comité interpreta que la ausencia de recursos económicos para garantizar los derechos no es justificación para discriminar, un Estado Parte no está obligado a lo imposible y podrá demostrar que ha actuado de manera diligente poniendo a disposición

---

<sup>543</sup> CHUECA SANCHO, A y AGUELO NAVARRO, P.: “El novísimo derecho humano de las personas a migrar”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No.5, Valladolid, 2004, pp. 291- 292, CHUECA SANCHO, A.: “Un análisis de las migraciones a través de cinco mitos”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 9, julio 2005, Valladolid, pp. 239-252, CHUECA SANCHO, A y AGUELO NAVARRO, P.: “La Convención sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias”, *Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 10, Valladolid, 2005, pp. 117, 125, CHUECA SANCHO, A.: “El *ius migrandi* en el derecho internacional de las migraciones”, en *Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas desde el siglo XXI*, Manuel Balado Ruiz Gallegos), Bosch, Barcelona, pp. 753-776. AGUELO NAVARRO, P.: “Derechos y libertades de los extranjeros”, en *La globalización y los derechos humanos, IV jornadas internacionales de DDHH*, Talasa Editores, Sevilla, 2003, pp. 90-102, entre otros muchos trabajos.

<sup>544</sup> Al afirmar que: “(...) las dificultades en frenar la inmigración irregular se deben a muchos factores, entre ellos la difícil situación económica y política de los países de origen y la visión que los migrantes tienen en Europa como un paraíso de oportunidades”, , Doc. E/CN.4/2004/76, 12 de enero de 2004, p. 3.

<sup>545</sup> JUSTE RUIZ, J.: “Inmigración, nacionalidad y extranjería: el marco jurídico internacional”, en *Estudios sobre derecho de extranjería*, (E. Álvarez Conde, E. Pérez Martín, Coord.) Universidad Rey Juan Carlos, Instituto de Derecho Público, Madrid, 2005, p. 311.



todos sus recursos económicos disponibles para hacer realidad los DESC. Adicionalmente, los Estados tienen un amplio margen de discrecionalidad en este sentido y, de acuerdo con las prioridades establecidas internamente, pueden definir el grado de garantía de esos derechos a los extranjeros. Lo anterior, siguiendo lo sostenido por el profesor **Juste Ruiz**, implica que “(...) el Estado puede establecer restricciones específicas (...) siempre que pudieran fundamentarse como compatibles con la naturaleza de los derechos y no deriven en discriminación arbitraria”<sup>546</sup>.

Así mismo, dentro de los motivos de discriminación, es preciso resaltar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirma que la “(...) lista no es exhaustiva y que pueden incluirse otros motivos en esta categoría. Entre los motivos expresos se encuentra el origen nacional<sup>547</sup>. Cabe anotar que, en el caso de los extranjeros y en consecuencia, los trabajadores migratorios, dicho motivo prohibido puede concurrir con la diferencia por idioma, raza o color<sup>548</sup>.

Adicionalmente, según la apreciación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General No. 20 en un Estado “(...) No se debe impedir el acceso a los derechos amparados en el Pacto por razones de nacionalidad, por ejemplo, todos los niños de un Estado, incluidos los indocumentados, tienen derecho a recibir una educación y una alimentación adecuada y una atención sanitaria asequible (...) y sobre esto anota que: “(...) Los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todos, incluidos los no nacionales, como los refugiados, los solicitantes de asilo, los apátridas, los trabajadores migratorios” (pár.30).

En la Observación General No. 16, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se refiere de modo especial a la mujer migrante y a las circunstancias en las que puede ser víctima de discriminación. Reconoce que con frecuencia las mujeres se ven privadas del disfrute de sus derechos humanos en condiciones de igualdad con el hombre<sup>549</sup>. Y en relación con los migrantes, sostiene que se “(...) prohíbe tratar de manera diferente a una persona o grupo de personas a causa de su estado (...) y la situación de refugiado o migrante” (pár.10).

---

<sup>546</sup> *Ibidem*, p. 312.

<sup>547</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20. “(...) El "origen nacional" se refiere al Estado, la nación o el lugar de origen de una persona. Esas circunstancias pueden determinar que una persona o un grupo de personas sufran una discriminación sistémica en el ejercicio de los derechos que les confiere el Pacto” (pár. 24).

<sup>548</sup> Sobre el particular, el Comité sostiene que “(...) La discriminación por motivos de idioma suele guardar estrecha relación con el trato desigual por motivos de origen nacional o étnico”. Así mismo, en cuanto a los motivos raciales afirma que esto “(...) incluye el origen étnico de las personas” (pár. 21).

<sup>549</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 16, *La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales*. 34º periodo de sesiones, 2005, Doc. HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol. I), de 27 de mayo de 2005. Afirma el Comité que “(...) Muchas mujeres sufren diversas formas de discriminación al combinarse los motivos de sexo con factores como la raza, el color, el idioma, la religión, las opiniones políticas u otras, el origen nacional o social, el nivel económico, el nacimiento u otros factores como la edad, la pertenencia étnica, la presencia de discapacidad, el estado civil, la condición de refugiado o migrante, que agravan la situación de desventaja” (pár. 5).

La discriminación a la que puede ser sometida la mujer migrante ha sido puesta de manifiesto también por la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes<sup>550</sup>. De este modo, la doble condición de vulnerabilidad, que impide que sus derechos se disfruten en condiciones de igualdad, es evidenciada por la Relatora en términos muy similares a los expresados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>551</sup>. En otro informe más reciente, el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes reitera esta preocupación y recomienda a los Estados a que “(...) entre las soluciones de protección para la población migrante la Asamblea General y el Consejo llaman la atención a los Estados para promover y proteger efectivamente los derechos humanos de todos los migrantes, especialmente las mujeres y los niños (...)”<sup>552</sup>.

Para la Organización Internacional del Trabajo, la discriminación en contra de las mujeres migrantes también ha resultado ser un aspecto de interés y ha manifestado que: “La discriminación es grave cuando se trata de trabajadores que se dedican a actividades económicas no aceptadas socialmente o consideradas ilegales, como los trabajadores de la industria del sexo o los migrantes. El VIH/ SIDA refuerza, además, patrones de desigualdad de género a través de sus efectos en las mujeres de las familias afectadas por la epidemia”<sup>553</sup>. Por otra parte, la importancia de eliminar conductas constitutivas de discriminación en este aspecto tiene tal alcance e importancia que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales resalta que “(...) aún en tiempos de limitaciones graves de recursos, se debe proteger a las personas y grupos desfavorecidos y marginados mediante la adopción de programas específicos de relativo bajo costo”<sup>554</sup>. Es importante tener en cuenta que dentro de los referidos grupos desfavorecidos o vulnerables, se encuentran los trabajadores migrantes, así lo ha manifestado no sólo este Comité, sino otros de los órganos instituidos en virtud de los tratados<sup>555</sup>.

---

<sup>550</sup> Así ha manifestado su preocupación “Por la marginación como mujeres y personas que migran, las trabajadoras migratorias pueden encontrarse fácilmente en una situación de vulnerabilidad, por la violencia, los abusos, tanto en ámbito doméstico como en el laboral.” *Informe presentado por la Relatora Especial*, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, Doc. E/CN.4/2000/82 del 6 de enero de 2000, pág. 56.

<sup>551</sup> “En la mayoría de las estructuras sociales las trabajadoras migratorias se encuentran en una situación de gran marginación, que el Estado suele agravar y tolerar implícitamente” (pág. 57).

<sup>552</sup> *Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants*, Mr. Jorge Bustamante, Doc. A/HRC/11/7, of 14 May of 2009, pág. 40.

<sup>553</sup> Organización Internacional del Trabajo OIT, *Informe del Director General de la OIT*, Conferencia Internacional del Trabajo, 91º reunión, Ginebra, 2003, pág. 110. De otra parte, continuando con el diagnóstico de la situación de la mujer migrante la OIT también manifiesta su interés en que se erradiquen conductas discriminatorias relacionadas con el salario que perciben las mujeres migrantes, y sostiene “(...) los ingresos de quienes representan la inmensa mayoría en la categoría más baja de la jerarquía profesional, por ejemplo, las mujeres, migrantes y otros grupos a los que se discrimine por criterios de etnia, nacionalidad de origen, edad, invalidez o salud, entre otras cosas” (pág. 169).

<sup>554</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 18, pág. 12.i.

<sup>555</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No.1, *Presentación de informes por los Estados Partes*, 3º periodo de sesiones 1989, Doc. HRI/GEN/1/Rev. 9(Vol. I), de 27 de mayo de 2005, pág. 3, Observación General No. 2, *Medidas internacionales de asistencia técnica*, 4º periodo de sesiones, 1990, Doc. HRI/GEN/1/Rev. 9(Vol. I), de 27 de mayo de 2005, págs. 6 y 12, Observación General No. 4, *El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*, 6º periodo de sesiones, 1991, Doc. HRI/GEN/1/Rev. 9(Vol. I), de 27 de mayo de 2005, págs. 8.a y 8d, 11, 13, 19,

La interpretación del citado Comité nos permite deducir que, pese a los impedimentos económicos, los Estados Parte se encuentran obligados a garantizar este derecho de manera universal a todas las personas, sin que haya cabida a tratamientos discriminatorios por ninguno de los motivos que se encuentran prohibidos en el Pacto, entre ellos, naturalmente el origen nacional, racial o la lengua, aspectos todos estos que se vinculan con la particular situación de los extranjeros.

La interpretación que han efectuado, tanto el Comité de Derechos Humanos como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre los principios de igualdad, no distinción y no discriminación, nos permite concluir que en términos generales los mismos son aplicables a todas las personas, sin perjuicio de que puedan proceder tratos diferenciados por los motivos ya expuestos, en todo caso es necesario complementar el estudio con las disposiciones de los tratados específicos y las respectivas interpretaciones de sus órganos.

## 2.2. Tratados específicos

De la misma forma como ocurre con otros tratados, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial<sup>556</sup> (en adelante CERD) invoca los principios de las Naciones Unidas, entre los cuales se encuentra la igualdad, la cual es “(...) inherente a todos los seres humanos (...)” (preámbulo, pár. 2). Con posterioridad, también en el preámbulo se recuerda la DUDH<sup>557</sup>.

Al dar la definición de discriminación, relaciona este principio de manera directa con la igualdad de la persona<sup>558</sup>. En la CEDR, en varias de sus disposiciones normativas se hace alusión al disfrute de los derechos en condiciones de igualdad y establece: “Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos (...)” (art.1.4.), (art.2.2), se reconoce la igualdad ante la ley (art.5.1), igualdad de tratamiento ante los tribunales (art.5.1.a), la consagración de igual salario por igual trabajo (art.5.i), derecho a la participación en actividades culturales en condiciones de igualdad (art.5.i.vi).

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial señala que: “La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin discriminación alguna, constituye un principio básico de la protección de los derechos

---

Observación General No. 5, 11 periodo de sesiones, 1994, *Las personas con discapacidad*, Doc. HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol. I), pár. 12.

<sup>556</sup> Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, entrada en vigor el 4 de enero de 1969.

<sup>557</sup> proclama “(...) que todos los seres humanos nacen libres e iguales (...)” (pár. 3), “(...) todos los hombres son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley (...)” (pár.4).

<sup>558</sup> “(...) el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública” (art.1.1.).

humanos”<sup>559</sup>. A su vez, resaltando la importancia de la igualdad, el Comité reitera lo sostenido por el Comité de Derechos Humanos<sup>560</sup>. Por su parte, como ya se ha señalado, en este tratado se da una definición de lo que es la discriminación racial (artículo 1.1)<sup>561</sup>, la cual es empleada tanto por el Comité de Derechos Humanos, como por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, indicando los motivos por los cuales no puede ser discriminada una persona, dentro de los cuales se encuentra enunciado el origen nacional; también se consagra de manera expresa que la Convención “(...) no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado Parte en la citada Convención entre ciudadanos y no ciudadanos” (art. 1.2).

En la Recomendación General No. XI, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial precisa a los Estados que lo previsto en la CERD frente a los no ciudadanos, no implica que se “(...) exime a los Estados Partes de toda obligación de presentar informes sobre cuestiones relativas a la legislación concerniente a los extranjeros (...) y que el párrafo que permite a los Estados las distinciones entre nacionales y extranjeros no supone que “(...) se desvirtúen de algún modo los derechos y libertades reconocidos y enunciados en otros instrumentos (...)”<sup>562</sup>. Con posterioridad, el Comité profundiza en el alcance de la disposición del artículo 1.2 en la Recomendación General No. XXX<sup>563</sup> y parte del reconocimiento de los valores plasmados en la Carta de la ONU y en la DUDH, así como en las disposiciones de los Pactos de 1966. En este sentido, recuerda también los aportes de la Declaración de Durbán<sup>564</sup>.

En términos similares a los ya expresados en la Recomendación General No. XI, el Comité afirma en la Recomendación General No. XXX que: “(...) En el párrafo 2 del artículo 1 se prevé la posibilidad de distinguir entre ciudadanos y no ciudadanos. El párrafo 3 del artículo 1 declara que las disposiciones legales de los Estados Partes sobre nacionalidad,

---

<sup>559</sup>Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General No. XIV, *Relativa al párrafo 1 del artículo 1 de la Convención*, 42º periodo de sesiones (1993), Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), de 27 de mayo de 2008, pár. 1.

<sup>560</sup> Al precisar que “ (...) Muchos de los derechos y libertades mencionados en el artículo 5, como el derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales, beneficiarán a todas las personas que vivan en un Estado determinado; otros, como el derecho a tomar parte en las elecciones, a votar y a ser elegido, son derechos de los ciudadanos.” Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General No. XX, *Relativa al artículo 5 de la Convención*, 48º periodo de sesiones (1996), Doc. Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), de 27 de mayo de 2008, pár. 3.

<sup>561</sup> Artículo 1.1. . En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

<sup>562</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General No. XI, *sobre los no ciudadanos*, 42º periodo de sesiones, 1993, Doc. HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol. II).*Ibidem*, párs. 1, 2 y 3.

<sup>563</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General No. XXX, *Sobre la discriminación contra los no ciudadanos*, 65º periodo de sesiones, 2005, Doc. HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol. II), de 27 de mayo de 2005.

<sup>564</sup> En la que se reconoce que “(...) la xenofobia contra los no nacionales, en particular los migrantes, los refugiados (...) constituía una de las principales fuentes del racismo contemporáneo (...)” A.CONF/189.12, de 31 de agosto a 8 de septiembre de 2001, preámbulo, pár. 2.

ciudadanía o naturalización no podrán establecer discriminación contra ninguna nacionalidad en particular (...). Es importante para el Comité dejar en claro a los Estados que esta disposición no busca “(...) socavar la prohibición básica de discriminación (...)” (pár.2).

Además de lo anterior, el Comité en comento enfatiza que “En virtud del artículo 5 de la Convención, los Estados Partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en el goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Aunque algunos de esos derechos, como el derecho de tomar parte en elecciones, elegir y ser elegido, pueden limitarse a los ciudadanos, los derechos humanos deben, en principio, ser disfrutados por todos” (pár.3).

Si bien éste debe ser el sentido de la interpretación, no puede perderse de vista que “Los Estados Partes se obligan a garantizar la igualdad entre los ciudadanos y no ciudadanos en el disfrute de esos derechos en la medida reconocida en el Derecho Internacional (...). La interpretación dada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en la Recomendación General No. XXX en implica que existe la diferencia de trato entre los nacionales y los extranjeros y dicha diferencia “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” (pár.4).

De una primera lectura de la interpretación del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, podríamos afirmar que la diferencia entre los nacionales y los extranjeros se circunscribe a los derechos que en virtud de los ordenamientos internos se adjudiquen a las personas en razón a su condición de ciudadanos y no ciudadanos, es decir, lo que en términos del PIDCP, por ejemplo, atañe a los derechos políticos, pues la redacción del artículo los reconoce solamente a los ciudadanos de los Estados<sup>565</sup> y, por el contrario, los demás derechos se reconocen a todas las personas. Pese a esto, el Comité afirma, en la Recomendación General No. XXX, que la diferencia que se realice respecto de la condición de inmigrante sólo constituirá discriminación si no se da cumplimiento a ciertos propósitos que ha definido la Convención, lo que causa el efecto de que los demás derechos, pese a que de su redacción se derive que son de titularidad de todas las personas, podrán establecerse legítimamente distinciones, pues esto no implica la existencia de un trato discriminatorio (pár.4). Las distinciones no solamente está autorizadas por la CERD, sino también por el PIDCP y el PIDESC, tal y como fue puesto de manifiesto.

Según la interpretación de **Mahalic**, la CERD lo que pretende reconocer en el artículo 1.2, y que ha sido aclarado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, es que: “(...) se reconoce el derecho de los Estados a decidir quien puede ser nacional o

---

<sup>565</sup> Artículo 25 del PIDCP, Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

ciudadano dentro de su territorio, es decir, quien puede entrar a ese país y quien puede quedarse siempre y cuando no exista discriminación en la toma de esa decisión”<sup>566</sup>.

De acuerdo con este planteamiento, existe discriminación sólo si entre la misma categoría de personas extranjeras se dan tratos no homogéneos. Lo anterior refuerza el alto grado de discrecionalidad con que cuentan los Estados para disponer el marco de los derechos de los extranjeros, toda vez que son esferas reguladas por el derecho interno, en donde el derecho internacional no entra a afectar el ejercicio soberano de los Estados.

Entre las medidas de carácter general que deben adoptar los Estados para dar cumplimiento a lo dispuesto por la CERD, se debe “Examinar la legislación (...) y “(...) 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 (...). Los Estados deben velar también para “abstenerse de aplicar normas distintas de trato a las mujeres no ciudadanas que son cónyuges de ciudadanos y a los varones no ciudadanos que son cónyuges de ciudadanas (...) y otra serie de medidas tendientes a asegurar que no se discrimine por los motivos prohibidos en la CERD”<sup>567</sup>. Las medidas sugeridas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial comprenden, también, la erradicación de conductas que promuevan o inciten al interior de los Estados el racismo y la xenofobia<sup>568</sup>.

En cuanto al acceso a la ciudadanía, el citado Comité busca que se eliminen las barreras para el acceso a la ciudadanía de los residentes de larga duración y que la negativa a la adquisición de este estatus no puede fundarse en motivos de raza, color, ascendencia u origen nacional o étnico<sup>569</sup>.

En lo que se refiere a los derechos derivados de la administración de justicia, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en la Recomendación General en mención, sugiere a los Estados la adopción de una serie de medidas que eviten que se den tratos discriminatorios y promueven la igualdad de los no ciudadanos<sup>570</sup>. Respecto de la garantía

---

<sup>566</sup> MAHALIC, D.: “The limitation Provisions of the International Convention on the Elimination of all forms of Racial Discrimination”, en HRQ, Vol. 9, 1987, p. 80.

<sup>567</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General No. XXX, párs. 5, 7, 8 y 9. Velar por que las políticas no tengan el efecto de discriminar contra las personas por motivos de raza, color, ascendencia u origen nacional o étnico; pár. 10 Velar por que 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.

<sup>568</sup> De este modo se recomienda “Tomar medidas decididas para combatir toda tendencia a atacar, estigmatizar, estereotipar o caracterizar sobre la base de la raza, el color, la ascendencia y el origen nacional o étnico a los miembros de grupos de la población “no ciudadanos”, especialmente por parte de los políticos, los funcionarios, los educadores y los medios de comunicación, en Internet y otras redes de comunicaciones electrónicas y en la sociedad en general”, par. 12.

<sup>569</sup> *Ibidem*, pár. 14 y s. s.

<sup>570</sup> Que se promueva la igualdad en protección ante la Ley, que se luche contra la violencia racial, (evitar la detención arbitraria de los no ciudadanos, y las condiciones de los centros de detención cumplan con la normativa internacional, luchar contra los malos tratos por parte de la fuerza pública, prever que en el contexto de la comisión de un delito los móviles raciales sean un agravante, investigar las denuncias que se presenten por motivos de discriminación racial. *Ibidem* párs. 18, 19, 21, 23 y 23.

de los derechos de los no ciudadanos, la Recomendación fija también unas pautas con respecto al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales<sup>571</sup>.

Podemos llegar a concluir de esta Recomendación General que complementa el escenario argumentativo que venía estructurándose con la interpretación de los PIDCP y del PIDESC, a través de sus Comités de Derechos Humanos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respecto de los derechos de los extranjeros, esto es, que tal y como se señaló por parte de algunos profesores ya citados, la tendencia de los instrumentos internacionales es promover un cierto grado de equiparación entre los estatutos de los nacionales y de los extranjeros pero de manera limitada, limitaciones autorizadas por los instrumentos internacionales y que de ninguna manera constituyen discriminación, sino que deben entenderse como una mera distinción.

Lo que queda precisado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en la Recomendación General No. XXX, supone que lo que en realidad está autorizado por las normas de Derecho Internacional, son las diferencias de trato en torno a los derechos derivados de la ciudadanía y en los casos en los que medie un objetivo legítimo y proporcional al logro de dicho objetivo.

Pese a lo anterior, en las Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, expresa su preocupación y pone de manifiesto que en la práctica la situación de los extranjeros y, en particular de los trabajadores migratorios al interior de los Estados, es difícil. Entre las principales preocupaciones se encuentra el tema de la limitación del disfrute de los derechos de los extranjeros en los Estados de destino<sup>572</sup>.

Con el propósito de luchar por alcanzar el respeto por los derechos de los extranjeros, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial recomienda a los Estados acatar los parámetros de interpretación de la Recomendación General No. XXX. Por su parte, otro de los aspectos que genera preocupación al Comité es “acerca de los controles de identificación o redadas policiales, basados en perfiles étnicos y raciales, realizados en lugares públicos y barrios donde hay una alta concentración de extranjeros con la finalidad de detener a aquellos que se encuentran en situación irregular en el Estado parte” (pár.10).

---

<sup>571</sup> Se recomienda a los Estados que eliminen la barrera del disfrute de estos derechos, que se permite el acceso a la educación de los hijos de los inmigrantes, evitar la segregación racial en la escolarización, garantizar la igualdad en el derecho a la vivienda, tomar medidas para eliminar la discriminación en relación con los requisitos y condiciones laborales, velar porque los no ciudadanos tengan un cierto nivel de salud física y mental, evitar que se tomen medidas para negar a los no ciudadanos su identidad cultural, entre otras medidas. *Ibidem*, párs. 29, 30, 31, 32, 33, 36, 37.

<sup>572</sup> En las *Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, España*, Doc. CERD/C/64/CO/6, de 28 de abril de 2004. Así: “El Comité recomienda al Estado Parte 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. Recomienda también al Estado Parte que vele por que todos los extranjeros en el país, dispongan o no de documentación y se hallen en situación regular o irregular, puedan gozar de sus derechos humanos” (pár. 12).

El Comité al que venimos aludiendo exhorta a “(...) prohibir toda forma de elaboración de perfiles delictivos en función de la raza, práctica que podría promover la formación de prejuicios y estereotipos raciales contra ciertos grupos raciales en el Estado parte. Además, el Estado parte debería intensificar sus esfuerzos por promover el trato humano de los migrantes (...) y recomienda al Estado parte que (...) establezca los mecanismos adecuados para fomentar la denuncia de los incidentes y delitos de tipo racista”<sup>573</sup>.

Es relevante anotar que uno de los mecanismos por medio del cual el Comité considera puede ser efectivo para luchar contra la discriminación de los extranjeros y promover su igualdad, es la ratificación de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares<sup>574</sup>.

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer<sup>575</sup> (en adelante CEDM), han marcado una pauta significativa hacia la consolidación del principio de igualdad y no discriminación. Desde el mismo preámbulo de la Carta de la ONU, la lucha contra la discriminación de la Mujer se plantea como una meta<sup>576</sup>. La doctrina le atribuye también al movimiento feminista la inclusión de un lenguaje neutral a la redacción de la DUDH, en expresiones como los seres humanos, toda persona, todo individuo, nadie, entre otras<sup>577</sup>. En este mismo sentido, al CEDAW preocupa “(...) la discriminación de hecho de que son víctimas algunos grupos desfavorecidos de mujeres, especialmente las mujeres (...) migrantes, en esferas como la educación, el empleo y la salud, así como su especial vulnerabilidad a la violencia y a los abusos”<sup>578</sup>.

---

<sup>573</sup> *Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Irlanda*, Doc. CERD/C/IRL/CO/3-4, de 4 abril de 2011, pág. 18.

<sup>574</sup> En las *Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, España*, 2004 pág. 12, *Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, España*, de 28 de abril de 2011, pág. 18, *Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Irlanda*, de 4 de abril de 2011, El Comité señala “A este respecto, el Comité invita también al Estado Parte a que estudie 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 la que se enuncia la serie de derechos humanos de todos los trabajadores migrantes y los miembros de su familia, hállese en situación regular o irregular” (pág. 28), *Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Francia*, Doc. CERD/C/FRA/CO/17-19, de 23 de septiembre de 2010, pág. 21.

<sup>575</sup> Adoptada por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981.

<sup>576</sup> Preámbulo pág. 2 dispone: “Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos (...) a reafirmar la fe (...) en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”.

<sup>577</sup> En este aspecto es conveniente revisar los estudios de MAGALLÓN, C.: “Los derechos humanos desde el género”, en *Los derechos humanos un camino hacia la paz*, Centro Pignatelli (Ed.), Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1997, CHARLESWORTH, H.: “Human Rights, Mens Rights”, en *Women’s Rights, Human Rights: International feminist Perspectives*, Routledge, New York, 1995, FERNÁNDEZ, E.: “Los derechos de las mujeres”, en *Derechos Humanos* (J. Ballesteros, Ed.), Tecnos, Madrid, 1992, CAMPS MIRABET, N.: “La acción de la Organización de las Naciones Unidas para la protección y el desarrollo de los derechos de la mujer”, en *Tendencias actuales en Derecho Internacional*, Granada, 1994, entre otros.

<sup>578</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 24, *La mujer y la salud*, 20º periodo de sesiones (1999), Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), de 27 de mayo de 2008, pág. 6.



En relación con lo anterior, en las Observaciones Finales formuladas a los Países Bajos, también se evidencian preocupaciones de parte del CEDAW<sup>579</sup>. En sentido similar se pronuncia la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes<sup>580</sup>. De lo afirmado por los dos órganos citados podemos inferir que el respeto de los principios de igualdad y no discriminación de las mujeres migrantes es una de sus principales preocupaciones, pues la condición migratoria agudiza el Estado de vulnerabilidad que de por sí tienen en razón a su género.

La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes<sup>581</sup> (en adelante CCT), tras definir en su artículo 1 qué se entiende por tortura, establece la obligación general de los Estados Parte de tomar medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo el territorio que esté bajo su jurisdicción (art. 2.1), así como también prescribe que en ningún caso, ni siquiera bajo circunstancias excepcionales, podrá justificarse la tortura (art.2.2). De otra parte, las obligaciones que establece la CCT a cargo de los Estados implican prevenir, reprimir la tortura, y garantizar a las víctimas de esta conducta la reparación (art. 2, 4, 9 a 15 CCT).

Si bien, no hay ninguna disposición en la CCT en la que de forma expresa quede reconocido el principio de igualdad de “toda persona”, ni que prohíba la discriminación, el Comité contra la Tortura afirma que tales principios se sustentan en este tratado pues “(...) es básico y general en la protección de los derechos humanos y fundamental para la interpretación de la Convención” (pár.20).

Adicionalmente, pese a que dentro del listado de personas o poblaciones minoritarias propensas a ser víctimas de tortura, el Comité contra la Tortura no se refiere de manera expresa a los extranjeros o a los migrantes, sí refiere a “(...) todas las personas cualesquiera sean su raza, color, grupo étnico, (...) origen nacional, (...) solicitantes de asilo, refugiados u otras personas que se encuentren bajo (...) cualquier factor distintivo adverso (...)”. La afirmación del Comité contra la Tortura nos permite deducir que los extranjeros y trabajadores migratorios entran dentro de este listado de personas merecedoras de especial protección de parte de los Estados. Con el propósito de garantizar la aplicación y el

---

<sup>579</sup> Al precisar en este sentido que: “Si bien el Comité observa que se han adoptado medidas para mejorar la integración en la sociedad neerlandesa de las mujeres inmigrantes (...) sigue considerando preocupante que esos grupos continúen sufriendo múltiples formas de discriminación en cuanto a la educación, la salud, el empleo y la participación social y política” *Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Países Bajos*, Doc. CEDAW/C/NLD/CO/5, de 5 de febrero de 2010, pár. 42

<sup>580</sup> En el *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro*, Doc. E/CN.4/2003/85/Add.4, 1º de noviembre de 2002, pone de manifiesto en algunos de sus informes que: “Otro grupo migratorio particularmente vulnerable es el de las trabajadoras del servicio doméstico, en su mayoría mujeres jóvenes e indocumentadas, muchas de ellas indígenas, que empiezan a trabajar a los 14 años o antes con el propósito de ayudar económicamente a sus familias. Se ha observado, que casi todas ellas trabajan excesivamente a cambio de salarios bajos y sin seguro médico. Muchas de ellas, son maltratadas física, psíquica y verbalmente, mal alimentadas, sujetas a acosos y abusos sexuales, padecen de problemas de salud y no pueden acceder a la atención médica (...)”, pár. 42.

<sup>581</sup> Adoptada por la Asamblea General en su resolución 36/46 de 10 de diciembre de 1984, entrada en vigor el 26 de junio de 1987.

cumplimiento de la CCT, el Comité exhorta a los Estados a “Consignar los progresos alcanzados (...) desglosados por género, raza, origen nacional y otros factores pertinentes” (pár.24).

De lo anterior concluimos que la prohibición de la tortura como garantía general aplicable a todas las personas es un muy buen ejemplo de la verdadera igualdad de derechos entre los individuos, es un imperativo universal que desborda los condicionamientos de los Estados creados a partir de sus políticas migratorias o de los requisitos por ellos establecidos con respecto a la adquisición de la nacionalidad. El respeto absoluto por la integridad física y moral de las personas los pone en un pie de igualdad que hace que las relaciones entre ellas sean horizontales. Lo anterior puesto que, tal y como lo resalta el profesor **Mariño Menéndez**, la prohibición de la tortura “es de carácter imperativo (*ius cogens*) es indiscutido, su vigencia nunca puede ser suspendida y el derecho humano que protege es irrenunciable y absoluto, es decir no admite excepciones, y toda persona es titular de él por efecto inmediato de la norma internacional”<sup>582</sup>.

La Declaración de los Derechos del Niño<sup>583</sup>, consagra en su preámbulo de manera implícita el principio de igualdad<sup>584</sup>. Es importante tener en cuenta que en su parte dispositiva, esta Declaración se refiere tanto a la no distinción como a la no discriminación (principio 1)<sup>585</sup>. La literalidad de este principio no deja claro si al referirse a la “no distinción”, o a la “no discriminación”, se hace alusión a dos conceptos diferentes o, por el contrario, sinónimos. Adicionalmente, asimila las dos nociones a la excepción y, así mismo, se refiere a los motivos por los cuales no se puede distinguir ni discriminar, siendo éstos los mismos que ya se han estudiado en otros instrumentos internacionales.

Con posterioridad, otro de los principios que se refiere a la no discriminación es el principio 10<sup>586</sup>. Por otra parte, la citada Declaración hace referencia a uno de los principios estructurales en materia de protección a este colectivo de personas, éste es, el interés superior del niño<sup>587</sup>.

---

<sup>582</sup> MARINO MENÉNDEZ, F.: “La Convención contra la tortura”, en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Ob. Cit, p. 251.

<sup>583</sup> Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre 1959.

<sup>584</sup> “Considerando que las Naciones Unidas han proclamado en la Declaración Universal de Derechos Humanos que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ella (...)” (preámbulo, pár. 2). En este mismo sentido, en seguida se refiere al principio de no distinción pues sostiene “(...) sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (...)” (preámbulo, pár. 2).

<sup>585</sup> Así establece que: “El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia” (Principio 1).

<sup>586</sup> “El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole” (Principio 10).

<sup>587</sup> El instrumento dispone: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental,

Los principios de igualdad y no discriminación están reconocidos de forma expresa en diversas disposiciones de la Convención sobre Derechos del Niño<sup>588</sup> (en adelante CDN)<sup>589</sup>. En la parte dispositiva hay referencia expresa a la igualdad, al referirse al derecho a la educación del niño, la preparación para la vida de adulto<sup>590</sup>, participación en la vida cultural<sup>591</sup>, derecho del niño a no ser obligado a testificar<sup>592</sup>. En cuanto a lo no discriminación, se señala que: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares” (pár. 2.2). En este instrumento no se hacen otras referencias expresas a este principio. El principio de no distinción también se encuentra consagrado en varias de las disposiciones de la CDN. La primera de ellas, en el preámbulo del tratado, al reconocer los ideales de las naciones Unidas, y lo consagrado en la DUDH y en los Pactos de 1966 (pár. 4).

Posteriormente, la CDN establece: “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales” (art.2.1). En este artículo, al referirse a la no distinción, se enuncian los motivos por los cuales no procederá, y tiene una redacción similar a otros instrumentos, en los que se contempla la prohibición de discriminación.

La protección de los niños contra la discriminación en la CDN está reconocida expresamente al establecer la obligación de “(...) los Estados de tomar las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o sus familiares” (art. 2.2). El alcance del principio de no

---

moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño” (Principio 2).

<sup>588</sup> Adoptada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990.

<sup>589</sup> Debe iniciarse con el texto del preámbulo, el cual resalta la importancia de la igualdad al reiterar los principios de la Carta de la ONU. “(...) los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” (pár. 2). De otra parte, de manera particular en otro de los considerandos del preámbulo se expone que: “(...) el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.” (pár. 8).

<sup>590</sup> Se prevé que: “(...) se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades (...)” (art.28.I). “Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad con espíritu (...) de igualdad (...)” (art.29.1.d).

<sup>591</sup> “Los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad (...)” (art.31.2).

<sup>592</sup> Establece también que el niño “(...) no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad” (art.40.2.iv).

discriminación es de tal índole que impide que los niños sean víctimas de esta conducta en razón a la condición particular de aquellas personas que los tienen a su cargo.

Dicha afirmación sustenta que los niños hijos de los extranjeros y trabajadores migrantes no pueden ser discriminados por la situación administrativa irregular de sus padres. En este sentido, la profesora **Salado Osuna** pone de manifiesto que “De los términos del artículo 2.1 se deduce que, no sólo la situación particular de un niño deberá ser tenida en consideración para evitar cualquier tipo de distinción, sino que las condiciones de sus padres o tutores no deben incidir de forma negativa en el niño para que este disfrute de todos y cada uno de los derechos reconocidos”<sup>593</sup>.

Entre las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, consideramos pertinente aludir a la Observación General No. 6<sup>594</sup> por resultar esencial para efectos de este Capítulo. En la misma (como se puede también constatar en sus demás Observaciones Generales), el Comité afirma los principios fundamentales de esta Convención “no discriminación, el interés superior del niño, y el derecho a expresar libremente sus opiniones” (pár.1).

El Comité de los Derechos del Niño justifica la adopción de esta Observación General por las lagunas sobre el alcance de los derechos contenidos en la Convención aplicables a los menores no acompañados, pues para el Comité tales niños “(...) sufren con frecuencia discriminación y no tienen acceso a la alimentación, al cobijo, a la vivienda, a los servicios sanitarios y a la educación (...)”. En la Observación General, el Comité determina el campo de aplicación personal de la CDN resaltando que se aplica a “Todos los menores no acompañados y separados de su familia que se encuentren fuera de su país de nacionalidad” (párs. 3 y 5), lo que permite inferir que se trata necesariamente de niños extranjeros. De otra parte, el Comité excluye expresamente aquellos niños que no hayan cruzado una frontera internacional, es decir, menores víctimas del desplazamiento interno. Para estos supuestos, las demás Observaciones Generales del Comité son las que resultan pertinentes.

El Comité de los Derechos del Niño hace constar que esta garantía se aplica a “todos los menores que se encuentren dentro de su territorio y que estén “(...) sujetos a su jurisdicción” (pár.12), según lo dispuesto en el artículo 2. La obligación de los Estados de abstenerse de discriminar a los niños y en su lugar, en sentido positivo, de adoptar medidas para garantizar el disfrute de los derechos de la CDN, ha dado lugar a una crítica formulada por la profesora **Pérez Vera**, pues en su opinión (...) “el artículo 2 lo proclama (...) -refiriéndose a la no discriminación- (...) como una exigencia a los Estados Partes, mientras que hubiera resultado más satisfactorio y adecuado al espíritu que inspira este tratado hacerlo como un derecho del niño”<sup>595</sup>.

---

<sup>593</sup> SALADO OSUNA, A.: “La Convención sobre derechos del niño: las obligaciones asumidas por los Estados Partes”, en *Los derechos de la infancia y de la adolescencia*, en (M. Calvo García, N. Fernández Sola. Coords.), Mira Editores, Zaragoza, 2000, p. 28.

<sup>594</sup> *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, 39º periodo de sesiones, 2005, Doc. HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol. II), de 27 de mayo de 2005.

<sup>595</sup> PÉREZ VERA, E.: “El Convenio de los Derechos del Niño en el marco de la protección Internacional de los Derechos Humanos”, en *Garantía Internacional de los derechos sociales*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990, p. 183.

De otra parte, la aplicación *ratione loci* de este tratado (al igual que sucede con el PIDCP y otros tratados internacionales) trasciende las fronteras de la soberanía territorial; de hecho la CDN “(...) respecto a los menores que queden sometidos a la jurisdicción del Estado al tratar de penetrar en el territorio nacional (...). Es decir, protege a los niños que busquen una entrada al Estado del que no es nacional, por cualquier medio, incluso contraviniendo la legislación de extranjería. De ahí que “(...) el disfrute de los derechos estipulados en la Convención no está limitado a los menores que sean nacionales del Estado Parte (...) de modo tal que se aplicará a “(...) los niños migrantes”<sup>596</sup>.

Las medidas que requieran ser adoptadas por un Estado a favor del niño, deberán regirse por otro de los principios fundamentales consagrados en la CDN (uno de sus principios inspiradores)<sup>597</sup>, el interés superior del niño<sup>598</sup>. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño estima necesario “(...) una evaluación clara y de fondo de la identidad (...) del niño, de la nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección”<sup>599</sup>. Este tipo de estudios sobre las particularidades del niño permiten que su integración en la sociedad de acogida se dé de una mejor manera<sup>600</sup>.

De otra parte, los menores no acompañados y separados de sus familias, tienen un alto grado de vulnerabilidad. La Observación General No. 6 lamenta esta situación y precisa que las niñas son aún más vulnerables. Dado el estado de indefensión de los menores de edad, los mismos son víctimas de la trata de personas, de los abusos y de la explotación sexual. Lo anterior ha sido expresado dentro de las preocupaciones del Relator Especial sobre los Derechos de los Migrantes y el Relator Especial sobre la venta de niños<sup>601</sup>.

---

<sup>596</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, p. 12.

<sup>597</sup> SALADO OSUNA, A.: “La Convención sobre derechos del niño. Las obligaciones asumidas por los Estados Partes”, en *Los derechos de la infancia y de la adolescencia*, Ob. Cit, p.25.

<sup>598</sup> Según la Observación General No. 6, p. 19 este principio se considera primordial para la toma de decisiones de corto, mediano y largo plazo, que involucren el ejercicio de los derechos del niño.

<sup>599</sup> Comité para los Derechos del Niño, Observación General No. 6, p. 20.

<sup>600</sup> Sobre la vulnerabilidad que padecen los niños migrantes en razón a la falta de adaptación al entorno en el Estado de destino se refiere el Relator Especial sobre los Derechos de los Migrantes y señala su preocupación al recomendar a los Estados que: “Las personas víctimas de la trata y otros grupos vulnerables, como los niños separados de sus padres (...) deberían recibir ayuda específica a efectos de su inserción en la sociedad de acogida (...)” *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante, Doc. A/HRC/7/12, 25 de febrero de 2008, p. 69.

<sup>601</sup> *Ibidem*, p. 51. Este tipo de situaciones son una constante que padecen los menores extranjeros. Esta situación también es señalada por el Relator Especial para los Derechos de los Migrantes, quien afirma que “(...) la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran mujeres y niños migrantes es preocupante (...) en ocasiones son víctimas de redes del crimen transnacional organizados encargadas del tráfico de migrantes y la trata de personas y que conducen a las más degradantes clases de abusos y violencias contra los migrantes e incluso, muchas veces, a la muerte misma.” *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes* Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, Doc. E/CN.4/2002/94, de 15 de febrero de 2002, p. 82. Así mismo, el Relator Especial sobre la Venta de Niños manifiesta esta preocupación frente a los niños migrantes en sus informes, y recomienda a los Estados “(...) diseñar políticas de protección a favor de los niños migrantes, quienes son personas particularmente vulnerables al tráfico de personas y a ser víctimas de explotación sexual”. *Report of the Special Rapporteur on the sale of children, child prostitution and child pornography*, Mr. Juan Muguel Petir, Doc. E/CN.4/2006/67, of 12 January 2006, p. 117.

Por otra parte, el Protocolo Facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía<sup>602</sup>, en su preámbulo reconoce la necesidad de luchar en contra de conductas que afectan gravemente los derechos de los niños<sup>603</sup>. En la parte dispositiva de este Protocolo, se prevé la prohibición de discriminación para el caso de las reparaciones y las indemnizaciones de perjuicios que puedan resultar de los procesos en los que son víctimas los niños<sup>604</sup>.

La CDN puede considerarse un instrumento garantista, que ha impulsado el desarrollo progresivo de los derechos de los menores de edad, toda vez que, siguiendo las palabras de la profesora **Salado Osuna**, “(...) ha recuperado la globalidad respecto del catálogo de derechos, pues reconoce derechos de diversa naturaleza o generación”<sup>605</sup>, y siguiendo al profesor **Soroeta Liceras**, “ (...) ha abierto un debate no sólo sobre el estatuto del niño en la sociedad, sino también sobre la situación de los niños en el mundo”<sup>606</sup>.

Este tratado ha propiciado que los principios de igualdad y de no discriminación sean entendidos a partir de su sentido más original, y que reivindique los derechos de los niños a partir de la consideración básica y simple de que son personas, ha dejado atrás las limitaciones propias de la nacionalidad, las modulaciones en el reconocimiento de los derechos a partir de las distinciones y, si acaso se han promovido éstas, se hacen siempre en virtud de la aplicación del interés superior del niño, tras la búsqueda del mejoramiento de las condiciones de vida del menor. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>607</sup>, (en adelante CDPD), se refiere de forma recurrente a los principios de igualdad y de no discriminación. En los mismos términos de los otros tratados que se han estudiado al referirse a la Carta de la ONU, aborda la igualdad (preámbulo, pár. a)<sup>608</sup>. Con posterioridad, queda puesto de manifiesto en la CDPD, que el propósito de la misma es “(...) promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos” y que en ese sentido se busca la “(...) participación plena y efectiva

---

<sup>602</sup> Adoptado por la Asamblea General en su resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, en vigor el 18 de enero de 2002.

<sup>603</sup> “Estimando que será más fácil erradicar la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía si se adopta un enfoque global que permita hacer frente a todos los factores que contribuyen a ello, en particular el subdesarrollo, la pobreza, las disparidades económicas, las estructuras socioeconómicas no equitativas, la disfunción de las familias, la falta de educación, la migración del campo a la ciudad, la discriminación por motivos de sexo, el comportamiento sexual irresponsable de los adultos, las prácticas tradicionales nocivas, los conflictos armados y la trata de niños (...)” (preámbulo, pár. 8).

<sup>604</sup> Dispone la norma. “Los Estados Partes asegurarán que todos los niños víctimas de los delitos enunciados en el presente Protocolo tengan acceso a procedimientos adecuados para obtener sin discriminación de las personas legalmente responsables, reparación por los daños sufridos” (art.9.4).

<sup>605</sup> SALADO OSUNA, A.: “La Convención sobre derechos del niño. Las obligaciones asumidas por los Estados Partes”, en *Los derechos de la infancia y de la adolescencia*, Ob. Cit, p. 34.

<sup>606</sup> SOROETA LICERAS, J.: “Los Derechos del Niño”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, (Carlos Fernández de Casadevante Romaní, Coord.), Dilex, Madrid, 2000, p.422.

<sup>607</sup> Adoptada por la Asamblea General el 13 de diciembre de 2006, en su resolución A/RES/61/106, en vigor el 3 de mayo de 2008.

<sup>608</sup> En las consideraciones particulares en torno a la discapacidad anota que “(...) la discapacidad (...) evita su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (...)” (preámbulo, pár. e) y resalta la importancia de “(...) la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad” (preámbulo, pár. f). Entre otras alusiones que se refieren al principio de igualdad (preámbulo, párs. k, r, x).

en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (art. 1). Posteriormente, al aclarar el sentido de la terminología empleada, menciona el principio de igualdad de manera inescindible con la no discriminación (art.2).

Al enunciar los principios generales que han de regir la CDPD, hace referencia a la igualdad de oportunidades (art. 3.e) y la igualdad entre el hombre y la mujer (art.3.g). De otra parte, todo un apartado de este tratado se titula “Igualdad y no discriminación” (art.5), y en él se reconocen una serie de derechos, como la igualdad ante la ley, y se consagran las medidas de ajuste razonable, entre otros aspectos.

Si bien, las personas en condición de discapacidad son vulnerables por su propia situación, la CDPD consagra una serie de derechos a grupos específicos dentro de los discapacitados, tales como las mujeres<sup>609</sup>.

Son numerosas las normas que contemplan el principio de igualdad en este tratado y se expresan en las obligaciones de los Estados frente a la accesibilidad (art.9), el disfrute del derecho a la vida (art.10), igual reconocimiento como persona ante la ley (art.12), acceso a la justicia (art.13), la libertad y seguridad de la persona (art.14), protección contra tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art.15), protección de la integridad personal (art.17), libertad de pensamiento y nacionalidad (art.18), derecho a vivir en forma independiente (art.19), libertad de expresión, de opinión y acceso a la información (art.21), participación en la vida política (art.29), entre otros derechos incluidos los económicos, sociales y culturales (arts. 24, 25, 26, 27, 28, 30).

Por su parte, la no distinción también se hace visible en la CDPD, en el preámbulo, al recordar el reconocimiento de los derechos en la Carta de la ONU, la DUDH y los Pactos de 1966<sup>610</sup>. De otro lado, en el artículo en el que se desarrollan las definiciones, se aborda el concepto de discriminación por motivos de discapacidad<sup>611</sup>. Podemos apreciar que en la citada definición, tal y como sucede con la CERD y la CEDM, la discriminación se asocia a cualquier distinción, por lo que los términos se utilizan como sinónimos.

La no discriminación es considerada uno de los principios generales de la CDPD (art.3.b) y en el reconocimiento de las obligaciones generales de los Estados a cargo de las personas con discapacidad, queda puesto de manifiesto<sup>612</sup>. A su vez, si se realiza una lectura de todos

---

<sup>609</sup> A quienes se debe “(...) asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”, (art.6) y así mismo, los niños y niñas con discapacidad para que “(...) gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas” (art.7).

<sup>610</sup> Afirma que se “(...) ha reconocido y proclamado que toda persona tiene los derechos y libertades enunciados en esos instrumentos, sin distinción de ninguna índole” (preámbulo, pár. b). En su lugar, la no discriminación también es enunciada en varios apartados del preámbulo (c, d, h y p).

<sup>611</sup> Por el cual se debe entender: “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables” (art.2).

<sup>612</sup> “comprometan a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad”

los derechos reconocidos, es frecuente que se encuentre alguna alusión a la no discriminación (art. 23, 24, 25, 27, 28, 29, 30). Las múltiples referencias a estos principios hace que podamos afirmar que el mismo gravita sobre la igualdad y la no discriminación, lo cual es natural, toda vez que las personas con discapacidad han sido colectivos tradicionalmente excluidos.

La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas<sup>613</sup> no hace alusión expresa al principio de igualdad, sin embargo, no puede desconocerse que esta referencia sea tácita, en razón a que en el texto de su preámbulo hace mención a los ideales de la Carta de la ONU “(...) de promover el respeto universal y efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales” (pár.2). Por otra parte, invoca la DUDH, el PIDCP y el PIDESC.

Debe tenerse en consideración, también, que en una de sus disposiciones reglamenta que “Nadie será sometido a una desaparición forzada” (art.1.1). El empleo de este pronombre indeterminado supone, en nuestra opinión, el reconocimiento universal de los derechos consagrados en este instrumento, lo que evidencia la intención del reconocimiento del principio de igualdad.

### **2.3. Confirmación de los principios de igualdad y de no discriminación en relación con los trabajadores migratorios en la CTMF**

En la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares<sup>614</sup> (en adelante CTMF) quedan reconocidos los principios de igualdad y no discriminación a favor de las personas protegidas, esto es, los trabajadores migratorios y sus familias pues, tal y como lo sostiene **Kariyawasam**, el principio de no discriminación es “(...) el principio que domina la Convención”<sup>615</sup>. El artículo 1.1 de la CTMF dispone:

La presente 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.

Pese a que el citado artículo prescribe que es aplicable a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares, no puede perderse de vista que en el mismo se enuncian los motivos por

---

(art.4.1). La CDPD, dedica todo un apartado a la no discriminación y lo desarrolla junto con el principio de igualdad (art.5).

<sup>613</sup> Adoptada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 2006, en vigor el 23 de diciembre de 2010.

<sup>614</sup> Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158 de 18 de diciembre de 1990, en vigor el 1 de julio de 2003, 44 Estados Partes, a 10 de marzo de 2011, según información sobre su Estado de ratificaciones, disponible en la página web, [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-13&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en)

<sup>615</sup> KARIYAWASAM, P.: “La Convención de las Naciones Unidas sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, en *Un mundo sin desarraigo el Derecho Internacional de las Migraciones*, Ob. Cit, p. 19.



los cuales está prohibida la discriminación y contempla las posibles distinciones. Nos referimos precisamente a lo dispuesto en el artículo 5° que realiza una distinción entre los trabajadores migratorios en situación jurídica de regularidad y los que se encuentran en situación jurídica de irregularidad.

Debe precisarse que los principios de igualdad y no discriminación en la CTMF reiteran las disposiciones aplicables a los extranjeros en los demás instrumentos internacionales analizados. En todo caso hay que tener presente que tales principios en la CTMF, según lo sostenido por el profesor **Bonet Pérez**, constituyen el “(...) punto de partida axiológico y jurídico-político del desarrollo del DIDH (...)”, lo cual se evidencia en lo previsto en su artículo 1.1. Uno de los grandes aportes de la CTMF (entre otros tantos que con posterioridad se mencionarán) es precisamente que aclara el estatuto jurídico aplicable a los trabajadores migrantes, pues si bien en los demás instrumentos internacionales es posible hallar un gran número de disposiciones aplicables a los extranjeros, el sentido de las mismas se torna vago, debido a su misma generalidad y abstracción<sup>616</sup>.

Es claro que la CTMF busca avanzar hacia la igualdad entre los nacionales y los extranjeros, razón por la cual establece una serie de derechos que deben ser garantizados por los Estados, pese a la situación jurídica de irregularidad. Entre las disposiciones que evidencian este propósito, además del artículo 1.1, y de los artículos 8 al 33, debe citarse de manera especial el artículo 7° según el cual, se da reconocimiento al principio de no discriminación en sentido estricto, a través de una obligación asumida por los Estados Parte. Este artículo establece que los Estados, de acuerdo con los instrumentos internacionales de derechos humanos, se comprometen a “respetar” y a “asegurar” a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares que se encuentren bajo su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente tratado, sin que proceda ningún tipo de distinción, entre ellas, el origen nacional.

De otra parte, de conformidad con el artículo 88, aquellos Estados que ratifiquen este tratado deberán aceptarlo en su integridad, es decir no podrán excluir ninguna de sus nueve partes. Ello refuerza el principio de no discriminación, pues la CTMF debe aplicarse a todos los trabajadores migratorios y sus familias sujetos a la jurisdicción de los Estados Parte, lo que incluye a todas las categorías de trabajadores migratorios definidos en la Convención (art. 2). Es importante tener presente que excluyen de su ámbito de aplicación a ciertas personas que no son consideradas trabajadores migratorios en los términos de este tratado (art. 3), como fue puesto de manifiesto en el Capítulo I<sup>617</sup>.

---

<sup>616</sup> BONET PÉREZ, J.: “La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, en *Un mundo sin desarraigo: el derecho internacional de las migraciones*, Ob. Cit. p. 95 p. 97.

<sup>617</sup> Artículo 3. La presente Convención no se aplicará a: a) Las personas enviadas o empleadas por organizaciones y organismos internacionales y las personas enviadas o empleadas por un Estado fuera de su territorio para desempeñar funciones oficiales, cuya admisión y condición jurídica estén reguladas por el derecho internacional general o por acuerdos o convenios internacionales concretos; b) Las personas enviadas o empleadas por un Estado fuera de su territorio, o por un empleador en su nombre, que participen en programas de desarrollo y en otros programas de cooperación, cuya admisión y condición jurídica estén reguladas por un acuerdo con el Estado de empleo y que, de conformidad con este acuerdo, no sean consideradas trabajadores migratorios; c) Las personas que se instalen en un país distinto de su Estado de

La aplicación de los principios de igualdad y no discriminación se realiza en función a la categoría de trabajador migratorio, esto es, que no procederá diferencia de trato entre personas que se encuentren en situación jurídica de regularidad (como será estudiado en el capítulo VI). Lo mismo ocurre con los trabajadores migratorios en situación jurídica de irregularidad puesto que, pese a esta situación, los derechos que reconoce la parte III se aplicarán sin que medie discriminación lo cual, según las palabras del profesor **Chueca Sancho**, implica que se les reconoce como “(...) personas humanas, por su propia dignidad y tienen todos los derechos sin ninguna discriminación”<sup>618</sup>.

El Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares, en la Observación General No. 1 se refiere al principio de igualdad y no discriminación al permitirse ampliar la definición de trabajador migratorio contenida en el artículo 2.1, incluyendo dentro de la misma a los trabajadores domésticos<sup>619</sup>.

De otra parte, entre las medidas que recomienda este Comité a los Estados y que son consecuentes con el principio de igualdad y no discriminación, puede resaltarse “el uso de contratos de empleo estandarizados, unificados y vinculantes, con cláusulas que definan condiciones de trabajo equitativas, detalladas y claras (...)”<sup>620</sup>.

Es innegable que la CTMF ha significado un hito en el desarrollo progresivo de los derechos y libertades de los extranjeros pues, tal y como lo anota **Cholewinski**, “La Convención es un instrumento complejo y detallado en el que su contenido es mucho más amplio o al menos protege más derechos y libertades que en los tratados de derechos humanos más clásicos que la mayoría de los países occidentales ya han ratificado”<sup>621</sup>, no obstante, como lo señala **Vanheule**, “Aunque una primera lectura rápida del texto podría dar la impresión de que la Convención en todos los casos trata a todos los trabajadores migrantes de la misma manera como los habitantes de los países a los que han emigrado, la realidad es mucho más sutil”<sup>622</sup>, pues subsisten muchas de las limitaciones tradicionales en cuanto al acceso de derechos de manera universal se refiere; la CTMF busca trabajar conjuntamente con toda la Comunidad Internacional en aras de alcanzar de manera paulatina el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores

---

origen en calidad de inversionistas; d) Los refugiados y los apátridas, a menos que esté previsto que se aplique a estas personas en la legislación nacional pertinente del Estado Parte de que se trate o en instrumentos internacionales en vigor en ese Estado; e) Los estudiantes y las personas que reciben capacitación; f) Los marinos y los trabajadores en estructuras marinas que no hayan sido autorizados a residir y ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo.

<sup>618</sup> CHUECA SANCHO, A.: “Los derechos humanos de los extranjeros en Europa: entre el respeto y la discriminación”, en *La inmigración una realidad en España*, (Centro Pignatelli, Coord.) Seminario de Investigación para la paz, Zaragoza, 2002, p. 243.

<sup>619</sup> Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observación General No. 1, *Sobre los trabajadores domésticos migratorios*, Doc. CMW/C/GC/1, de 23 de febrero de 2011, pár. 6.

<sup>620</sup> Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observación General No. 1, pár. 31.b.

<sup>621</sup> CHOLEWISNKI, R.: *Migrant Workers in the International Human Rights Law, Their Protection in Countries of Employment*, Clarendon Press, Oxford, 1997, pp. 201, 202.

<sup>622</sup> VANHEULE, D.: “The International Convention on the protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families”, en *International Human Rights Law in a global Context*, Ob. Cit, p. 473.

migratorios y sus familias, lo cual ha sido un clamor generalizado y muestra de ello son los informes del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, que entre todas sus medidas siempre recomienda la ratificación de la CTMF para eliminar la discriminación en contra de los extranjeros<sup>623</sup>

#### **2.4. Las medidas de acción positiva: su finalidad**

Una vez estudiados los principios de igualdad, no distinción y no discriminación, es momento de analizar las medidas de acción positiva, las cuales han sido abordadas por los distintos Comités que hacen seguimiento a los compromisos de los Estados, en virtud de los diversos tratados en el escenario universal.

El Comité de Derechos Humanos se refiere a estas medidas en la Observación General No. 18 y precisa que: “el principio de igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto” (pár.10). Agrega que: “Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto” (pár.10).

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General No. 20, interpreta que: “Para erradicar la discriminación sustantiva en ocasiones los Estados partes pueden verse obligados a adoptar medidas especiales de carácter temporal que establezcan diferencias explícitas basadas en los motivos prohibidos de discriminación (...)”. Dichas medidas “(...) serán legítimas siempre que supongan una forma razonable, objetiva y proporcionada de combatir la discriminación de facto y se dejen de emplear una vez conseguida una igualdad sustantiva sostenible” (pár.9).

Consideramos que para el Comité de Derechos Humanos y para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, lo más apropiado es que estas medidas sean de carácter temporal y busquen luchar contra la discriminación, por lo que persiguen a su vez realizar

---

<sup>623</sup> *Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. España*, Doc. CERD/C/ESP/CO/18-20, de 8 de abril de 2011, pár. 18, *Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Irlanda*, Doc. CERD/C/IRL/CO/3-4, de 4 de abril de 2011, pár. 28, *Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Francia*, Doc. CERD/C/FRA/CO/17-19, de 23 de septiembre de 2010, pár. 21, *Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Noruega*, Doc. CERD/C/NOR/CO/19-20, de 8 de abril de 2011, *Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Dinamarca*, Doc. CERD/C/DNK/CO/18-19, de 20 de septiembre de 2010, pár. 28, *Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Países Bajos*, Doc. CERD/C7NLD/CO/17-18, pár. 16, *Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Suecia*, Doc. CERD/C/SWE/CO/18, de 23 de septiembre de 2008, pár. 23, *Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Alemania*, Doc. CERD/C/DEU/CO/18, de 22 de septiembre de 2008, pár. 29, *Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. República Dominicana*, Doc. CERD/C/COM/CO/12, de 16 de mayo de 2008, pár. 22, *Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Italia*, CERD/C/ITA/CO/15, de 16 de mayo de 2008, pár. 23, entre otros.

el ideal de igualdad. De otro lado, la causa o el origen de dichas medidas es precisamente alguno de los motivos por los que se prohíbe discriminar, no obstante, en estos casos lo que se pretende es mejorar las condiciones de las personas que pueden ser consideradas colectivos vulnerables. De lo sostenido por sendos Comités, podemos evidenciar un progreso en lo que respecta a la terminología, en el primero de ellos se hace alusión a disposiciones positivas, en tanto que en el segundo se hace referencia a las medidas especiales de carácter temporal.

Por regla general esta clase de medidas han de tener carácter temporal, salvo aquellas excepciones en las que es necesario que se adopten de manera permanente. Sobre el particular el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ilustra algunos casos<sup>624</sup>. Para este Comité las medidas especiales de carácter temporal buscan la materialización de la igualdad, sin embargo, como es natural esto se relaciona de manera directa con el principio de no discriminación toda vez que “Para combatir la discriminación será necesario, por lo general, un planteamiento integral que incluya una diversidad de leyes, políticas y programas, incluidas medidas especiales de carácter temporal” (pár.39).

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en la Recomendación General No. XXX al referirse a la diferencia de trato basada en la ciudadanía o en la condición de inmigrante, precisa que “La diferenciación, en el ámbito del párrafo 4 del artículo 1 de la Convención, con medidas especiales no se considera discriminatoria” (pár.4). A las medidas a las que se refiere el Comité, son las que según la CERD consisten en aquellas “(...) especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron” (art.1.4). Lo anterior confirma que, tal y como veníamos sosteniendo, las medidas deben ser de carácter temporal y tendrán que cesar cuando se cumplan los objetivos de igualdad material.

El CEDAW se ha pronunciado sobre las medidas especiales temporales. En un primer momento, en la Recomendación General No. 5<sup>625</sup>, posteriormente en las Recomendaciones Generales No. 8<sup>626</sup> y 23 invita a los “(...) Estados Partes que adopten otras medidas directas

---

<sup>624</sup> Entre ellas se citan “(...) la prestación de servicios de interpretación a los miembros de las minorías lingüísticas y a las personas con deficiencias sensoriales en los centros de atención sanitaria” (pár. 9).

<sup>625</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 5, *Medidas especiales temporales*, séptimo periodo de sesiones (1988), Doc. HRI/GEN/1/Rev.9, (Vol. II), de 27 de mayo de 2008, en la cual aconseja a los Estados que: “hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre a la educación a la política y al empleo” (pár. 3).

<sup>626</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 8, *Aplicación del artículo 8 de la Convención*, séptimo periodo de sesiones (1988), Doc. HRI/GEN/1/Rev.9, (Vol. II), de 27 de mayo de 2008.

de conformidad con el artículo 4 de la Convención” (medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer).

Si bien, en la Recomendación General No. 23, el CEDAW<sup>627</sup> desarrolla un poco más el significado de las medidas especiales de carácter temporal<sup>628</sup>, es en la Recomendación General No. 25<sup>629</sup> la que aborda las medidas especiales de carácter temporal de manera más detallada, y busca aclarar la naturaleza de las mismas en la CEDM<sup>630</sup>.

En la Recomendación General en comento, el Comité busca dar claridad a la terminología relacionada con dichas medidas y, bajo ese propósito, aclara que desde los mismos trabajos preparatorios a la CEDM se han utilizado diferentes términos que hacen alusión a las medidas especiales de carácter temporal<sup>631</sup>. Pese a lo anterior y al vocablo empleado en la Recomendación General No. 25 “medidas especiales de carácter temporal”<sup>632</sup>, consideramos que lo anterior no desconoce que en algunas realidades nacionales las otras expresiones se les entiendan como sinónimos de ésta.

Debe tenerse presente que dichas medidas no pueden ser consideradas “como excepción a la regla de no discriminación sino como forma de subrayar que las medidas especiales de carácter temporal son parte de una estrategia necesaria de los Estados Partes para lograr la igualdad sustantiva” (pár.18). El CEDAW diferencia entre ciertas tipologías de medidas y, en función de ello, variará su carácter de temporalidad o permanencia<sup>633</sup>. Para este Comité

---

<sup>627</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 23, *Vida política y pública*, 16° periodo de sesiones (1997), Doc. HRI/GEN/1/Rev.9, (Vol. II), de 27 de mayo de 2008.

<sup>628</sup> Estima el CEDAW en la Recomendación General No. 23 que “La eliminación de las barreras jurídicas aunque necesarias, no es suficiente” (pár. 2).

<sup>629</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 25, *Medidas de carácter temporal*, 30° periodo de sesiones (2004), Doc. HRI/GEN/1/Rev.9, (Vol. II), de 27 de mayo de 2008.

<sup>630</sup> Considera el Comité que el alcance de la norma del artículo 4.1 “(...) deben determinarse en el contexto del objeto y fin general de la Convención, que es la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer con miras a lograr la igualdad *de jure* y *de facto* entre el hombre y la mujer en el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales de ambos”. En este sentido, los Estados Partes (...) tienen la obligación jurídica de respetar, proteger, promover y cumplir este derecho de no discriminación de la mujer y asegurar el desarrollo y el adelanto de la mujer a fin de mejorar su situación hasta alcanzar la igualdad tanto de jure como de facto respecto del hombre.” (pár. 4).

<sup>631</sup> Entre las expresiones sinónimas se encuentran “(...) acción afirmativa, acción positiva, medidas positivas, discriminación en sentido inverso, y discriminación positiva” (pár. 17).

<sup>632</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 25, pár. 17

<sup>633</sup> Las medidas especiales no son todas de la misma naturaleza y se aclara que entre ellas unas buscan “(...) acelerar la mejora de la situación de la mujer para lograr su igualdad sustantiva o de facto con el hombre y realizar los cambios estructurales, sociales y culturales necesarios para corregir las formas y consecuencias pasadas y presentes de la discriminación contra la mujer, así como compensarlas. Estas medidas son de carácter temporal” (pár. 15). Dichas medidas además tienen por finalidad “(...) el logro de un objetivo concreto (...)” (pár. 26). igualdad de oportunidad y de trato (art.4.1 CEDM). Adicionalmente, para la aplicación de estas medidas “(...) los Estados Partes deberán analizar el contexto de la situación de la mujer en todos ámbitos de la vida, así como en el ámbito específico al que vayan dirigidas (...)” (pár. 27). Que implican “(...) un trato no idéntico de mujeres y hombres que se basa en diferencias biológicas. Esas medidas tienen carácter permanente, por lo menos hasta que los conocimientos científicos y tecnológicos a los que se hace referencia en el párrafo 3 del artículo 11 obliguen a reconsiderarlas” (pár. 16) (...) como ocurre

es necesario que los Estados justifiquen en todos los casos el que no adopten medidas especiales de carácter temporal. Así mismo, para la adopción de las medidas se deberá tener en consideración “(...) los antecedentes particulares del problema que procuran resolver” (pár.33).

El CEDAW se pronuncia sobre la situación de vulnerabilidad de algunos colectivos particulares de mujeres, las cuales requieren de actuaciones concretas de parte de los Estados para superar dicha situación. Expone que: “Quizás sea necesario que los Estados Partes adopten determinadas medidas especiales de carácter temporal para eliminar esas formas múltiples de discriminación múltiple contra la mujer y las consecuencias negativas y complejas que tiene”(pár.12).

Por su parte, es necesario referirse a una medida de protección especial que el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General No. 6 sugiere a los Estados, en lo que respecta al trato que deben recibir los niños o menores no acompañados y separados de su familia. Al referirse a la obligación de los Estados de adoptar “todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención (...)” (art.4) sugiere a los Estados que: “(...) habrán de tenerse en cuenta la especial vulnerabilidad de los menores no acompañados y separados de su familia (...) y deberá traducirse en la asignación prioritaria de recursos a dichos menores” (pár.16).

Al referirse al principio de no discriminación, tal y como ya se señaló, el Comité de los Derechos del Niño precisa que: “Este principio no excluye- e incluso puede exigir- la diferenciación fundada en la diversidad de necesidades de protección, como las asociadas a la edad o género” (pár.18). En nuestra opinión, aquí se hace alusión a la necesidad de que se adopten medidas de acción positiva que permitan que los niños alcancen la igualdad real por encima de los factores que lo hacen especialmente vulnerable, de una parte, su condición de niño y, del otro, el agravante de estar separado de su familia o no estar acompañado en un territorio que no es el de su nacionalidad.

En cuanto a las medidas que deben ser adoptadas de parte de los Estados en estos casos en particular, es importante resaltar que también pueden ser de carácter preventivo y, en ese sentido, el Comité de los Derechos del Niño considera que deben tender a evitar perjuicios a los menores no acompañados<sup>634</sup>. El Comité en mención determina el derecho de los no acompañados o separados de sus familias a “(...) recibir protección y asistencia especiales

---

en el caso de la “adopción por los Estados Partes de medidas especiales (...) encaminadas a proteger la maternidad (...) (art.4.2)”, (pár. 14). Así mismo hay medidas de carácter permanente (pár. 29).

<sup>634</sup> Tales como (...) actitudes de rechazo social de los menores no acompañados o separados” (pár. 18). Así mismo, estas medidas solamente serán admisibles si “(...) se ajustan a la ley, suponen una apreciación individual y no colectiva, respetan el principio de proporcionalidad y representan la opción menos intrusiva. A fin de no infringir el mandato de no discriminación, las medidas descritas no podrán ser aplicadas a un grupo o sobre una base colectiva”, (pár. 18). Por otra parte, las medidas que se adopten para atender las necesidades de protección del menor “(...) se regirán por el principio del interés superior del menor” (pár. 31).

del Estado en cuestión”(pár.39), entre ellas, la evaluación o medidas iniciales (pár.31.a)<sup>635</sup>, nombramiento de tutor, asesor y representante legal, atención y alojamiento (párs 39 b y 39 c).

Las interpretaciones a las que llegan los diferentes Comités en relación con las medidas diferenciadas en favor de ciertos grupos vulnerables, nos permiten notar un desarrollo progresivo en el reconocimiento y necesidad de adopción de las mismas en razón a que, en un primer momento, el Comité de Derechos Humanos se refiere de manera escueta a disposiciones positivas y, con posterioridad sobre este tipo de acciones, se van aportando otros elementos que justifican su finalidad y necesidad en el marco de un Estado.

El CEDAW es quizá el que mayores aportes brinda en torno al tema, pues si bien el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ya se había referido de manera tangencial a la existencia de dos clases de medidas, las de carácter permanente y las de carácter temporal, el CEDAW ahonda más en la diferencia entre unas y otras, y aclara la terminología empleada, que es sinónima en los ordenamientos internos y define cada una de las expresiones que hacen parte del concepto “medidas especiales”. Por otra parte, no las circunscribe únicamente a los supuestos relacionados con la mujer, sino que reconoce a otras personas que pueden ser sus destinatarias.

Otro aspecto que podemos concluir de este estudio, radica en que la adopción de las medidas especiales no comporta un trato discriminatorio, sino todo lo contrario, los Comités exponen que a través de ellas se busca luchar contra la discriminación y lograr la igualdad real entre personas que se encuentren en circunstancias desfavorables. En este sentido, la naturaleza de dichas medidas especiales es crear una distinción en beneficio de las personas en cuestión, razón por la cual deberán estar justificadas en la proporcionalidad, razonabilidad y la objetividad. Solamente bajo estos supuestos podrán ser legítimas y compatibles con el DIDH. Valdría la pena esperar cómo se puede pronunciar a futuro el Comité de protección de los Derechos de Todos los Trabajadores migrantes y de sus Familiares, sobre aquellas medidas de acción positiva sugeridas a los Estados para propender por los derechos de este colectivo de personas vulnerables.

### **3. Apuesta por los principios de igualdad y de no discriminación en los ámbitos regionales**

#### **3.1. Europa en defensa de los principios de igualdad y no discriminación**

##### **3.1.1. Los esfuerzos del Consejo de Europa**

En el Convenio para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales<sup>636</sup> (en adelante CEDH), también se encuentra presente el principio de igualdad y no discriminación. Al regular su ámbito de aplicación personal y territorial

---

<sup>635</sup> Consiste en la determinación con carácter prioritario, de la condición de menor no acompañado o separado de su familia inmediatamente tras su llegada al puerto de entrada o tan pronto como las autoridades tomen conocimiento de su presencia en el país (art.8). Las medidas incluirán la determinación de la edad, para lo cual no sólo debe tenerse en cuenta el aspecto físico del individuo, sino también su madurez psicológica.

<sup>636</sup> Firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, entrado en vigor el 3 de septiembre de 1953.

dispone: “Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio” (art. 1)<sup>637</sup>. Consideramos que, según la disposición transcrita, el principio de igualdad se encuentra implícito en el artículo 1º al proteger a “toda persona”. Si bien, la referencia no es expresa, de ninguna manera podría llegar a concluirse que este principio no es irradiador del CEDH.

Siguiendo lo sostenido por la profesora **Salado Osuna**, significa que: “(...) el CEDH concibe los derechos humanos desde el punto de vista universal, en el sentido de que los derechos reconocidos están destinados a la protección de toda persona (...) con independencia de su nacionalidad”<sup>638</sup>, en consecuencia, los extranjeros también están cobijados por sus disposiciones. Dado esto, tal y como se expuso en el Capítulo anterior, el TEDH conoce de los casos presentados por cualquier persona dependiente de la jurisdicción de los Estados Parte, independientemente de la nacionalidad de las mismas. Así lo afirma el profesor **Jiménez Piernas** al sostener que: “el TEDH viene aceptando las demandas contra cualquier Estado parte en el CEDH por quien esté sujeto a su jurisdicción con independencia de su nacionalidad; de acuerdo con este principio de la aplicación territorial, el fondo del litigio consiste en determinar si existe o no violación de los derechos del CEDH, con independencia de la nacionalidad del recurrente”<sup>639</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que tener presente que el CEDH prohíbe de forma expresa la discriminación (art.14)<sup>640</sup>. La doctrina basada en varios fallos proferidos por el TEDH<sup>641</sup>, afirma que el artículo 14 no reconoce un derecho autónomo, sino que su protección se produce por vía del amparo de otros derechos reconocidos en el CEDH<sup>642</sup>,

---

<sup>637</sup> Dicho aspecto tal y como ya se ha anotado se deriva de lo dispuesto previamente en el Estatuto del Consejo de Europa, según el cual “Cada uno de los Estados miembros reconoce el imperio del derecho y el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (art. 3).

<sup>638</sup> SALADO OSUNA, A.: “La Universalidad de los Derechos Humanos en el Consejo de Europa”, en *La obra jurídica del Consejo de Europa: en conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa*, (P.A. Fernández Sánchez, Ed.), Sevilla, 2010, p. 233.

<sup>639</sup> JIMENEZ PIERNAS, C.: “La política y legislación española sobre extranjería e inmigración y su conformidad con el derecho europeo e internacional en la materia”, en *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, (Z. Dranas de Clement. Coord), Tomo II, Dranas Lerner editores, Buenos Aires, 2002, p. 915.

<sup>640</sup> Así lo define el enunciado del artículo 14 al establecer: “El goce de los derechos y libertades reconocido en el presente Convenio ha de ser asegurado sin discriminación 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”.

<sup>641</sup> Ver: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Sindicato Nacional de Policía Belga c. Bélgica*, A. Sala plena, 44/64/70, 27 de octubre de 1975, *Caso Marckx c. Bélgica*, Sala plena, A. 6833/74, de 13 de junio de 1979, *Caso Karlheinz Schmidt c. Alemania*, Sala de la Corte, A. 13580/88, de 18 de junio de 1994, *Caso Makhmudov c. Rusia*, Sección primera, A. 35082/04, de 27 de julio de 2007, *Caso Inze c. Austria*, A. 8695/79, Sala de la Corte, de 28 de octubre de 1987, caso *Nesibe Haran c. Turquía*, Sección tercera, A. 28299/95, de 06 de septiembre de 2005.

<sup>642</sup> Entre ellos ver, CARRILLO SALCEDO, J.A.: “El proceso de internacionalización de los derechos humanos. El fin del mito de la soberanía nacional”, en *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 49-76, PASTOR RIDRUEJO, J.A. “Los derechos de emigrantes en el sistema de la Convención Europea de Derechos Humanos”, en *Migraciones y Desarrollo*, Ob. Cit, pp. 34-38, PASTOR RIDRUEJO, J.A. “El



tanto así, que es posible encontrar jurisprudencia en la que el TEDH habiendo declarado violación de algún artículo del Convenio, descarta realizar el análisis independiente del artículo 14<sup>643</sup> por considerar que no se trata de un derecho independiente sino de carácter relacional. En este sentido, según sostiene el profesor **Sudre**, “(...) es como si el artículo 14 fuese parte integrante de cada uno de los artículos del Convenio”<sup>644</sup>.

Pese a lo anterior, debe tenerse en cuenta que en algunos casos debido a que se ha podido comprobar que existe una violación a la prohibición de discriminación (art. 14) se han amparado otros derechos contenidos en el CEDH que de invocarse aisladamente no hubieran obtenido protección de parte del TEDH. Son ilustrativos en este sentido algunos casos, como el *relativo a ciertos aspectos del régimen Lingüístico Belga c. Bélgica*<sup>645</sup>, caso *Karlheinz Schmidt c. Alemania*<sup>646</sup>, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido*<sup>647</sup>, y el caso *Iglesia Católica de la Canea c. Grecia*<sup>648</sup>.

---

Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la reforma de la reforma”, en *Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de los Derechos Humanos*, vol. 44, 2001, pp. 51-64, FERNÁNDEZ SEGADO F.: “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Jornadas de Estudio sobre el principio de igualdad*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 780-789, DEOP MADINABEITIA, X.: “De la igualdad en los derechos a la igualdad de derechos: El protocolo Adicional No. 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derecho Internacional*, No. XVI, 2000, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, pp. 367-376, PASTOR PALOMAR, A.: “El sistema Europeo: el Consejo de Europa”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ob. Cit, pp. 179-219, CARMONA CUENCA, E.: “La prohibición de discriminación: nuevos contenidos”, en *La Europa de los Derechos, El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ob. Cit. pp. 773-764,

<sup>643</sup> Esto ocurrió por ejemplo en el caso TEDH, *Caso Tysiac c. Polonia*, (A. 5410/03) sentencia de 20 de marzo de 2007, en el cual el TEDH al estudiar la violación del artículo 14 en combinación con el 3 y el 8, al valorar el cargo y declarar la violación del art. 8, decide no entrar a estudiar el art. 14, pues afirma “Atendidos los motivos por los que ha concluido con la violación del artículo 8 y rechazado la excepción preliminar del Gobierno, el Tribunal no considera necesario examinar separadamente las quejas de la demandante desde el punto de vista del artículo 14 del Convenio”. (pár. 144) TEDH, *Caso Airey c. Irlanda*, (A. 6289/73), sentencia de 9 de octubre de 1979. En este caso el TEDH declaró la violación del derecho a un proceso equitativo (art.6) y del respeto a la vida familiar (art.8), y rechazó el estudio de la violación a la prohibición de discriminación (art.14). Por otra parte, en el caso *Johnston y Otros c. Irlanda*, (A. 9697/82), sentencia de 18 de diciembre de 1986, se invocó la violación del derecho al respeto a la vida familiar (art.8) en combinación con la prohibición de discriminación (art.14) y por existir violación del primero de los artículos se desestimó el estudio del segundo. Se llegó a conclusión similar en los casos *Dudgeon c. Reino Unido*, (A. 7525/76), sentencia de 22 de octubre de 1981, y en el caso *Norris c. Irlanda*, (A. 10581/83), sentencia de 26 e octubre de 1988.

<sup>644</sup> SUDRE, F.: *Droit international et européen des droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, Paris, 2001, p. 328.

<sup>645</sup> TEDH, (A. 1474/62 1677/62 1691/62 1769/63), sentencia de 23 de julio de 1968, pár. 1.

<sup>646</sup> TEDH, (A. 13580/88), sentencia de 18 de julio de 1994, pár. 29

<sup>647</sup> TEDH, (A.9214/80 9473/81 9474/81), sentencia de 28 de mayo de 1985, serie A, No. 94, pár. 83.

<sup>648</sup> TEDH, (A. 25528/94), Sentencia de 16 de diciembre de 1977, A. 143/1996/762/963). En este último fallo, se debe resaltar que el TEDH al examinar las violaciones a los derechos invocados (art.6.1 y 9 del CEDH) en combinación con el artículo 14, expresa que pese a que la Comisión ha considerado innecesario examinar la violación del artículo 6 en combinación del artículo 14, pues “(...) estima que también ha habido una violación del artículo 14 en relación con el artículo 6. 1, por no darse una justificación objetiva y razonable para la diferencia de trato que se ha presentado.” (pár. 47).

En desarrollo del CEDH y con el propósito -como lo sostiene el profesor **Carillo Salcedo**- de “(...) lograr mayor concordancia entre el Convenio y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”<sup>649</sup> se han adoptado varios Protocolos adicionales, entre ellos el No. 12<sup>650</sup>, el cual es considerado por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia como “uno de los más importantes instrumentos internacionales para luchar contra la discriminación racial”<sup>651</sup>. Dicho protocolo subsana la omisión del artículo 14 relativa al principio de igualdad, pues desde el mismo preámbulo lo reconoce como “(...) el principio fundamental según el cual todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley” (pár. 1) y determina que los Estados miembros están “(...) resueltos a promover la igualdad de todos mediante la garantía colectiva de una prohibición general de discriminación (pár. 2).

Con el propósito de concretar los ideales del preámbulo, el Protocolo adicional prevé la prohibición general de discriminación en el artículo 1<sup>652</sup>. Dicho artículo detalla el alcance de la prohibición de discriminación, en otros términos, “lo perfecciona”.<sup>653</sup> Adicionalmente, el mencionado protocolo reconoce a partir del citado artículo esta prohibición como un derecho autónomo.

Pero no puede olvidarse que el Protocolo No. 12 en su preámbulo prevé la posibilidad de que se realicen distinciones, pues el principio de no discriminación no impide a los Estados Partes que adopten medidas para promover la igualdad plena y efectiva, siempre que respondan a una justificación objetiva y razonable (pár. 3).

Las palabras reproducidas en este párrafo del preámbulo tienen como fuente la jurisprudencia del TEDH, según la cual se hace explícito en qué casos se está frente a una diferencia de trato legítima y en qué casos se está frente a una discriminación prohibida.

En este sentido, es importante tener en consideración el caso *relativo a ciertos aspectos del régimen Lingüístico Belga c. Bélgica*<sup>654</sup>, toda vez que a partir del mismo es posible

---

<sup>649</sup> CARRILLO SALCEDO J.A.: “El Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *La Protección Internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Ob. Cit. p. 398.

<sup>650</sup> Abierto a la firma en Roma, el 4 de noviembre de 2000, entrada en vigor con 10 ratificaciones el 01 de abril de 2005. Ha sido firmado por 19 Estados y a la fecha cuenta con 18 ratificaciones. Información obtenida en la página del Consejo de Europa, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=7&DF=23/07/2011&CL=ENG>, consultado el 22 de julio de 2011.

<sup>651</sup> Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, *Reporte de la ECRI sobre el Estado de Austria*, Cuarto ciclo de seguimiento, Adoptado el 15 de diciembre de 2009, publicado el 2 de marzo de 2010, Conclusiones y recomendaciones, pár. 3.

<sup>652</sup> 1. El goce de todos los derechos reconocidos por la ley han de ser asegurados sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. 2. Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de cualquier autoridad pública, basada en particular en los motivos mencionados en el apartado 1”.

<sup>653</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A.: “El Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *La Protección Internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Ob. Cit. p. 400.

<sup>654</sup> Según el cual “(...) las autoridades nacionales competentes se ven a menudo frente a situaciones o problemas cuya diversidad reclama soluciones jurídicas distintas; ciertas desigualdades de derecho, además, no tienden sino a corregir desigualdades de hecho. En consecuencia, la interpretación extensiva arriba citada

encontrar otros fallos que sostienen interpretación similar<sup>655</sup>. El alcance de las distinciones autorizadas por el Protocolo No. 12, plantean las denominadas medidas de acción positiva<sup>656</sup> (en sentido muy similar a como fueron estudiadas en el acápite del ámbito universal y que pueden ser reproducibles para estos efectos), es decir, aquellas que resultan ser favorables para grupos vulnerables o desiguales y que propenden por el cumplimiento de la igualdad material, no solamente formal. Sobre el particular ha expuesto el TEDH que “(...) el artículo 14 no prohíbe a las Partes Contratantes tratar a los grupos de manera diferente con el fin de corregir las desigualdades de hecho entre ellos”<sup>657</sup>.

Consideramos que bajo este marco de referencia los derechos de los extranjeros a la luz del CEDH estarían amparados por el mismo, en razón a la aplicación de sus normas a todas las personas sujetas a la jurisdicción de cualquiera de los Estados Partes, sin que pueda existir ningún tipo de discriminación por los motivos prohibidos, entre ellos, el origen nacional. No obstante, es válido que los Estados dispensen tratos diferenciados, siempre y cuando estos respondan a una justificación objetiva y razonable, en cuyo supuesto la distinción no se considera arbitraria ni constitutiva de discriminación, como ha sido afirmado por el TEDH<sup>658</sup>.

---

no puede adoptarse” (pár. 10) y resalta que: “(...) cuando la distinción carece de justificación objetiva y razonable considera que la igualdad de trato queda violada. La existencia de una justificación semejante debe apreciarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida examinada en atención a los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho consagrado por el Convenio no sólo debe perseguir una finalidad legítima: el artículo 14 se ve también violado cuando resulta claramente que no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida” (pár. 10).

<sup>655</sup>Ver TEDH, *Caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali, c. Reino Unido*, párs. 72, 74 y 88. *Caso Fretté c. Francia*, (A36515/97), sentencia de 26 de febrero de 2002, párs. 34,39 y 43, *caso Larkos c. Chipre*, (A. 29515/95), sentencia de 18 de febrero de 1999, pár. 29 caso *Anatoliy, Ponomaryov y Vitaly Ponorayov c. Bulgaria*, (A. 3950/02), sentencia de 21 de junio de 2011, pár. 51, entre otros casos.

<sup>656</sup> En lo que se refiere a las medidas de acción positiva conviene tener en cuenta que el Informe Explicativo del Protocolo No. 12 hace alusión a estas medidas y se afirma que “(...) hace referencia a las medidas adoptadas a fin de promover una igualdad plena y efectiva y reafirma que tales medidas no están prohibidas por el principio de no discriminación, en la medida en que corresponden a una justificación objetiva y razonable”. Informe Explicativo del Protocolo No. 12, <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Reports/Html/177.htm>, de 26 de junio de 2000, consultado el 4 de junio de 2012.

<sup>657</sup> TEDH, caso *Sejdic y Finci c. Bosnia y Herzegovina*, (A. Nos. 27996/06 y 34836/06), sentencia de 22 de diciembre de 2009, pár. 44.

<sup>658</sup> TEDH, *Caso relativo a ciertos aspectos del régimen Lingüístico Belga c. Bélgica*, párs. 4 al 10, En este asunto el Tribunal establece que para que un trato se considere discriminatorio, se deben dar las siguientes condiciones: 1. Una discriminación consiste en una acción u omisión imputable a los poderes públicos que introduce una desigualdad de trato de carácter arbitrario. Una distinción destinada a "restablecer más que a destruir la igualdad", o basada en motivos "válidos", sería, pues, plenamente "legítima". (pár. 4). 2. A este respecto, el Tribunal, siguiendo en la materia los principios que se deducen de la práctica judicial de un gran número de países democrático cuando la distinción carece de justificación objetiva y razonable considera que la igualdad de trato queda violada. La existencia de una justificación semejante debe apreciarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida examinada en atención a los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas, Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho consagrado por el Convenio no sólo debe perseguir una finalidad legítima (pár.10).

En lo que se refiere a la aplicación jurisprudencial del Protocolo No. 12 del CEDH, se debe hacer referencia al ya citado caso *Sejdic y Finci c. Bosnia y Herzegovina*, toda vez que, en él, si bien el TEDH recuerda que: “(...) el artículo 14 complementa las demás disposiciones sustantivas de la Convención y sus Protocolos. No tiene existencia independiente, ya que sólo tiene efecto en relación con el disfrute de los derechos y libertades protegidos por estas disposiciones (...) En el caso concreto “(...) la aplicación del artículo 14 no supone una violación de esas disposiciones - y en esa medida es autónoma -, no puede haber espacio para su aplicación a menos que los hechos en cuestión estén dentro del ámbito de uno o más de estos últimos” (pár.30)<sup>659</sup>. Por su parte, se afirma también que: “(...) mientras que el artículo 14 de la Convención prohíbe la discriminación en el disfrute de “los derechos y libertades proclamados en (la) Convención”, el artículo 1° del Protocolo N° 12 extiende el ámbito de protección a “cualquier derecho establecido por la ley”. Se introduce así una prohibición general de discriminación”<sup>660</sup>. En el seno de este sistema hay otros fallos que representan gran importancia en torno a este tema<sup>661</sup>.

Un análisis de la anterior jurisprudencia nos permite constatar que, con la prohibición general de discriminación consagrada en el artículo 1 del Protocolo No. 12, se está frente a un derecho autónomo y que la interpretación del TEDH, en los dos casos referenciados y en los que se estudia la aplicación de este instrumento, se avanza hacia la creación de una jurisprudencia propia que define los derroteros del campo de aplicación y el alcance de la disposición. Como se ha expresado, existe en este aspecto en concreto un desarrollo progresivo en lo que se refiere a la interpretación del principio de no discriminación pues, si bien, en un primer momento se ha construido una sólida jurisprudencia que denota el carácter dependiente del artículo 14 del CEDH, respecto de otros derechos contenidos en él, hoy se esboza la independencia de la prohibición contenida en el artículo 1° del Protocolo No. 12.

---

<sup>659</sup> TEDH, (A. 27996/06 y 34836/06) sentencia de 22 de diciembre de 2009.

<sup>660</sup> De otro lado, el TEDH, en la parte resolutive de la sentencia estima, que en efecto se observa una violación del art. 14 del CEDH, en combinación con el art. 3 del protocolo No. 1, sin embargo al analizar la violación del art. 1 del Protocolo No. 12, no estima necesario estudiar la misma reclamación del artículo 3 del protocolo No. 1, sino que de manera autónoma e independiente declara la violación a la prohibición general de discriminación (pár. 39).

<sup>661</sup> Otro fallo que para nosotros representa gran importancia es el caso *Savez Crava “Rijev Zivota” y otros c. Croacia*. En esta oportunidad el TEDH reitera que “(...) el artículo 1 del Protocolo N° 12 establece una prohibición general de discriminación.” (pár. 103). Sin embargo, la interpretación que en este caso da el TEDH al Protocolo No. 12, evidencia un desarrollo progresivo en el sentido que precisa de acuerdo con el Informe Explicativo del Protocolo No. 12, los cuatro tipos de casos en virtud de los cuales se extiende el ámbito de protección de este instrumento, y en los que una persona puede verse discriminada. A saber: “(...) i. el disfrute de cualquier derecho específicamente otorgado a un individuo bajo la ley nacional; ii. el goce de un derecho que puede inferirse a partir de una clara obligación derivada de una autoridad pública con arreglo al derecho nacional, es decir, cuando una autoridad pública tiene la obligación bajo la ley nacional de comportarse de una manera particular; iii. Por una autoridad pública en el ejercicio del poder discrecional (por ejemplo, la concesión de determinadas subvenciones); iv. Por cualquier otro acto u omisión de una autoridad pública (por ejemplo, el comportamiento de los agentes del orden público cuando se controla un motín)” (pár. 103). De otra parte, dado que en este caso examina y constata que existe violación del artículo 14 del CEDH, en conjunto con el artículo. 9, desestima la necesidad de analizar la violación del artículo 1 del Protocolo No. 12 de manera separada 8pár. 115) TEDH, Caso *Savez Crava “Rijev Zivota” y otros c. Croacia*, (A.. 7798/08), Sentencia de 9 de diciembre de 2010.

Retomando la aplicabilidad del CEDH a los inmigrantes, el profesor **Pastor Ridruejo** sostiene que: “Está claro que los inmigrantes ven reconocidos los derechos y libertades enunciados por la Convención europea de 1950 y sus protocolos adicionales”<sup>662</sup>, salvo el caso de los derechos políticos que se conceden únicamente a los nacionales del Estado, toda vez que el propio CEDH autoriza la restricción a la actividad política de los extranjeros (art. 16), al disponer que la disposición del artículo 14 no podrá ser entendida bajo el sentido de que los Estados Partes no puedan imponer restricciones a la actividad política de este grupo de personas<sup>663</sup>.

Como sostiene el citado profesor, el artículo 16 autoriza de forma expresa restricciones y distinciones respecto de los extranjeros, lo mismo ocurre con lo dispuesto en el artículo 2 del Protocolo Adicional No. 4<sup>664</sup> relativo a la libertad de circulación, la cual se restringe a aquellas personas que se encuentren de manera legal en el territorio de un Estado Parte, regla que se aplica también para la libertad de seleccionar la residencia (art. 2.1)<sup>665</sup>.

De otra parte, en el CEDH, al igual que como ocurre con los demás instrumentos internacionales ya estudiados, no se reconoce el derecho de entrada a ningún extranjero, es decir, no reconoce el derecho a inmigrar, pues tal y como lo sostiene el profesor **Pastor Ridruejo**: “(...) ningún Estado está obligado en términos de principio a admitir la entrada e instalación en su territorio de extranjeros; la admisión o el rechazo de la admisión y la residencia constituyen una prerrogativa soberana de todo Estado”<sup>666</sup>.

La limitación a la soberanía es posible encontrarla respecto de la expulsión de los extranjeros en virtud de la aplicación de los artículos 3 (prohibición de la tortura) y 8 (vida privada y familiar) del CEDH y la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros (art. 4 del Protocolo Adicional No. 4 al CEDH).

En la jurisprudencia del TEDH es posible identificar algunos fallos en los que se da aplicación al principio de no discriminación en relación con los extranjeros, en función de la protección de otros derechos. Conviene citar los casos *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*<sup>667</sup>, *Gaygusuz c. Austria*<sup>668</sup>, *Koua Poirrez c. Francia*<sup>669</sup>, *Luckzak c. Polonia*<sup>670</sup>, *Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo*<sup>671</sup>, *Okpisz c. Alemania*<sup>672</sup>.

---

<sup>662</sup> PASTOR RIDRUEJO, J.A. “Los derechos de los emigrantes en el Sistema de la Convención Europea de Derechos Humanos”, en *Migraciones y Desarrollo: II Iberoamericanas de estudios internacionales*, (F. Aldecoa Luzárraga. J.M. Sobrino Heredia. Coords), Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 33.

<sup>663</sup> Debe tenerse presente que el artículo 16 también se refiere a los artículos 10 (Libertad de expresión) y 11 (libertad de reunión y asociación), de tal forma que indica que estas libertades reconocidas por el CEDH junto con la prohibición de discriminación del art. 14 no podrán ser argumentadas para evitar que los Estados legítimamente limiten la actividad política de los extranjeros.

<sup>664</sup> Adoptado en Estrasburgo, el 16 de septiembre de 1963, entrada en vigor el 2 de mayo de 1968.

<sup>665</sup> Este artículo también establece el derecho de cualquier persona de abandonar cualquier país, incluido el propio (art. 2.2).

<sup>666</sup> PASTOR RIDRUEJO, J.A. “Los derechos de los emigrantes en el Sistema de la Convención Europea de Derechos Humanos”, en *Migraciones y Desarrollo*, Ob. Cit. p. 34.

<sup>667</sup> Relativo a la situación de tres mujeres extranjeras, con permiso de residencia en el Reino Unido, y quienes deseaban ser autorizadas para reunirse con sus cónyuges. En el momento de la petición la ley de inmigración del Estado demandado prohibía a los maridos reunirse con sus esposas, sin embargo esta restricción de la ley

Es importante tener presente que la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, define la discriminación racial en estricto sentido y en términos muy similares a lo que viene siendo sostenido, no sólo en el contexto universal sino en el europeo, según el TEDH. Anota que por discriminación racial “(...) se entenderá todo trato diferenciado basado en uno por motivos de raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico, que no tiene justificación objetiva y razonable. La diferencia de trato carece de justificación

---

no se aplicaba para el supuesto contrario, esto es, no prohibía a las mujeres reunirse con sus esposos. Las demandantes alegan violación de los artículos 8 (derecho a la vida privada y familiar) y 14 (prohibición de discriminación). en el cual el TEDH no estima que exista violación autónoma del artículo 8, pues nada impedía que las demandantes establecieran su vida familiar en el Estado en el que se encontraban los maridos. Pese a esto sí resuelve violación del artículo 8 en relación con el artículo 14, en razón a que logra probar la existencia de una discriminación por motivos de sexo que impedía el ejercicio del derecho a la vida familiar de los afectados.

<sup>668</sup> TEDH, (A. 1996/40), sentencia de 16 de septiembre de 1996. En este caso se analiza si procede o no la diferencia de trato del que eran objeto los nacionales de terceros Estados a la hora de obtener el reconocimiento de ciertas prestaciones asistenciales, en este caso del señor M. Cevant Gayguzus, nacional turco. el TEDH decide otorgar la protección a los demandantes, pues considera que la ayuda de emergencia por la que se demanda es un derecho pecuniario previsto en el marco del artículo 1 del Protocolo 1º adicional al CEDH. De acuerdo con los hechos del caso el TEDH no encontró convincentes los argumentos del Estado austriaco y declaró que la diferencia de trato entre nacionales austriacos y extranjeros a efectos del reconocimiento de esta prestación de la que el demandante es víctima no está basada en ninguna justificación objetiva ni razonable (pár. 50). que se efectuó por una discriminación por motivo de origen nacional, aspecto incompatible con el art. 14 del CEDH, y con el artículo 1 del Protocolo 1º (Adoptado y firmado en París el 20 de marzo de 1952, entrada en vigor el 18 de mayo de 1954), adicional al CEDH (protección de la propiedad).

<sup>669</sup> TEDH, (A. 40892/98), Sentencia de 30 de septiembre de 2003. examina la situación de un ciudadano de Costa de Marfil, con residencia en París, quien alega la violación del artículo 14 en consonancia con el artículo 1 del Protocolo 1º (protección a la propiedad) en razón a la denegación de un subsidio de minusvalía. Como consecuencia de un estudio exhaustivo de los hechos del caso, el TEDH considera que se produjo violación de los derechos invocados en la demanda.

<sup>670</sup> TEDH, (A. 77782) de 27 de noviembre de 2007. En este caso el afectado es un nacional francés de origen polaco, residenciado en una provincia de Polonia, allí trabaja y se encuentra afiliado al sistema de seguridad social. Junto con su esposa deciden mudarse al campo y constituir una granja, terminando así el contrato de trabajo existente para trabajar de manera independiente, solicita continuar vinculado como trabajador autónomo al sistema de protección de seguridad social para granjeros polaco, y esta vinculación le es negada por ser nacido en el Estado francés. La presunta víctima tras agotar los recursos judiciales internos alega ante el TEDH la violación del artículo 14 del CEDH y del artículo 1º del Protocolo 12, al igual que los casos anteriores. En el fallo una vez verificado que la ley del Estado polaco dispone que todos nacionales y los residentes legales tienen derecho a disfrutar de sus bienes y del derecho a la propiedad, el disfrute de este derecho del CEDH se dará sin que obre discriminación alguna, en este caso por motivos de origen nacional. Se comprueba que este derecho no es limitado a personas en circunstancias similares al peticionario (párs. 49 y 50).

<sup>671</sup> TEDH, (A.76240/01) , de 28 de junio de 2007. el TEDH ampara también los derechos de una nacional peruana que es adoptada por una familia luxemburguesa. Una vez analizados los hechos del caso, y comparada la situación de la presunta víctima con otras similares, el TEDH concluye que no hay justificación objetiva y razonable para hacerse la distinción razón por la cual estima que existe discriminación (pár. 151).

<sup>672</sup> TEDH, (A.59140/00), de 25 de octubre de 2005. se invoca la violación del artículo 8 en combinación con el artículo 14. Se aborda la situación de un ciudadano polaco residente en Alemania con su hijo, a quien le niegan dar un trato en servicios sociales equivalente al que tenían los niños alemanes, pese a tener en principio derecho a ello. El TEDH al realizar un estudio del caso y reiterar que la diferencia de trato solamente se justifica cuando es objetiva, razonable, proporcional y atiende a un fin legítimo (pár. 33). En el caso particular se comprueba que se trató de una discriminación, razón por la cual se declara la violación de los artículos. 8 y 14 del CEDH.

objetiva y razonable si no persigue un fin legítimo o si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se pretende alcanzar”<sup>673</sup>.

En la Carta Social Europea (en adelante CSE)<sup>674</sup>, el preámbulo proclama el principio de no discriminación<sup>675</sup>, declaración ésta que, según los profesores **Bondía García y Bonet Pérez**, implican el reconocimiento (...) de manera general de los objetivos que este instrumento quiere alcanzar”<sup>676</sup>, aspectos que están definidos a lo largo de los 19 principios en la Parte I de la CSE (1961) y que son desarrollados a partir de los derechos concretos reconocidos en la Parte II. El párrafo 5 del preámbulo dispone dentro de los propósitos perseguidos por la CSE el mejoramiento “del nivel de vida” y la promoción del “bienestar de todas las categorías de sus poblaciones”, lo cual se refleja a lo largo de todo el texto de este instrumento, pues tal y como se señaló en el apartado relativo a la dignidad de la persona humana, la CSE se especializa en referirse a los derechos que en sentido particular tienen las diferentes categorías de personas vulnerables (niños, mujeres, adultos mayores, discapacitados y trabajadores migrantes).

La CSE revisada<sup>677</sup>, también se refiere en su preámbulo a la garantía universal de los derechos allí contenidos. Con posterioridad el artículo E consagra de manera expresa el principio de no discriminación<sup>678</sup>. Según la doctrina, el reconocimiento de esta cláusula es “similar al del artículo 14”<sup>679</sup> del CEDH, aspecto que no es extraño toda vez, que tal y como lo señala la profesora **Salado Osuna** al referirse a la CSE, “(...) en el Consejo se consigue, desde el punto de vista normativo, establecer un régimen de protección en relación con estos derechos completando en cierta medida el CEDH”<sup>680</sup>. La importancia de los derechos económicos, sociales y culturales es innegable, en palabras de **Jiménez**

---

<sup>673</sup> Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, Recomendación General No. 7, *Legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial*, aprobada por la ECRI, el 13 de diciembre de 2002, publicada el 17 de febrero de 2003, párr. 1.b.

<sup>674</sup> Adoptada por el Consejo de Europa, en Turín, el 18 de octubre de 1961, revisada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, entrada en vigor el 1 de julio de 1999.

<sup>675</sup> “Considerando que el goce de los derechos sociales debe quedar garantizado sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, proveniencia nacional u origen social” (preámbulo, párr. 4).

<sup>676</sup> BONDÍA GARCÍA, D, Y BONET PÉREZ, J.: “La Carta Social Europea”, en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, (F. Gómez Isa, Dir. ) Humanitarian Net, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, p. 454.

<sup>677</sup> Adoptada en Estrasburgo, el 3 de mayo de 1996. Pues contempla: “garantizar a sus pueblos los derechos sociales especificados en esos instrumentos con objeto de mejorar su nivel de vida y de promover su bienestar social (pár.5). Tanto en la versión inicial de la CSE de Turín (1961), como en la revisada en Estrasburgo (1996) conviene plantear qué alcance tiene la disposición según la cual se busca la protección a “todas sus poblaciones” o “todos sus pueblos”, si acaso entran dentro de este grupo los extranjeros o solamente se refiere a los nacionales de los Estados miembros del Consejo de Europa.

<sup>678</sup> “Se garantizará el disfrute de los derechos reconocidos en la presente Carta sin discriminación alguna basada, en particular, en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, las opiniones políticas o de otra naturaleza, la extracción u origen social, la salud, la pertenencia a una minoría nacional, el nacimiento o cualquier otra situación” (art. E).

<sup>679</sup> BONDÍA GARCÍA, D. y BONET PÉREZ, J.: “La Carta Social Europea”, en *La protección Internacional de los Derechos Humanos, en los albores del siglo XXI*, Ob. Cit, p. 476.

<sup>680</sup> SALADO OSUNA, A.: “La Universalidad de los Derechos Humanos en el Consejo de Europa”, en *La Obra del Consejo de Europa, en conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa*, (P. A. Fernández Sánchez, Ed.), Gandulfo, Sevilla, 2010, p. 237.

**García** estos derechos son llamados “derechos a la igualdad”<sup>681</sup>, toda vez que mediante su reconocimiento los Estados buscan crear condiciones sociales necesarias para la adecuada y equitativa ordenación de los intereses de la sociedad<sup>682</sup>.

Debe resaltarse que el listado de motivos vinculados a la prohibición absoluta de discriminación en este instrumento es más limitado y no se enuncia el origen nacional, pese a esto, tal y como ocurre con todos los listados de los demás instrumentos internacionales que buscan erradicar o sancionan la discriminación se habla de “otra condición”, lo que evidencia que el listado no es exhaustivo, sino meramente ejemplificativo o enunciativo.

Frente a la titularidad de los derechos, muchos de ellos están asignados a categorías o grupos de personas, es así como por su redacción algunos derechos se reconocen a todas las personas, como es el caso del derecho al trabajo (art. 1), derecho a la orientación profesional (art. 9), derecho a la formación profesional (art.10), derecho a la protección de la salud (art. 11), derecho a la asistencia social y médica (art. 13), derecho a los beneficios de los servicios sociales (art.14). Estos derechos no se refieren a ningún grupo en particular, como ocurre con otros derechos que se orientan a la protección de categorías particulares<sup>683</sup>.

Causan especial atención los derechos que en el artículo 19 se reconocen a los trabajadores migratorios y a los miembros de sus familias, pues es bastante llamativo que un instrumento internacional de esta naturaleza desde ese momento se interese por regular la relación y el alcance de los derechos de este grupo vulnerable de personas, aspecto que resulta ser muy avanzado, pues tal y como lo anota **Jimena Quesada**, el “Consejo de Europa -fundado en 1949- se adelantó incluso a Naciones Unidas al consagrar los derechos sociales en un instrumento normativo obligatorio, precediendo por tanto la Carta Social Europea (1961) al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)”<sup>684</sup>. No obstante, según **Bonet Pérez y Bondía García**, este artículo consagra derechos “(...) que les corresponden sólo a los nacionales de los Estados Partes”<sup>685</sup>, es decir a aquellos pertenecientes al Consejo de Europa.

---

<sup>681</sup> JIMÉNEZ GARCÍA, F.: “El sistema de protección de los derechos humanos: en el Consejo de Europa y la Carta Social (II)”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ob. Cit, p. 206.

<sup>682</sup> Por su parte el profesor **Jimena Quesada** afirma “el valor igualdad como fundamento de los derechos sociales”. JIMENA QUESADA, F.: *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2007, p 8.

<sup>683</sup> Como por ejemplo derechos destinados a los trabajadores y a los empleadores en el caso de los artículos 2 (derecho a condiciones equitativas de trabajo), artículo 4 (derecho a una remuneración equitativa), artículo 5 (derecho sindical), artículo 6(derecho de negociación colectiva), artículo 12 (derecho a la seguridad social), art. 15 (derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social), art. 16 ( derecho a la familia), artículo 17 (derecho de las madres y de los niños), artículo 17 (derecho de los trabajadores migrantes y sus familias.)

<sup>684</sup> JIMENA QUESADA, L.: *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales*, Ob. Cit. p. 6.

<sup>685</sup> BONDÍA GARCÍA, D. y BONET PÉREZ, J.: “La Carta Social Europea”, en *La protección Internacional de los Derechos Humanos, en los albores del siglo XXI*, Ob. Cit, p 456.



Esto podemos inferirlo del primer párrafo del artículo 19<sup>686</sup>. Según esta norma, se está estableciendo un condicionamiento de reciprocidad, es decir, un Estado contratante sólo se compromete a garantizar los derechos contenidos en este artículo si, a su vez, las otras partes contratantes (tanto estados de origen como de destino) observan las condiciones que dispone la norma. Al referirse a las Partes contratantes, limita la cobertura de los derechos a los nacionales de estos Estados, quedando por fuera los nacionales de Estados que no pertenezcan a una Parte contratante, es decir, terceros Estados. Lo mismo ocurre con el artículo 18 de la CSE, que regula el derecho a ejercer una actividad lucrativa en el territorio de otras partes contratantes y restringe esta garantía, según los mismos términos del artículo 19<sup>687</sup>. Adicional a esto, no puede perderse de vista que el disfrute de estos derechos se somete a la situación jurídica de legalidad de los nacionales de las Partes Contratantes.

Por su parte, conviene tener presente lo sostenido por la profesora **Salado Osuna**, quien al analizar la CSE, afirma: “el derecho al trabajo de los trabajadores migrantes y los beneficios derivados del mismo viene siendo objeto de atención por el Comité Europeo de Derechos Sociales, pues la Carta Social Europea (1961 y 1996) reconoce el derecho al

---

<sup>686</sup> El cual dispone: “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a la protección y asistencia en el territorio de cualquier otra parte contratante, las partes contratantes se comprometen (...)” A mantener o a cerciorarse de que existen servicios gratuitos adecuados para ayudar a estos trabajadores, y particularmente para suministrarles informaciones exactas, y adoptar las medidas oportunas en tanto que lo permitan las Leyes y Reglamentos nacionales, contra toda propaganda engañosa sobre emigración o inmigración. 2. A adoptar, dentro de los límites de su jurisdicción, medidas apropiadas para facilitar la salida, el viaje y la acogida de estos trabajadores y sus familias, y a proporcionarles durante el viaje, dentro de los límites de su jurisdicción, los servicios sanitarios y médicos necesarios, así como unas buenas condiciones de higiene. 3. A promover la colaboración, requerida en cada caso, entre los servicios sociales, públicos o privados, de los países de emigración e inmigración. 4. A garantizar a esos trabajadores que se encuentren legalmente dentro de su territorio un trato no menos favorable que a sus propios nacionales en lo referente a las maneras que se expresan a continuación, en tanto que las mismas estén reguladas por Leyes o Reglamentos o se hallen sometidas al control de las autoridades administrativas, a saber: a. Remuneración y otras condiciones de empleo y trabajo. b. Afiliación a las organizaciones sindicales y disfrute de las ventajas que ofrezcan los convenios colectivos. c. Alojamiento. 5. A garantizar a esos trabajadores, cuando se encuentren legalmente dentro de su territorio, un trato no menos favorable que el que reciben sus propios nacionales en lo concerniente a impuestos, tasas y contribuciones relativos al trabajo, a cargo del trabajador. 6. A facilitar en lo posible el reagrupamiento de la familia del trabajador extranjero a quien se le haya autorizado para establecerse dentro del territorio. 7. A garantizar a dichos trabajadores que se encuentren legalmente dentro de su territorio un trato no menos favorable que a sus propios nacionales en lo relativo a la acciones procesales sobre las cuestiones mencionadas en el presente artículo. 8. A garantizar a dichos trabajadores, cuando residan legalmente dentro de su territorio, que no podrán ser expulsados, excepto si amenazaren la seguridad del Estado o atentaren contra el orden público o las buenas costumbres. 9. A permitir, dentro de los límites fijados por la Leyes, la transferencia de cualquier parte de las ganancias o ahorros de tales trabajadores migrantes que estos desearan transferir. 10. A extender las medidas de protección y asistencia previstas en el presente artículo a los trabajadores migrantes que trabajen por cuenta propia, en cuanto las mismas les sean aplicables.

<sup>687</sup> El artículo 18, en los mismos términos que el 19 dispone Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a ejercer una actividad lucrativa en el territorio de cualquiera de las otras partes contratantes, las partes contratantes se comprometen 1. A aplicar la normativa existente con espíritu liberal. 2. A simplificar las formalidades vigentes y a reducir o suprimir los derechos de cancelería y otras tasas que deban ser pagadas por los trabajadores extranjeros o por sus empleadores. 3. A liberalizar, individual o colectivamente, las normas que regulan el empleo de trabajadores extranjeros. Y reconocen: 4. El derecho de sus ciudadanos a salir del país para ejercer una actividad lucrativa en el territorio de las demás partes contratantes.

trabajo y contiene disposiciones específicas respecto de los trabajadores migratorios”<sup>688</sup>. Esto lo afirma luego de realizar un estudio al Convenio Europeo sobre el Estatuto legal de los trabajadores migrantes<sup>689</sup>, el cual es un régimen aplicable tendiente a buscar la protección de los trabajadores nacionales de los Estados miembros del Consejo de Europa que se desplazan a otro Estado Miembro, según su artículo 1°.

Sobre este punto, la precisión efectuada por la profesora **Salado Osuna** respecto de la vigencia y aplicación práctica del Convenio de 1977 es muy conveniente, toda vez que, precisa que dado el marco de la libertad de circulación de trabajadores en la UE, los ciudadanos europeos tienen derecho a trasladarse y a desarrollar actividad laboral en el territorio de cualquier Estado que sea miembro de la UE, sin embargo, según la profesora, “La vigencia de este tratado sigue siendo importante aunque sólo en relación con los trabajadores nacionales de Estados que no son miembros de la Unión Europea (...) y para los nacionales de aquellos Estados miembros del Consejo de Europa que no son Estados Partes en la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familias (1990)”<sup>690</sup>.

La CSE se ocupa de reconocer un amplio catálogo de derechos destinado a promover la protección de los más vulnerables de la escala social, incluidos los trabajadores migratorios, no obstante, la protección de acuerdo con este instrumento se restringe “a los ciudadanos de un Estado miembro que deciden trasladarse a otro Estado a desempeñar una actividad laboral. Dicho traslado debe hacerse además de manera regular”<sup>691</sup>.

Así mismo, entre las medidas destinadas a brindar protección a la población vulnerable, es relevante referirse al artículo 30 de la CSE revisada, según el cual se garantiza el derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social<sup>692</sup>, sin embargo, esta garantía se aplica también a los trabajadores migrantes por formar parte de los grupos sociales que merecen especial atención, pero únicamente a aquellos que son nacionales de un Estado contratante.

El Comité Europeo de Derechos Sociales, como órgano autorizado para interpretar la CSE, se ha referido al principio de no discriminación, así vale resaltar la Decisión de Fondo de 10 de octubre de 2000 a la *Reclamación 6/1999 presentada por el Sindicato Nacional de*

---

<sup>688</sup> SALADO OSUNA, A.: “La Universalidad de los Derechos Humanos en el Consejo de Europa”, en *La Obra del Consejo de Europa*, Ob. Cit, p. 248.

<sup>689</sup> Adoptado el 24 de noviembre de 1977 y en vigor el 15 de mayo de 1983.

<sup>690</sup> SALADO OSUNA, A.: “La Universalidad de los Derechos Humanos en el Consejo de Europa”, en *La Obra del Consejo de Europa*, Ob. Cit, p. 248.

<sup>691</sup> TERRÁDEZ SALOM, D.: “Los derechos sociales de los extranjeros en los ordenamientos constitucional español y europeo: de la teoría a la realidad”, en *Revista de derecho migratorio y extranjería*, No. 15, julio de 2007, Lex Nova, Valladolid, p. 87.

<sup>692</sup> Artículo 30. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social, las Partes se comprometen: a adoptar medidas en el marco de un planteamiento global coordinado para promover el acceso efectivo, en particular al empleo, a la vivienda, a la formación, a la enseñanza, a la cultura, y a la asistencia social y médica, de las personas que se encuentren o que corran el riesgo de encontrarse en una situación de exclusión social o de pobreza, así como de sus familias ;b a revisar estas medidas con vistas a su adaptación, si resulta necesario.

*Profesiones de Turismo contra Francia*<sup>693</sup>. En el asunto, el Comité de Derechos Sociales recuerda que la obligación de no discriminación de la CSE revisada implica: “(...) en particular la eliminación de cualquier discriminación en el empleo, cualquiera que sea el estatuto jurídico de la relación profesional (...), así mismo, al referirse a las diferencias de trato estima que: Una diferencia de trato entre personas que se encuentren en situaciones comparables constituye una discriminación contraria a la Carta revisada si esa diferencia no persigue un fin legítimo y no se sustenta en motivos objetivos y razonables (...), además que el objeto y el fin de la Carta, consisten en proteger derechos no teóricos, sino efectivos (...). El Comité logra comprobar que efectivamente no existen motivos razonables y objetivos para que proceda la distinción, razón por la cual existe un trato discriminatorio. Debe resaltarse que los parámetros interpretativos del Comité, en lo que se refiere a la aplicación del principio de no discriminación, son coincidentes con lo expuesto por el TEDH (pár.24, 25, 26 y 46), en algunos de sus fallos<sup>694</sup>.

El Comité Europeo de Derechos Sociales, como se resaltó en el capítulo II, también se ha pronunciado frente a poblaciones vulnerables, entre ellos los extranjeros, por lo que conviene recordar la Decisión de Fondo a la *Reclamación Colectiva 14/2003* de la Federación Internacional de ligas de derechos humanos contra Francia<sup>695</sup>. Debe acotarse que el catálogo de derechos que se reconoce a los extranjeros, que no son nacionales de las Partes Contratantes, son numerosos y se admiten restricciones a estos, siempre y cuando dichas restricciones “(...) que afecten a los derechos sean interpretadas estrictamente, es decir, entendidas de tal modo que quede intacta la esencia del derecho en cuestión y se permita alcanzar el objetivo general de la Carta”<sup>696</sup>.

---

<sup>693</sup> Comité Europeo de Derechos Sociales, *Reclamación 6/1999 presentada por el Sindicato Nacional de Profesiones de Turismo contra Francia*, Decisión de Fondo de 10 de octubre de 2000. que alega la violación del artículo 1.2 de la CSE de 1996 (el derecho a la no discriminación en el empleo), artículo 10 de la CSE de 1996 (derecho a la formación profesional) en razón a que según los afectados, se genera una discriminación al no permitirle a los miembros del sindicato formados en arte e historia trabajar como guías turísticos en los museos y sitios de interés, pues este trabajo, solamente es realizado por el personas de los museos.

<sup>694</sup> *Casos Gaygusuz c. Austria, Koua Poirrez c. Francia, Luckzak c. Polonia, Wagner y JMWL c. Luxemburgo, Okpiz c. Alemania.*

<sup>695</sup> Comité Europeo de Derechos Sociales, *Reclamación No. 14/200,3 Federación Internacional de Ligas de Derechos Humanos, contra Francia*, Decisión de Fondo de 7 de septiembre de 2004. El caso está relacionado con la presunta violación de los artículos 13.1 y 13.4 de la CSE de 1961 (derecho a la asistencia social y médica) y el art. 17 de la CSE revisada (derecho de los niños y de los adolescentes a crecer en un medio que favorezca el pleno desarrollo de su personalidad y de sus aptitudes físicas y mentales) de unos trabajadores migrantes irregulares y sus hijos, los cuales aparentemente se les niega el acceso a estos derechos en el Estado Francés, Parte contratante en la que residen. El Comité Europeo de Derechos Sociales al resolver este asunto considera que los derechos reconocidos a los extranjeros en la CSE solo pueden garantizarse bajo el supuesto de que los extranjeros que son nacionales de otras partes “(...) residan legalmente o trabajen habitualmente dentro del territorio de la Parte interesada, entendiéndose que los artículos citados se interpretarán a la luz de las disposiciones contenidas en los artículos 18 y 19 (es decir que estos derechos sólo se garantizan a los nacionales de las Altas Partes Contratantes). Esta interpretación no excluye la extensión de derechos análogos a otras personas por cualquiera de las Partes” (pár. 15).

<sup>696</sup> De otra parte, en el asunto en cuestión el derecho reconocido en el artículo 13 (asistencia médica) “afecta a un derecho que reviste una importancia fundamental para el individuo, puesto que dicho derecho se encuentra ligado al mismo derecho a la vida y afecta directamente a la dignidad del ser humano” y en este caso “(...) la restricción penaliza (...) a niños que se encuentran expuestos al riesgo de no poder beneficiarse de un

Ahora, con respecto al artículo 17, aclara que los niños y adolescentes gozan de protección especial en la CSE y, en el caso particular los hijos de los inmigrantes en situación irregular, sólo se incluyen como beneficiarios del sistema de asistencia médica tras cierta permanencia en el territorio, razón por la cual en el caso particular los menores no tienen asistencia y este hecho “no es conforme al artículo 17”(pár. 35 y 36), razón por la cual decide concluir que ha habido violación al artículo 17 de la CSE revisada.

### 3.1.2. Avances y retrocesos en la Unión Europea

Tal y como se puso de manifiesto en el capítulo anterior, relativo al principio de dignidad humana, el Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE)<sup>697</sup> también ofrece alusiones a los principios de igualdad y no discriminación.

El texto del preámbulo del tratado en mención dispone que: “INSPIRÁNDOSE en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona, así como la libertad, la democracia, la *igualdad* (cursiva fuera de texto) y el Estado de Derecho” (pár.3).

En la parte dispositiva reitera que la igualdad es un valor universal<sup>698</sup>. En la disposición normativa citada en la nota al pie de página queda evidenciado que, tal y como se ha expuesto con anterioridad, los principios de igualdad y no discriminación se presentan de manera complementaria e inescindible. Consideramos muy importante la apreciación misma del artículo al establecer que la no discriminación es una característica de la sociedad europea y que en ella se fomenta el pluralismo, lo que en nuestra opinión reafirma la importancia de que todas las personas sean tratadas sin que pueda mediar discriminación de algún tipo. Así lo sostiene la profesora **Salado Osuna** al referirse a la Unión Europea (en adelante UE) y precisar que ésta “se caracteriza por los valores de pluralismo, no discriminación (...)”<sup>699</sup>, entre otros.

Sobre la base de los principios de igualdad y no discriminación entendidos como valores, la UE se compromete a preservarlos y determina que “(...) combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará (...) la igualdad entre hombres y mujeres (...)” (art.3.3). Hasta

---

tratamiento médico” (pár. 29). En este sentido para el Comité, “(...) una legislación o una práctica que niegue el derecho a la asistencia médica a los ciudadanos extranjeros, en el territorio de un Estado parte, aun cuando estén en situación irregular, es contraria a la Carta”. Sin embargo, si bien aclara el alcance del derecho a la asistencia médica en caso de los extranjeros en situación jurídica de ilegalidad, al revisar la legislación particular del Estado francés encuentran que el mismo no limita este derecho a los extranjeros, y que dentro de su plan integral de salud contempla mecanismos para acceder a él. Razón por la cual no encuentra méritos para declarar la violación del artículo 13 (pár. 30).

<sup>697</sup> Firmado en Lisboa, el 12 de diciembre de 2007, entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009.

<sup>698</sup> Al prescribir “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la (...) igualdad” (art. 1 bis) y agrega adicionalmente que “Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por (...) la no discriminación y (la igualdad entre hombres y mujeres)” (art 1 bis).

<sup>699</sup> SALADO OSUNA, A.: “El tratado de Lisboa; un nuevo paso a favor de los derechos humanos”, en *Temas para Debate, ejemplar dedicado a los derechos humanos hoy*, No. 191, octubre de 2010, p. 37.

este punto podría entenderse que la igualdad y la no discriminación en el contexto de la UE es un principio aplicable a todas las personas toda vez que, como lo señalamos, se consagra la igualdad ante la ley con carácter universal. No obstante, al analizar el Título II, relativo a las disposiciones sobre los principios democráticos, la norma prescribe que “La Unión respetará en todas sus actividades el principio de igualdad de sus ciudadanos (...)” (art.9). Dicha norma nos puede llevar a preguntarnos si el campo de aplicación personal del principio de igualdad se circunscribe únicamente a los ciudadanos de la UE.

Al abordar la acción exterior de la UE, el TUE alude de nuevo a la igualdad y prevé que “La acción de la Unión en la escena internacional se basará en los principios que han inspirado su creación, desarrollo (...) los principios de igualdad y solidaridad” (art.21). De la redacción del artículo podemos considerar que, si bien en ella no se incluyen de manera expresa los principios de no distinción y de no discriminación, los mismos podrían entenderse implícitamente consagrados, al hacerse la remisión a los principios de la Carta de la ONU y a los demás principios del Derecho Internacional. Llegamos a esta apreciación con base en el análisis que se desarrolló anteriormente sobre éstos a nivel universal.

Tal y como se resaltó en los párrafos precedentes, el principio de no discriminación se consagra expresamente en algunas normas de manera vinculada con el de igualdad (art.2, art.3.3). No ocurre lo mismo con la no distinción, el cual no es posible evidenciarlo de manera textual en el tratado.

Resulta de relevancia mencionar que los motivos por los que se compromete a luchar la UE en contra de la discriminación, en esta disposición son más reducidos y excluye el origen nacional entre ellos. Adicionalmente, tampoco agrega la expresión “cualquier otra condición”, fórmula que es tenida en cuenta en la CEDR y la CEDM, entre otro grupo de tratados, como fue estudiado en este capítulo. La referida exclusión nos lleva a pensar que no se trata de una omisión involuntaria sino que, por el contrario, por la vocación misma del proceso de integración de la UE y el reconocimiento de la ciudadanía a personas pertenecientes a este espacio, este hecho resulta ser apenas natural.

Si se avanza en el análisis de las disposiciones normativas del TUE, se notará que dispone: “La Unión respetará en todas sus actividades el principio de la igualdad de sus ciudadanos, que se beneficiarán por igual de la atención de sus instituciones, órganos y organismos (...)” (art.9), por lo que se excluyen a todas las personas que no sean ciudadanas de la UE, es decir aquellas consideradas de terceros Estados.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE)<sup>700</sup>, por su parte, incluye el principio de igualdad y no discriminación en varias de sus normas<sup>701</sup>. Si bien la CDFUE es anterior al TUE, puede verse que tanto en uno como en otro tratado la igualdad es considerada como un valor, y en la CDFUE con carácter indivisible, además de universal.

---

<sup>700</sup> Firmada en Niza el 7 de diciembre de 2000, entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009.

<sup>701</sup> Este aspecto se evidencia también en el preámbulo de la CDFUE al afirmar que “Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad (cursiva fuera de texto) y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y el Estado de Derecho” (preámbulo, pár. 2).

En la parte dispositiva el título III consagra como un derecho la igualdad y establece: “Todas las personas son iguales ante la Ley” (art.20). Así mismo, “Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual” (art.21.1). La norma prevé además: “Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares” (art.21.2).

Si se establece una comparación entre el TUE y la CDFUE, el listado de motivos por los que se prohíbe discriminar son más amplios en el último tratado y, de hecho, uno de sus apartados se dedica en exclusiva a referirse a la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, sin embargo, esto se encuentra sujeto al ámbito de aplicación de los tratados lo que, según nuestra opinión, supone que aquellas normas que garantizan derechos a favor de todas las personas incluyen a los nacionales de terceros Estados, en tanto aquellas que se dirijan a los ciudadanos de la UE no se aplican a éstos.

Debe tenerse presente lo dispuesto por el artículo 3.2 del TUE<sup>702</sup>. De la redacción del artículo citado es claro que la garantía de libre circulación es un beneficio para los ciudadanos de la UE, por lo que los nacionales de terceros Estados estarán excluidos del mismo<sup>703</sup>. Por otra parte, en la norma en referencia se establece que los aspectos relativos a la inmigración y al asilo, además de la libre circulación, se enmarcan dentro del espacio de justicia, libertad y seguridad<sup>704</sup>. Lo anterior, sin desconocer que bajo este espacio también se tratan temas tales como la cooperación judicial en materia civil, cooperación judicial en materia penal, cooperación policial y aduanera, ciudadanía de la Unión, lucha contra las discriminaciones<sup>705</sup>, lucha contra el terrorismo, lucha contra la delincuencia organizada, lucha contra la trata de seres humanos, lucha contra la droga, entre otros aspectos<sup>706</sup>.

---

<sup>702</sup> El cual dispone lo siguiente: “La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia” (art.3.2).

<sup>703</sup> En el TUE se hace referencia a que la Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales (at.3.3). Así mismo se refiere al respeto por la diversidad cultural y lingüística (art.3.3), Por su parte, también en la CDFUE se reconoce también el derecho al respeto de la diversidad cultural, religiosa y lingüística (art. 22), la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos (art. 23), los derechos del niño (art. 24). Se consagran también derechos de los adultos mayores (art. 25 y 26).

<sup>704</sup> El desarrollo de este aspecto se remonta a la Comunicación de la Comisión Europea COM (2002) 233 final. “*Hacia una gestión integrada de las fronteras exteriores de los Estados miembros de la UE*”, de 7 de mayo de 2002.

<sup>705</sup> Según la página Oficial de la Unión Europea: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/combating\\_discrimination/em0008\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/combating_discrimination/em0008_es.htm), la aplicación del principio de igualdad de trato en marco jurídico de la Unión Europea se encuentra establecido por las Directivas del Consejo 2000/43/CE, sobre la igualdad de trato independientemente de su origen racial o étnico, de 29 de junio de 2000, Directiva 2004/113/CE, sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres, de 13 de diciembre de 2004, y Directiva 2000/78/CE sobre la igualdad de trato en materia de empleo y ocupación de 27 de noviembre de 2000.

<sup>706</sup> Ver más: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/index\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/index_es.htm)

Sobre la aplicación del principio de no discriminación, el TJCE ha afirmado en el asunto *Egon Schempp y Finanzamt München V*<sup>707</sup> que “el principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables, a menos que este trato esté objetivamente justificado”. Así mismo, en el fallo *Arthur Gottwald y Bezirkshauptmannschaft Bregenz*, sostiene que el: “trato discriminatorio sólo puede justificarse si se basa en consideraciones objetivas independientes de la nacionalidad de las personas afectadas y es proporcionada al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional”<sup>708</sup>. Consideramos que lo que en la sentencia es calificado como discriminación justificada sería, según lo que se ha estudiado a lo largo de este capítulo, una distinción.

También conviene tener en cuenta el asunto *Arthur Gottwald y Bezirkshauptmannschaft Bregenz*<sup>709</sup>, del Tribunal de Justicia, Sala Primera, en la que, en relación con el principio de no discriminación aplicado a los ciudadanos europeos se considera que: “el estatuto de ciudadano de la Unión está destinado a convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros, permitiendo a aquellos de tales nacionales que se encuentran en la misma situación obtener el mismo trato jurídico, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto”<sup>710</sup>. Según el Tribunal de Justicia “(...) las normas sobre igualdad de trato entre nacionales y no nacionales, no sólo prohíben las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, sino también cualesquiera otras formas encubiertas de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, conduzcan de hecho al mismo resultado”<sup>711</sup>.

Los derechos consagrados en el título I (art. 1 al 5) y en el IV (art. 47 al 50) de la CDFUE se reconocen, de acuerdo con su redacción, a todas las personas<sup>712</sup>, respecto de los cuales según las palabras del profesor **Chueca Sancho**, “se les aplica el cardinal principio de igualdad y no discriminación”<sup>713</sup>. Por su parte, el profesor **Fernández Sánchez** al referirse

---

<sup>707</sup> TJCE, Gran Sala, Sentencia, Gran Sala, asunto C- 403/03, de 12 de julio de 2005.

<sup>708</sup> Tribunal de Justicia, Sala Primera, asunto pár. 30. A esta conclusión se había llegado en otros casos entre los que se pueden mencionar: el asunto del TJCE *D’Hoop*, C-224/98, sentencia de 11 de julio de 2002 apartado 36; TJCE, asunto *García Avello*, Sentencia C-148/02 de 20 de octubre de 2003, pár. 31, TJCE, asunto *Bidar*, sentencia C-209/03, de 12 de julio de 2005, pár. 33.

<sup>709</sup> Tribunal de Justicia, Sala Primera, C-103/08, de 1 de octubre de 2009.

<sup>710</sup> Así mismo, interpreta que: “En particular, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, cualquier ciudadano de la Unión puede invocar el artículo 12 CE, que prohíbe cualquier discriminación por razón de nacionalidad, en todas las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Derecho comunitario” (pár. 23). Agrega además “(...) un nacional de un Estado miembro, como el Sr. Gottwald, puede invocar el derecho a no ser objeto de discriminación por razón de su nacionalidad, consagrado en el artículo 12 CE, cuando ejerce su libertad de circulación y de residencia en el territorio comunitario para pasar sus vacaciones en otro Estado miembro” (pár. 26).

<sup>711</sup> *Ibidem*, pár. 27.

<sup>712</sup> Dignidad humana (art. 1), derecho a la vida (art. 2), integridad personas (art. 3), prohibición de tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 4), prohibición de esclavitud y trabajo forzado (art. 5), derecho a la tutela judicial efectiva (art. 47), presunción de inocencia y derecho de defensa (art. 48), legalidad y proporcionalidad en los delitos y las penas (art.49), derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción (art. 50).

<sup>713</sup> CHUECA SANCHO, A.: “Un derecho migratorio europeo cada día más incompatible con el derecho internacional de los derechos humanos”, *Derechos humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*, (A. Chueca Sancho. Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010.

a la CDFUE, afirma que: “(...) hay referencias indirectas cuando se garantiza, en general como no podría ser de otra manera, los derechos humanos y las libertades fundamentales de toda persona, dependiente de la jurisdicción de un Estado parte, por tanto incluyendo a los extranjeros indocumentados o no, en situación de legalidad o no”<sup>714</sup>.

Pese a esto, los demás derechos consagrados en el amplio catálogo de la CDFUE, presentan una serie de restricciones con respecto a los extranjeros, especialmente aquellos que se encuentran en situación jurídica de irregularidad. Los derechos que mayores dificultades ofrecen en este sentido, son los reconocidos en el título II (art. 6-19), como es el caso del artículo referente a la libertad de profesión y al derecho a trabajar (art. 15.3), pues establece: “Los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas de que disfrutaban los ciudadanos de la Unión”.

Frente a este punto, el profesor **Chueca Sancho** sostiene que el Derecho de la UE viene presentando una serie de incompatibilidades con los demás instrumentos de protección de derechos humanos, pues lo que se percibe es que se “interesa por la seguridad interna de Europa; se interesan por las libertades y derechos fundamentales de los ciudadanos, no de todas las personas”<sup>715</sup>.

Según lo sostenido por el profesor **Jiménez Piernas**, “(...) la UE probablemente ha incurrido en debilidad y miopía política ante el fenómeno de la inmigración ilegal (...) además la UE está particularmente vinculada por la protección de los derechos fundamentales, que deben informar toda su actuación en el ámbito de la extranjería, inclusive los aspectos de la inmigración irregular”<sup>716</sup>.

### **3.2. La Organización de los Estados Americanos a favor del principio de igualdad y su lucha contra la discriminación: los esfuerzos normativos**

El sistema Interamericano y los instrumentos internacionales que lo componen fueron definidos por el profesor **Yepes Herrera**, como la “unión moral de los Estados americanos basada en los principio de igualdad y respeto a su independencia”<sup>717</sup>. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre de 1948<sup>718</sup> (en adelante DADH), proclama en su preámbulo la igualdad de los derechos reconocidos en su texto<sup>719</sup>. Por su parte, dado que uno de sus rasgos característicos es la consagración de deberes<sup>720</sup>, proclama que: “El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos”. Lo anterior refleja

<sup>714</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: *Derecho Comunitario de la inmigración*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 49

<sup>715</sup> CHUECA SANCHO, A.: “Un derecho migratorio cada día más incompatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Derechos Humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*, Ob. Cit, p. 156.

<sup>716</sup> JIMENEZ PIERNAS, C.: “La política y legislación española sobre extranjería e inmigración y su conformidad con el derecho europeo e internacional en la materia”, en *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, Ob. Cit. p. 149.

<sup>717</sup> YEPES HERRERA, J.M.: *Derecho Internacional Americano*, Universidad Javeriana, Bogotá, (inédito)

<sup>718</sup> Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

<sup>719</sup> Así dispone: “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (pár. 1).

<sup>720</sup> GARCÍA RAMÍREZ, S.: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Porrúa, México D.F, 2007, p. 9.



que la igualdad, si bien se reconoce como un derecho derivado de la propia condición humana, en virtud de ella los derechos deben reconocerse a todos los individuos, los deberes también deben ser observados por todos, en igualdad de condiciones en aras de garantizar el respeto por los derechos de los demás. Sobre este aspecto el profesor **Cançado Trindade** sostiene, al referirse a la DADH, que “proclamó los derechos en ella consagrados como inherentes a la persona, humana y avanzó –distintamente de la Convención Americana –una visión integral y de igualdad de los derechos humanos y señaló la correlatividad entre derechos y deberes”<sup>721</sup>. El artículo II de la DADH reitera lo dispuesto en el preámbulo y formula conjuntamente como un derecho la igualdad y la no discriminación<sup>722</sup>.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>723</sup> (en adelante CADH) considerada por el profesor **Grossman** como el “paso más trascendental de las naciones americanas para establecer obligaciones jurídicas en el ámbito de los derechos humanos”<sup>724</sup>, prescribe en el artículo 1° la prohibición de discriminación en términos muy similares al PIDCP (art.2.1) y al CEDH (art. 14)<sup>725</sup>. De otro lado, el artículo 24 de la CADH, contempla el derecho a la igualdad ante la Ley<sup>726</sup>. Dicho reconocimiento se hace en los mismos términos en que fue formulado por la DADH, es decir, incluyendo junto al reconocimiento del derecho a la igualdad, la prohibición general de discriminación. De otra parte, debe resaltarse que este artículo, al consagrar la igualdad ante la ley reconoce un derecho autónomo, tal y como ocurre con el PIDCP (art.26) y el Protocolo No. 12 Adicional al CEDH (art.1).

Sobre el artículo 1° de la CADH se ha pronunciado el profesor **Monroy Cabra**, quien afirma que el derecho a la igualdad contenido en la CADH tuvo como propósito “siendo consecuente con el sistema democrático rechazar los privilegios, razón por la cual la igualdad impide hacer discriminación por motivos de raza, color, idioma, religión,

---

<sup>721</sup> CANÇADO TRINDADE, A.: “Reflexiones sobre las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos de 1948 con ocasión a su cuadragésimo aniversario”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, número especial, mayo de 1989, p. 123.

<sup>722</sup> “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”(art. II).

<sup>723</sup> Adoptada en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en vigor el 18 de julio de 1978.

<sup>724</sup> GROSSMAN, C.: “Reflexiones sobre el Sistema Interamericano de protección y promoción de los derechos humanos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Edición conmemorativa de los quince años de la instalación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de los veinticinco de la firma del Pacto de San José de Costa Rica y de los treinta y cinco de la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (R. Nieto Navia Ed.), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, noviembre, 1994, 249.

<sup>725</sup> Se establece que: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (art.1.1), adicional a esto agrega que “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano” (art.1.2).

<sup>726</sup> Respecto de él enuncia: “Todas las personas son iguales ante la Ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley” (art. 24).

opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social<sup>727</sup>.

En aras de “ (...) llenar esta laguna histórica, del Sistema Interamericano relativa a la protección de tales derechos”<sup>728</sup>, tomando las palabras del profesor **Cançado Trindade**, la CADH años después adopta el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>729</sup> (en adelante Protocolo de San Salvador, toda vez que este instrumento, siguiendo lo sostenido por el profesor **Nieto Navia**, “constituyen el desarrollo futuro al que están obligados los Estados Partes en virtud de la Carta de la OEA”<sup>730</sup>).

En el Protocolo de San Salvador, su preámbulo enuncia: “Recordando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. El reconocimiento que contiene este instrumento, de que cada persona cuente con el disfrute de los derechos allí contenidos implica, según nuestra opinión, la afirmación del principio de igualdad.

Por su parte, en la CADH de manera expresa establece la obligación de no discriminación<sup>731</sup>. Dicho artículo se asemeja a lo establecido en el PIDESC (art. 2.2), por tanto, los derechos reconocidos en el Protocolo de San Salvador son aplicables a las personas extranjeras que se encuentren en el territorio de los Estados Partes, lo anterior en virtud de que el Protocolo es un complemento a la CADH, tal y como ya fue puesto de manifiesto y, además, los derechos reconocidos en ella amparan a todas las personas, expresión que ha sido aclarada por la CADH (art.1.2).

Si bien, se hace un fuerte reconocimiento de la prohibición de discriminación a la hora de dar a aplicación a estos derechos, también se autorizan las distinciones, tal y como ocurre en los demás instrumentos internacionales que se refieren a la igualdad y a la no discriminación<sup>732</sup>.

---

<sup>727</sup> MONROY CABRA, M.G.: “Derechos y deberes consagrados en la Convención Americana sobre derechos humanos: Pacto de San José de Costa Rica”, en *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Secretaría General Organización de Estados Americanos, Washington, 2006, p. 69.

<sup>728</sup> CANÇADO TRINDADE, A.A.: “La protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el final del siglo”, en *El Derecho Internacional en un mundo en transformación*, Liber amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga, (G. Boutros Boutros, y otros. Comité de Honor),

<sup>729</sup> Adoptado del San Salvador, el 17 de noviembre de 1988, entrada en vigor el 19 de noviembre de 1999.

<sup>730</sup> NIETO NAVIA, R.: *Introducción al sistema interamericano de protección a los derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Temis, Bogotá, 1993, p. 54.

<sup>731</sup> Según la cual: “Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (art.3)”.

<sup>732</sup> Sobre este punto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) ha resaltado: “La primera obligación de “efecto inmediato” derivada de los derechos económicos, sociales y culturales consiste en garantizar que se ejercerán en condiciones de igualdad y sin discriminación, esto es impedir las diferencias

Sobre la satisfacción de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) ha sostenido que: “se debe tomar como punto de partida la situación de desigualdad estructural en que viven vastos sectores sociales en América, tales como los mencionados en las Normas, a saber: mujeres, indígenas, afroamericanos, inmigrantes en situación irregular y considerar en relación con cada Estado los grupos y sectores que pueden padecer situaciones graves de desigualdad, que condicionen o limiten la posibilidad de ejercer sus derechos sociales (...). Sostiene que: “La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos”<sup>733</sup>, esto según la CADH en su artículo 24.

En la Opinión Consultiva No. 4 de 1984, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), ya había precisado la estrecha relación existente entre la igualdad y su correlativo de no discriminación al sostener que “en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio”<sup>734</sup>. En la citada Opinión Consultiva, la Corte IDH se refirió también a la igualdad<sup>735</sup>. Afirma que la igualdad de la persona humana es un atributo inescindible a la dignidad y que en virtud de la condición humana se ostenta y se hace inseparable de su propia naturaleza. Así mismo, con el propósito de aclarar el alcance de las disposiciones estudiadas de la CADH, la Corte IDH precisa la diferencia conceptual existente entre lo que significa la “distinción” y lo que implica la “discriminación”, entendiendo el primero de ellos como “lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo (...) y en cuanto a la discriminación, ésta implica “toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos”(pár.85).

Sobre las distinciones autorizadas por los instrumentos internacionales, la Corte IDH ha sostenido que: “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la

---

de trato basadas en factores expresamente prohibidos en el Protocolo. Ello requiere que los Estados reconozcan y garanticen los derechos del Protocolo de igual modo para toda la población, utilizando criterios de distinción objetivos y razonables, y evitando diferencias de tratos arbitrarios. En especial diferencias de trato basadas en factores expresamente vedados como la raza, la religión o el origen social. Pero requiere también que los Estados reconozcan que existen sectores que se encuentran en desventaja en el ejercicio de los derechos sociales y adopten políticas y acciones positivas para garantizar sus derechos”. Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, pár. 48, disponible en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/IndicadoresDESC08sp/Indicadores1.sp.htm#Igualdad>

<sup>733</sup> *Ibidem*, párs. 53 y 83.

<sup>734</sup> Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84, de 19 de enero de 1984, Serie A, No. 4, pár. 54.

<sup>735</sup> “La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza” (pár. 55).

dignidad humana”<sup>736</sup>. Así para que las distinciones sean legítimas deben obedecer a justificación “objetiva y razonable”<sup>737</sup>, compatibles con el debido respeto de los derechos humanos, y conforme a la aplicación del principio de la norma que mejor proteja a la persona (pár.105). Agrega además, que la limitación en el ejercicio de determinados derechos políticos en atención a la nacionalidad o ciudadanía” (pár. 89), no son contrarias al principio de no discriminación.

En la Opinión Consultiva No. 17, la Corte IDH añade que: “no habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí, que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”(pár.57).

La apreciación de la Corte IDH, según las palabras del profesor **Chueca Sancho**, “ofrece mayor interés, porque la prohibición de discriminar no implica igualitarismo absoluto sino, como suele afirmarse, implica tratar de modo igual a los iguales y de modo desigual a los desiguales”<sup>738</sup>. Lo anterior implica el logro de la igualdad material de las personas, superando la simple igualdad formal, la cual en ocasiones olvida la verdadera condición de las personas, a quienes sus derechos no se satisfacen con la mera existencia de la norma jurídica, sino con la adopción de medidas tendientes a eliminar las diferencias existentes. En lenguaje de la Corte, dichas acciones suponen “adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas” (pár. 104).

Yendo un poco más allá de lo interpretado en las anteriores Opiniones Consultivas, la Corte IDH, en la No. 18 considera que el principio de igualdad y no discriminación es considerado una norma de *ius cogen*, y se aproxima a esta conclusión “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. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, 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” (pár. 101).

---

<sup>736</sup> Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, OC-17/02, de 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, pár. 46.

<sup>737</sup> Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18 pár. 89.

<sup>738</sup> CHUECA SANCHO, A.: “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados: la OC- 18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 4, 2003, Lex Nova, Valladolid, p. 305.

En lo que se refiere al derecho a la igualdad, la Corte IDH se ha pronunciado en temas relacionados con la extranjería y la migración. Así, en la antes referida Opinión Consultiva No. 18 de 2003, solicitada por los Estados Unidos de México, se refiere a la condición jurídica de los migrantes indocumentados. En ella, la Corte precisa los elementos constitutivos del principio de igualdad y no discriminación. La Corte IDH sostuvo frente al caso de los migrantes indocumentados la necesidad de que tengan un trato digno y que los Estados les respeten ciertas garantías mínimas; señala “que la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, como ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio”<sup>739</sup>, sin embargo, tal y como lo anota el profesor **Chueca Sancho**, lo dicho por la Corte no implica que se de vía libre a una política de puertas abiertas<sup>740</sup>, pues “Esto no significa que no se podrá iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal (...), siendo legítimo para “el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos”<sup>741</sup>.

En el caso *Vélez Loor vs. Panamá*<sup>742</sup>, la Corte IDH resuelve un asunto sobre un ciudadano ecuatoriano, el señor Jesús Tranquilino Vélez, procesado por delitos relacionados con su situación migratoria, sin las debidas garantías y sin la posibilidad de ser oído y de ejercer su derecho de defensa, retoma gran parte de lo afirmado en la Opinión Consultiva No. 18 de 2003<sup>743</sup>. La Corte IDH reitera que los migrantes indocumentados son personas vulnerables, y que esta condición en muchos casos conlleva “una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales)” (pár.98).

Respecto de otro tema, en el que la Corte IDH realiza ciertas precisiones sobre la igualdad y no discriminación, es en relación con las condiciones de detención de la víctima, el señor Vélez Loor, y determina que “en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, en el dominio del *jus cogens*. En consecuencia, los Estados no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes (...). No obstante, el alto tribunal

---

<sup>739</sup> Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, pár. 118.

<sup>740</sup> CHUECA SANCHO, A.: La Convención sobre la protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 10, Ob. Cit, p. 124.

<sup>741</sup> *Ibidem*, párs. 118 y 119.

<sup>742</sup> Corte IDH, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C, No. 218.

<sup>743</sup> La Corte IDH sostiene en esta oportunidad que “en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana. En efecto, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes” (pár. 97).

reitera la potestad de los Estados de adoptar medidas diferenciadas entre los mismo migrantes, es decir entre aquellos que se encuentran en situación jurídica de regularidad,“ (...) siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos y aquellos que no lo están”(pár. 248), por tanto, dichas medidas deben respetar sus derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna, entre ellas el origen nacional (pár. 100).

Según nuestra opinión, la importancia de la Opinión Consultiva No. 18 y del *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, radica en que recuerda a los Estados la necesidad de entender el verdadero sentido y alcance del principio de igualdad y no discriminación, de materializarlo y aplicarlo a los trabajadores migratorios, de dimensionar que dicho principio fundamenta todos los instrumentos internacionales y que se reitera como pilar estructural de todos los derechos que se han reconocido desde la proclamación de la DUDH. De otra parte, exhorta a los Estados hacia el verdadero sentido y razón de ser de las normas, lo que implica conceder a la persona humana en sí misma, reconociendo que, si bien, es legítimo que los Estados prioricen sus intereses, estos no pueden desbordar el respeto por la dignidad de la persona, pues tal y como lo sostiene **Olmos Guipponi**, “La consagración de los derechos de los migrantes a nivel internacional implicó colocar en el centro de la regulación a la persona humana<sup>744</sup>. Retomando de nuevo las palabras del profesor **Chueca Sancho**, “por primera vez de un modo directo en la jurisprudencia internacional, se aborda el problema migratorio con criterios claros y jurídicamente compatibles con los derechos humanos. Son criterios jurídicos y no viciados por consideraciones políticas o de otro tipo”<sup>745</sup>.

---

<sup>744</sup> OLMOS GIUPPONI, M.B.: “Avances recientes del Sistema Interamericano en la protección de los derechos de los migrantes”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 24, julio de 2010, Lex Nova, Valladolid, p. 251.

<sup>745</sup> CHUECA SANCHO, A.: “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados: la OC- 18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ob. Cit. p. 307.

## CAPÍTULO IV

### EL DERECHO AL TRABAJO DE LOS INMIGRANTES

#### 1. Concepto de derecho al trabajo.

##### 1.1. El derecho al trabajo y los trabajadores migratorios.

Al igual que los demás conceptos abordados en esta tesis, el del trabajo ha sido precisado por varias disciplinas<sup>746</sup>, por lo que una definición de trabajo puede ser “el conjunto de intervenciones humanas sobre el medio que nos rodea (...)”<sup>747</sup>. Adicionalmente aparece vinculado a una serie de necesidades o de intereses básicos de todas las personas, las cuales no pueden ser reemplazadas ni cubiertas por otros medios diferentes a la realización de una actividad que implique finalmente una retribución.

De acuerdo con lo sostenido por los profesores **Vernet I Lovet** y **Román Martín**, “El derecho al trabajo se ha citado como el primer derecho históricamente reivindicado, (...) debido a que “(...) trabajar es indisociable de la vida misma, ya que es lo que nos proporciona directa o indirectamente los alimentos necesarios para sobrevivir (...). Bajo la misma línea de argumentación, los citados autores consideran que “el derecho al trabajo tiene gran relación con el derecho a la vida y con el derecho a la propiedad, en razón a que la persona vende lo que le pertenece, pues es propietario de su mano de obra y le permite con ello acceder a bienes que son susceptibles de apropiación”<sup>748</sup>.

Con ocasión de las dos guerras mundiales, concretamente una vez finalizada la primera, “se constató la injusticia en determinadas relaciones laborales”<sup>749</sup>, así lo dispuso la Constitución de la OIT y a partir de allí se enmarca el precedente más importante en relación con el reconocimiento de los derechos laborales, pues “ha tenido como objetivo la colaboración internacional en los aspectos relacionados con el derecho al trabajo”<sup>750</sup>.

---

<sup>746</sup> Así, algunas corrientes antropológicas lo entienden como el medio necesario del que dispone el ser humano para su realización personal, el mundo en el que se encuentra inserto es para él un mundo de tareas en el que ha de obrar y es, mediante el trabajo y su obra resultante, que el espíritu se destaca de las cosas, se emancipa de la esclavitud del contexto y emerge sobre el mundo. Ver MEDA, D.: *El trabajo un valor en peligro de extinción*, Gedisa editorial, Barcelona, 1998, p. 19.

<sup>747</sup> HERRANZ CASTILLO, R.: “Notas sobre el contenido del derecho al trabajo como derecho fundamental” en *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año IX, número 13, enero-diciembre de 2004, ediciones Universidad Carlos III de Madrid, Madrid pp. 15-66.

<sup>748</sup> VERNET I LLOBET, J y ROMÁN MARTÍN L, “Artículo 23”, en *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*, comentario artículo por artículo”, (X. Pons Rafols, Coord.), Icaria, Barcelona, 1998. pp. 375, 376 y 377

<sup>749</sup> *Ibidem*

<sup>750</sup> Aprobada por la Comisión del Trabajo establecida por la Conferencia de Paz de enero a abril de 1919, modificada por la enmienda de 1922, que entró en vigor el 4 de junio de 1934; por el instrumento de enmienda de 1945, que entró en vigor el 26 de septiembre de 1946; por el instrumento de 1946 que entró en vigor el 20 de abril de 1948; por el instrumento de enmienda de 1953 que entró en vigor el 20 de mayo de 1954; por el instrumento de enmienda de 1962 que entró en vigor el 22 de mayo de 1963; por el instrumento de enmienda de 1972, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1974; por el instrumento de enmienda de Instrumento de enmienda a la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo 1997 todavía no ha

Conviene mencionar lo sostenido por el profesor **Fernández Liesa**, quien sobre el particular afirma “(...) el sector que recibió una mayor protección al finalizar la primera Guerra Mundial fue el derecho al trabajo, ya que al amparo del tratado de Versalles se creó la Organización Internacional del Trabajo que se basa en la idea de que la paz es universal y permanente, como se indica en el preámbulo de su carta constitutiva, solo puede basarse en la justicia social”<sup>751</sup>.

Basta revisar la Constitución de la OIT para evidenciar su compromiso con el desarrollo social a partir del trabajo, al reconocer que “(...) el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas.” (Preámbulo, pár. 2).

Los propósitos proclamados en el preámbulo de este instrumento han marcado las líneas definitorias de todos los Convenios y las Recomendaciones adoptados en el seno de esta Organización Internacional, abordando aspectos relacionados con los trabajadores migratorios, tales como los Convenios No. 97 de 1949<sup>752</sup>, 143 de 1975<sup>753</sup>, las Recomendación No. 86 de 1949<sup>754</sup>, 100 de 1955<sup>755</sup>, 151 de 1975<sup>756</sup>, la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1988<sup>757</sup>, así como normas relativas al trabajo forzoso y a la esclavitud aplicables también a los trabajadores migrantes, Convenio No. 29 de 1930<sup>758</sup>, 105 de 1957<sup>759</sup>, 138 de 1973<sup>760</sup>, 182 de 1999<sup>761</sup> y las Recomendaciones No. 35 de 1930<sup>762</sup> y 190 de 1999<sup>763</sup>.

---

entrado en vigor. al afirmar que: “Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para un gran número de seres humanos” (preámbulo, pár. 2). Debe tenerse presente que en el tratado de Versalles se tenía prevista la creación de la Organización Internacional del Trabajo, p. 379.

<sup>751</sup> FERNÁNDEZ LIESA, C.: “Los derechos económicos, sociales y culturales en el orden internacional”, en *Política social internacional y Europea*, Universidad Carlos III de Madrid. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996, p.60.

<sup>752</sup> Relativo a los trabajadores migrantes (revisado en 1949), Adoptado en Ginebra el 1 de julio de 1949, en vigor el 22 de enero de 1952.

<sup>753</sup> Sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes, adoptado en Ginebra el 24 de junio de 1975, en vigor el 9 de diciembre de 1978.

<sup>754</sup> Sobre los trabajadores migrantes, adoptada en Ginebra el 1 de julio de 1949 (revisada).

<sup>755</sup> Sobre la protección de los trabajadores migrantes en los países y territorios insuficientemente desarrollados, adoptada en Ginebra el 22 de julio de 1955.

<sup>756</sup> Sobre los trabajadores migrantes, adoptada en Ginebra el 24 de junio de 1975.

<sup>757</sup> Adoptada en Ginebra en junio de 1988, en la 86 reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo.

<sup>758</sup> Sobre trabajo forzoso u obligatorio adoptado en Ginebra el 28 de junio de 1930, en vigor el 1 de mayo de 1932.



En cuanto a las normas internacionales adoptadas por la OIT relativas a la igualdad de trato y de oportunidades en el trabajo, se puede hacer alusión a los Convenios No. 87 de 1948<sup>764</sup>, 100 de 1951<sup>765</sup>, 111 de 1958<sup>766</sup>, 122 de 1964<sup>767</sup>, 156 de 1981<sup>768</sup> y las Recomendaciones No. 90 de 1951<sup>769</sup>, 111 de 1958<sup>770</sup>, 165 de 1981<sup>771</sup>, 166 de 1982<sup>772</sup> y 169 de 1984<sup>773</sup>.

De acuerdo con la OIT, se entiende por trabajo “El conjunto de actividades humanas, remuneradas o no, que producen bienes o servicios en una economía, o que satisfacen las necesidades de una comunidad, o proveen los medios de sustento necesarios para los individuos (...). A su vez, el empleo se define como “el trabajo efectuado a cambio de pago (salario, sueldo, comisiones, propinas, pagos a destajo o pagos en especie), no importando la relación de dependencia (si es empleo dependiente-asalariado, o independiente-autoempleo)”<sup>774</sup>. La diferencia está en que el trabajo es una categoría de actividad humana más amplia, mientras que el empleo se limita al trabajo remunerado. Trabajo decente es un concepto que cuenta con un elemento cualificante, es decir, expresa el deber ser del trabajo; en la visión de la OIT esto significa “Trabajo productivo, en el cual se protegen los derechos, lo cual engendra ingresos adecuados con una protección social apropiada. Significa también un trabajo suficiente, en el sentido de que todos deberían tener pleno acceso a las oportunidades de obtención de ingresos (...). El trabajo decente, además, “resume las aspiraciones de la gente durante su vida laboral”<sup>775</sup>.

Además de la postura individualista del trabajo, esta actividad es considerada también como un mecanismo de integración y se identifica como una de las principales formas de

---

<sup>759</sup> Relativo a la abolición del trabajo forzoso, adoptado en Ginebra el 25 de junio de 1957, en vigor el 17 de enero de 1959.

<sup>760</sup> Sobre edad mínima de admisión al empleo, adoptado en Ginebra el 26 de junio de 1973, en vigor el 19 de junio de 1976.

<sup>761</sup> Sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, adoptado en Ginebra el 17 de junio de 1999, en vigor el 19 de noviembre de 2000.

<sup>762</sup> Sobre la imposición indirecta del trabajo, adoptada en Ginebra el 28 de junio de 1930.

<sup>763</sup> Sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, adoptada en Ginebra el 17 de junio de 1999.

<sup>764</sup> Relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, adoptado en Ginebra el 9 de julio de 1948, entrada en vigor el 4 de julio de 1950.

<sup>765</sup> Relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, adoptado en Ginebra el 29 de junio de 1951, en vigor el 23 de mayo de 1953.

<sup>766</sup> Relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, adoptado en Ginebra el 25 de junio de 1958, en vigor el 15 de junio de 1960.

<sup>767</sup> Relativo a la política de empleo, adoptado en Ginebra el 9 de julio de 1964, en vigor el 15 de julio de 1966.

<sup>768</sup> Sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares, adoptado en Ginebra el 23 de junio de 1981, en vigor el 11 de agosto de 1983.

<sup>769</sup> Sobre la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, adoptada en Ginebra el 26 de junio de 1951.

<sup>770</sup> Sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, adoptada en Ginebra el 25 de junio de 1958.

<sup>771</sup> Sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares, adoptado en Ginebra el 23 de junio de 1981.

<sup>772</sup> Sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptada en Ginebra el 22 de junio de 1982.

<sup>773</sup> Sobre política de empleo, adoptada en Ginebra el 20 de junio de 1984.

<sup>774</sup> <http://www.ilo.org/public/libdoc/ILO-Thesaurus/spanish/>

<sup>775</sup> <http://www.ilo.org/public/libdoc/ILO-Thesaurus/spanish/>

vínculo social<sup>776</sup> debido a que permite a las personas ser útiles a la sociedad con la ejecución de la actividad, y así en conjunto crea sistemas sociales que benefician mutuamente a los otros individuos.

Siendo una actividad que promueve la integración social, se podrían identificar algunos elementos: 1. la fuerza de trabajo de la persona y 2. El proceso productivo en el que participa. En el primero, hay que hacer referencia a las personas que se encuentran disponibles para emplearse y en la capacidad de trabajar, y el segundo, representa la organización de ciertos elementos (insumos, materias primas, maquinarias, etc.) que no necesariamente son forzosos en todas las actividades laborales, pero que pueden llegar a ser vitales en algunas de ellas. Cabe resaltar que algunos trabajos sólo requieren de la fuerza humana, ya sea física o intelectual, para el adecuado desempeño de la actividad.

Constituye una realidad que las personas para poder satisfacer sus necesidades deban acudir a la búsqueda de empleo, con el propósito de poner a disposición su capacidad laboral al servicio de otro que le remunera (en el caso del trabajo por cuenta ajena), y poder así obtener los ingresos suficientes para llegar a suplir sus requerimientos básicos. En virtud de esta relación fáctica, se vincula el trabajo a la eliminación de la pobreza en el marco de la sociedad<sup>777</sup>. El trabajo además de acuerdo a lo sostenido por **Levaggi** “ha sido, y debe seguir siendo el fundamento de sociedades de hombres y de mujeres libres”<sup>778</sup>.

De otra parte, es importante tener claro que también se hace una diferenciación entre el trabajo y el empleo, pues “el trabajo puede ser voluntario o puede tratarse de un trabajo en el ámbito doméstico del que no se percibe algún tipo de remuneración (...). De lo anterior, se deriva que lo más adecuado es referirse a trabajo con remuneración en el mercado, que hace alusión a lo que se conoce como empleo”<sup>779</sup>. En esta tesis se hará referencia al trabajo de los inmigrantes con una connotación económica, de modo que se manejarán de manera indistinta los términos empleo y trabajo.

En lo que se refiere al derecho al trabajo de los trabajadores migrantes, la OIT ya había expresado su interés de que esta categoría de personas quedara amparada por las normas que en adelante se desarrollarían y así lo expresó en su Constitución al prescribir que “(...) considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo (...) la protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero (...)” (preámbulo, pár. 2).

## **1.2. Consagración del derecho al trabajo aplicable a los trabajadores migratorios.**

Son numerosos los instrumentos internacionales que dan reconocimiento al derecho al trabajo, tanto en el ámbito universal como en los ámbitos regionales, europeo e

---

<sup>776</sup>MÉDA, D.: *El trabajo un valor en vía de extinción*, Ob. Cit, p.21.

<sup>777</sup> HERRANZ CASTILLO, R.: “Notas sobre el contenido del derecho al trabajo como derecho fundamental”, Ob. Cit. p.35

<sup>778</sup>LEVAGGI, V.: *Democracia y trabajo decente en América Latina, Organización internacional del Trabajo, Oficina Regional para América Latina y el Caribe*, Lima, 2006, p. 16, disponible en <http://www.oit.org.pe>

<sup>779</sup> RAVENTÓS, D.: *Desigualdades, renta básica, republicanism y derecho al trabajo*, en “Universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración”, Ob. Cit. pp. 231. y 241.

interamericano. A continuación se analizará la consagración de este derecho en dichas disposiciones normativas, respecto de los trabajadores migratorios.

### 1.2.1. El primer paso marcado por la DUDH.

Debe partirse de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH)<sup>780</sup> la cual en el artículo 23 preceptúa que:

- “1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.
3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.
4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.”

Si se analiza lo dispuesto por el artículo 23 de este instrumento, el mismo retoma los ideales propuestos en el preámbulo de la Constitución de la OIT (pár. 2). La DUDH de 1948 da reconocimiento e importancia al derecho al trabajo, el cual es investido de ciertos elementos que posteriormente son reiterados en los sucesivos instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos. Entre ellos se encuentran:

1. El reconocimiento de la libertad para escoger el trabajo, aspecto al que debe hacerse especial alusión, en razón a que entremezcla los derechos civiles con los económicos, sociales y culturales. En este sentido, los profesores **Vernet I Llovet y Román Martín**, sostienen que esta norma “(...) fusiona el derecho al trabajo con la libertad para trabajar”<sup>781</sup>.
2. Reconoce un valor importante al principio de igualdad y no discriminación traducido en el “salario igual por trabajo igual” (art. 23.2) y, pese a que no se enuncian los motivos por los cuales no debe discriminarse, estos deberán tomarse de lo previsto en la misma DUDH, es decir “raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, o cualquier otra condición” (art.2). Se debe tener presente que en la Constitución de la OIT ya se contemplaba esta garantía y se elevaba a principio, pues dispone: “principio de salario igual por un trabajo de igual valor” (preámbulo, pár. 2)<sup>782</sup>.

---

<sup>780</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

<sup>781</sup> VERNET I LLOBET, J y ROMÁN MARTÍN L, “Artículo 23”, Ob. Cit. p. 382.

<sup>782</sup> Debe resaltarse, además, que los motivos por los que está prohibido discriminar también se encuentran consagrados en otros instrumentos internacionales, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos

3. De otra parte, se establecen las condiciones en las que se debe garantizar el trabajo, es decir debe ejercerse en condiciones equitativas y satisfactorias (art. 23.3), lo que implica que el trabajo no puede desarrollarse de cualquier manera.

4. Y consagra el reconocimiento de otra libertad, el derecho a sindicalizarse en defensa de sus intereses (art. 23.4). La libertad sindical reconocida en esta norma, también se encontraba en la Constitución de la OIT y se elevaba a la categoría de principio al formularlo de la siguiente forma: “reconocimiento (...) del principio de libertad sindical” (preámbulo, pár. 2).

### **1.2.2. El sucesivo desarrollo del derecho al trabajo en los demás instrumentos internacionales.**

El PIDESC preceptúa en su artículo 6.1 “(...) el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”<sup>783</sup>. Posteriormente establece que: “Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico-profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana” (art. 6.2).

Con el propósito de determinar el alcance del derecho al trabajo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General No.18<sup>784</sup> califica el derecho al trabajo como “(...) un derecho fundamental, reconocido en diversos instrumentos de derecho internacional” (pár.1).

Se precisa que este derecho es esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana. Afirma el mencionado Comité que: “Todas las personas tienen derecho a trabajar con el propósito de que puedan vivir con dignidad. El derecho al trabajo no solo sirve para la supervivencia del individuo y de su familia, sino que aquel trabajo que es libremente escogido y aceptado contribuye a la realización plena del sujeto y a su reconocimiento en el seno de la comunidad”(pár.1).

La amplia exposición que realiza el Comité en la Observación General No. 18 sobre el derecho al trabajo, adopta la definición dada por la antropología, si es que quisiéramos alinear su definición bajo alguna corriente, en razón a que precisa que el trabajo no sólo dignifica y permite que el individuo en singular se vea beneficiado, sino que tiene la posibilidad de ser fuente de bienestar de la familia y de la sociedad en general. Lo sostenido por el Comité en esta Observación General se fundamenta en lo previsto anteriormente por

---

Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre todas las formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer, entre otros, tal y como fue estudiado en el capítulo sobre principio de igualdad y no discriminación.

<sup>783</sup> Ganarse la vida supone la realización de una actividad, de una profesión u oficio y sirve para diferenciar a las personas que son capaces de valerse por sí mismas, de aquellas que se encuentran marginadas de la actividad económica y de las que no necesitan de un trabajo para vivir.

<sup>784</sup> *El derecho al trabajo, artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Doc. E/C.12/GC/18, de 6 de febrero de 2006, par 1.

el Convenio No. 168 de la OIT del año 1988<sup>785</sup>, de acuerdo con el cual se resalta: “ (...) la importancia del trabajo y del empleo productivo en toda sociedad, en razón no sólo de los recursos que crean para la comunidad, sino también de los ingresos que proporcionan a los trabajadores, del papel social que les confieren y del sentimiento de satisfacción personal que les infunden,” (preámbulo, pár. 3).

La Observación General No. 18 pone, así mismo, de manifiesto que el PIDESC deja claras las dimensiones del derecho al trabajo, es decir, “la dimensión individual”(pár.2), consistente en el derecho a toda persona a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias en especial las condiciones de seguridad en el trabajo bajo lo establecido en el artículo 7, y “la dimensión colectiva”(pár.2) contenida en el artículo 8, de acuerdo con la cual se desarrollan las libertades sindicales.

Si se desglosa el contenido del artículo 6 del PIDESC, es evidente que de la redacción genérica e impersonal de la norma se puede afirmar que *cualquier persona* tiene esa oportunidad de buscar los medios que le garantizarán su subsistencia, y no se caracteriza al tipo de individuo que puede hacerlo, esto es, no precisa si la persona deberá ser nacional de un Estado, o si por el contrario los extranjeros pueden acceder también a esta posibilidad, lo que evidencia, según lo sostenido por el profesor **Bonet Pérez**, que: “la acción normativa emprendida en el seno de la ONU y de sus organismos especializados, (...) proyectan la tendencias jurídico-políticas de carácter general, representada por los *Pactos Internacionales de Derechos Humanos* (...) y se parte de “(...) la igualdad de derechos entre todas las personas sometidas a la jurisdicción estatal, así como la aplicación del principio de no discriminación (...), de tal modo que “por su propia redacción se extiende la titularidad de la mayoría de los derechos y libertades reconocidos a todos los seres humanos”<sup>786</sup>.

Consideramos que la importancia del derecho al trabajo es indiscutible en la vida de las personas; este derecho es un determinante para la manera en que las mismas viven el presente y proyectan sus perspectivas de futuro<sup>787</sup>. De ahí que tenga impacto directo en lo que se considera como dignidad de la persona humana y, a su turno, que de su garantía dependa la efectividad de otros derechos de contenido prestacional que permiten el mantenimiento y el aumento de la calidad de vida, toda vez que a partir del ejercicio de él se puede gozar de una vida en condiciones decorosas, consecuente con sus necesidades<sup>788</sup>.

---

<sup>785</sup> Sobre el Fomento del Empleo y la Protección contra el Desempleo (1988), adoptado el 21 de junio de 1988 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su septuagésima quinta reunión, entrada en vigor: 17 de octubre de 1991, de conformidad con el artículo 33.

<sup>786</sup> BONET PÉREZ, J.: *Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigrantes, un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español*, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, pp. 25 y 26.

<sup>787</sup> [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreportsdcomm/documents/publication/wcms\\_117533.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreportsdcomm/documents/publication/wcms_117533.pdf), Organización Internacional del Trabajo, “Rostros tras la crisis”, en Trabajo Revista OIT, No. 66, Detener la crisis: Los líderes mundiales forjan un pacto mundial por el empleo agosto de 2009, p. 10.

<sup>788</sup> Así mismo, se puede hacer la planeación del proyecto de vida, pues la importancia no sólo del derecho al trabajo, sino de los derechos económicos, sociales y culturales en general, redonda en su dimensión cultural, en su auto-concepto, autoestima, en el sentimiento de dignidad y también en la escala de valores. Ver CANÇADO TRINDADE, A. A.: “La protección internacional de los derechos económicos, sociales y

Sobre el reconocimiento del derecho al trabajo existen algunas posturas, como la expuesta por el profesor **Herranz Castillo** quien sostiene que: “Es un error equiparar los derechos sociales, como el derecho al trabajo, a los derechos de libertad<sup>789</sup>, pretendiendo que todos ellos han de ser igualmente universales y abstractos (...). Agrega que: “Estos derechos en cuanto fundados en las necesidades de los individuos, exigen un trato y un alcance desiguales, a través de la acción afirmativa (...) excluyendo de la titularidad de los mismos a quienes no los necesitan”<sup>790</sup>.

De otra parte, el trabajo abordado como derecho humano se ha entendido como: “(...) el derecho a participar en las actividades de producción y prestación de servicios de la sociedad y el derecho a participar en los beneficios obtenidos mediante estas actividades conjuntas en la medida en que garantice un nivel de vida adecuado (...). En suma, el derecho al trabajo busca la participación de todas las personas en el mercado laboral, lo que supone que deba “(...) producirse una distribución en el trabajo, sin olvidar el nivel de educación, capacitación, acceso a los recursos y las preferencias que las personas particularmente tengan para ganarse la vida”<sup>791</sup>.

La Asamblea General de las Naciones Unidas señaló en la Declaración sobre Progreso y Desarrollo en lo Social<sup>792</sup> que: “El desarrollo social exige que se garantice a toda persona el derecho a trabajar y a elegir empleo libremente. El progreso y el desarrollo en lo social suponen la participación de todos los miembros de la sociedad en un trabajo productivo y socialmente útil, y el establecimiento, de conformidad con los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como con los principios de justicia y de función social de la propiedad, de modos de propiedad de la tierra y de los medios de producción que excluyan cualesquiera formas de explotación del hombre, garanticen igual derecho a la propiedad para todos, y creen entre los hombres condiciones que lleven a una auténtica igualdad” (art. 6).

El PIDCP dispone que: “Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio” (art. 8. 3.a). Esta disposición complementa lo preceptuado por el PIDESC respecto de la

---

culturales en el final del siglo” en *El derecho internacional en un mundo en transformación, liber amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, (M. Rama Montaldo, Dir.), 1ª Ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1994.

<sup>789</sup> Ver PEREZ LUÑO, A.E.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, 2007, pp. 19-51. Se entiende por tales, según el profesor Luigi Ferrajoli, aquellos derechos clásicos que provienen de las primeras reivindicaciones de derechos en revoluciones como la francesa, las norte americanas e inglesas. Se les asimila a los clásicos derechos civiles o fundamentales en algunas constituciones internas. Ver FERRAJOLI, L.: “Sobre los derechos fundamentales”, en *Cuestiones constitucionales*, No. 15, Julio diciembre de 2006, pp. 116 y 117 disponible en Portal de Revistas científicas y arbitradas de la UNAM, <http://132.247.146.34/index.php/cuc/article/view/2172>

<sup>790</sup> HERRANZ CASTILLO, R.: “Notas sobre el contenido del derecho al trabajo como derecho fundamental”, Ob.Cit, pp.36 y 37. Con respecto a lo anterior, consideramos que debe aclararse que tanto la DUDH como el PIDESC reconocen a todas las personas el derecho a trabajar, como ya fue señalado, y que las personas pueden libremente decidir si ejercitan dicho derecho o no. En función de esto, los Estados tendrán que garantizar a aquellos que si desean ejercer el derecho, las obligaciones derivadas del mismo.

<sup>791</sup> International Human Rights Internship Program and Asian Forum for Human Rights and development (Forum Asia), en *Círculo de derechos, una herramienta de entrenamiento para el activismo en defensa de los derechos económicos, sociales y culturales*. IHRIP y Forum Asia, 2000, pp.20 y.207.

<sup>792</sup> Aprobada por la Asamblea General en su resolución 2542 (XXIV) del 11 de diciembre de 1969, artículo 6.

voluntariedad en la garantía del “trabajo libremente escogido o aceptado” (art.6.1). No obstante, en el mismo PIDCP se preceptúan unas excepciones a esta garantía: “El cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente” (art. 8.3.b). “Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional” (art.8.c.i), “El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia” (art.8.c.ii), “El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad”(art.8.c.iii) y “El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales” (art. 8.c.iv).

Debe tenerse presente que la OIT en algunos de sus Convenios ha definido qué debe entenderse por trabajo forzado y determina que se trata de: “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente” (Convenio N°. 29<sup>793</sup> art.2.1. y Convenio No. 105<sup>794</sup>, pár.2).

Sobre este mismo aspecto debe tenerse presente la Convención sobre la Esclavitud<sup>795</sup> en la cual se: “reconoce que el recurso al trabajo forzoso u obligatorio puede tener graves consecuencias y se comprometen, cada una en lo que concierne a los territorios sometidos a su soberanía, jurisdicción, protección, dominio (suzeraineté) o tutela a tomar las medidas pertinentes para evitar que el trabajo forzoso u obligatorio lleve consigo condiciones análogas a la esclavitud” (art.5.1) y, así mismo, se comprometen a “Que en los territorios en los cuales el trabajo forzoso u obligatorio existe aún para otros fines que los de pública utilidad, las Altas Partes contratantes se esforzarán en ponerle término tan pronto como sea posible (...)” (art.5.2). Consideramos relevante señalar la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud<sup>796</sup>, la cual en su preámbulo acude a los Convenios de la OIT en materia de trabajo forzoso (pár. 6).

El Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la prohibición de trabajo forzado y ha considerado al referirse a los derechos de los menores de edad el deber de los Estados de “(...) evitar que se les someta a actos de violencia o a tratos crueles o inhumanos o que sean explotados mediante trabajos forzados (...)” (pár.3)<sup>797</sup>. Así mismo, en la Observación General No. 21, considera que “(...) los menores delincuentes deben estar (...) sometidos a

---

<sup>793</sup> Relativo al trabajo forzoso u obligatorio, adoptado el 26 de junio de 1930, en vigor el 1 de mayo de 1932.

<sup>794</sup> Relativo a la abolición del trabajo forzoso, adoptado el 25 de junio de 1957, entrada en vigor el 17 de enero de 1959.

<sup>795</sup> Firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926, en vigor el 19 de marzo de 1927.

<sup>796</sup> Adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 608 (XXI) de 30 de abril de 1956, en Ginebra el 7 de septiembre de 1956, en vigor el 30 de abril de 1957.

<sup>797</sup> Observación General No. 17, *Derechos del niño*, 35 periodo de sesiones (1985), Doc. HRI/GEN/1/Rev.9, Vol. I, de 27 de mayo de 2008.

un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica en cuanto a las condiciones de detención, tales como horarios de trabajo más cortos (...)” (pár.13)<sup>798</sup>.

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General No. 18 exhorta a los Estados a “reafirmar la necesidad de que los Estados Partes procedan a abolir, condenar y luchar contra todas las formas de trabajo forzado” (pár.13). También precisa que: “(...) las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho al trabajo no son permisibles (...). Un ejemplo de ello sería la instauración del trabajo forzado” (pár.13).

La CTMF (como se estudiará posteriormente) hace alusión a la prohibición de trabajo forzoso u obligatorio. La norma dispone: “No se exigirá a los trabajadores migratorios ni a sus familiares que realicen trabajos forzados u obligatorios” (art. 11.2). La consagración de esta norma se hace en términos similares a la prevista en el PIDCP (art. 8.3), sin embargo, en la CTMF se particulariza para los trabajadores migratorios y a sus familiares y la expresión utilizada es “no se exigirá (...)”. La redacción de la norma tiene mucho sentido, pues según algunos de los informes del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, estas personas están propensas a ser sometidas a trabajos forzados, obligatorios o en condiciones abusivas<sup>799</sup>. Debe resaltarse que esta garantía se reconoce a todos los trabajadores migratorios, incluso aquellos que se encuentran en situación jurídica de irregularidad, pues la disposición se ubica en la Parte III de la CTMF.

El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes sugiere a los Estados “Velar por que sus legislaciones prohíban la retención de documentos de identidad por los empleadores o agentes de reclutamiento; prohibir todos los sistemas de patrocinio forzado de los migrantes, que están diseñados para asegurar el control sobre el migrante durante todo el período de residencia, y evita la vinculación de la residencia de permiso de un trabajador migratorio a un solo empleador como medidas para impedir la explotación y el trabajo forzoso”<sup>800</sup>.

Los trabajadores migratorios tienen un alto riesgo de ser víctimas de trabajo forzado, lo cual puede verse incluso en actividades de comercio y explotación sexual al que pueden ser sometidos los extranjeros en razón de su posición de vulnerabilidad, sobre todo cuando se encuentran en situación jurídica de ilegalidad, situación frecuente que ha sido puesta de manifiesto por el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes<sup>801</sup> y el

---

<sup>798</sup> *Trato humano de las personas privadas de la libertad*, 44 período de sesiones (1992), Doc. HRI/GEN/1/Rev.9, Vol. I, de 27 de mayo de 2008.

<sup>799</sup> *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, Doc. E/CN.4/2000/82, 6 de enero de 2000, párr.80, *Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes*, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, E/CN.4/2001/83, 9 de enero de 2001, párr.54, *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, Doc. E/CN.4/2003/85/Add.4, 1º de noviembre de 2002, párr. 4.g.

<sup>800</sup> *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante, Doc. A/HRC/14/30/Add.2, 16 de marzo de 2010, párr. 106.f.

<sup>801</sup> *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, Doc. E/CN.4/2003/85/Add.4, 1º de noviembre de 2002, párr. 44, *Informe presentado por la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, Doc. E/CN.4/2005/85/Add.2, 14 de enero de 2005, párr. 11, 80, *Informe del Relator Especial sobre los derechos*



Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (pár.53)<sup>802</sup> y también ha sido materia de regulación por parte de la OIT en el Convenio 105 de 1957<sup>803</sup>, el cual establece la obligación de los Estados Partes de luchar contra la erradicación del trabajo forzoso.

Los informes de la OIT también manifiestan su preocupación por el trabajo forzoso, y reconocen que: “La experiencia nos dice que los trabajadores migrantes en situación irregular están más expuestos a verse atrapados en situaciones de trabajo forzoso, incluida la trata, y que la imposición ilegal de un trabajo forzoso implica con frecuencia una situación irregular del trabajador migrante, independientemente de que esto se deba a su entrada o estancia en el país irregular o indocumentada, o a la situación de empleo ilegal del trabajador”<sup>804</sup>.

No sobra recordar que en contextos regionales, según algunas normas como la del Protocolo de San Salvador (art.7.6) y lo interpretado por el Comité Europeo de Derechos Sociales, dentro de la voluntariedad con la que se debe aceptar y realizar el trabajo y, a su vez, como complemento de la prohibición de trabajo forzoso, se debe incluir la libertad para separarse libremente del cargo que ya no se quiere desempeñar (Reclamación Colectiva No. 7/ 2000, pár. 17)<sup>805</sup>.

De otra parte, correlativamente con esto, sobre la libertad para seleccionar el trabajo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, subraya en la Observación General No. 18 que “(...) el respeto a la persona y su dignidad se expresa a través de la libertad del individuo para elegir un trabajo, haciendo hincapié en la importancia del trabajo para el desarrollo personal, así como para la integración social y económica” (pár.4). En este aspecto es pertinente recordar el Convenio No. 122 de la OIT<sup>806</sup>, en el cual se preceptúa que los Estados Miembros se comprometen “(...) como objetivo de mayor importancia, a una política activa destinada a fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido” (art.1.1).

En la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (en adelante CERD)<sup>807</sup>, el derecho al trabajo se encuentra previsto en los mismos términos del PIDESC.<sup>808</sup> Esta disposición de la CERD, en lo que se refiere

---

*humanos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante, Doc. A/HRC/14/30/Add.2, 16 de marzo de 2010, pár. 106.f.

<sup>802</sup> Observación General No. 1.

<sup>803</sup> Relativo a la abolición del trabajo forzoso, adoptado en Ginebra el 25 de junio de 1957, entrada en vigor el 17 de enero de 1959.

<sup>804</sup> Organización Internacional del Trabajo OIT, *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*, Ob. Cit, pár. 234.

<sup>805</sup> Comité Europeo de Derechos Sociales, Reclamación Colectiva No. 7, *Organización mundial contra la tortura (“OMCT”) contra Grecia*, Decisión de Fondo de 7 de diciembre de 2004, pár. 17.

<sup>806</sup> Relativo a la Política de empleo, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo el 9 de julio de 1964, entrada en vigor el 15 de julio de 1966.

<sup>807</sup> Adoptada y por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, en vigor: 4 de enero de 1969.

<sup>808</sup> . Dispone que: “En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en (...) El

al derecho al trabajo de los extranjeros, debe analizarse bajo la interpretación que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha realizado respecto de la aplicación de este instrumento a los no ciudadanos. En un primer momento, acudiendo al sentido propio de las palabras expresadas en la CERD, al definirse qué se entiende por discriminación racial (art.1.1) quedarían incluidos los extranjeros frente al reconocimiento de todos los derechos, entre ellos, el trabajo. La misma CERD establece que “no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado Parte en la citada Convención entre ciudadanos y no ciudadanos” (art. 1.2).

Como se puso de manifiesto en el Capítulo III, en el que se abordó el principio de igualdad y no discriminación aplicada a los extranjeros, la disposición del artículo 1.2 de la CERD ha sido estudiada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en la Recomendación General No. XXX<sup>809</sup>. Así, la CERD permite “(...) la posibilidad de distinguir entre ciudadanos y no ciudadanos”(pár.1). No obstante, queda puesto de presente que esto “no debe interpretarse que redunde en modo alguno en detrimento de los derechos y libertades reconocidos y enunciados en particular en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (...)”(pár.1).

De otra parte, en lo que se refiere al derecho al trabajo, en la Recomendación General No. XXX, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha puesto de manifiesto que los Estados: “Tomarán medidas para eliminar la discriminación contra los no ciudadanos en relación con las condiciones y requisitos laborales, incluidas las normas y prácticas de trabajo con fines o efectos discriminatorios” (pár.33), así como también “Tomarán medidas eficaces para evitar y resolver los graves problemas con que suelen enfrentarse los trabajadores no ciudadanos en particular los domésticos no ciudadanos (...)”(pár.34). Este aspecto en particular ha sido motivo de interés de parte del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en la Observación General No. 1 sobre trabajadores migrantes domésticos, pues comparte con el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial la preocupación sobre el alto grado de vulnerabilidad en la que se encuentran esta clase de trabajadores.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en la Recomendación General No. XXX recuerda a los Estados que “(...) pueden negarse a ofrecer empleo a los no ciudadanos que no posean el permiso de trabajo”, no obstante, “todas las personas deberán disfrutar de los derechos laborales y de empleo, incluida la libertad de reunión y sindicación, desde que inicie hasta que termine la relación laboral” (pár.35).

De esta interpretación podemos concluir que los Estados no están obligados a dar trato idéntico a los extranjeros frente a sus nacionales en lo que se refiere a las oportunidades y ofertas de empleo, más aún si los extranjeros no se encuentran en posesión de la documentación en regla y de los requisitos legales exigidos por el Estado de empleo, y que

---

derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria” (art.5.e.i).

<sup>809</sup> *Sobre la discriminación contra los no ciudadanos*, 65º periodo de sesiones, 2005, Doc. HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol. II), de 27 de mayo de 2005.

dichas distinciones están amparadas por el Derecho Internacional, por lo tanto son legítimas, siempre y cuando atiendan a criterios objetivos, razonables y estén justificados bajo una finalidad proporcional. Pese a ello, una vez contratadas estas personas, los Estados si tienen la obligación de velar por que se les dispense un trato adecuado en cuanto a sus condiciones de empleo, al mismo nivel de sus nacionales, incluyendo todas las garantías derivadas del contrato de trabajo. Finalmente, en todo caso, los Estados siempre estarán obligados a dispensar tratos no discriminatorios al interior de los mismos grupos, esto es, deberá tratar de igual modo a todos los no nacionales siempre y cuando éstos no correspondan a grupos distintos en los que se pueda justificar que procede un trato diferente basado en motivos objetivos y razonables.

Es de vital importancia tener presente lo previsto en el PIDESC al disponer que: “Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos” (art.2.3), pues esta disposición permite que se complete el panorama sobre el alcance de las distinciones que pueden proceder respecto de la garantía del derecho al trabajo.

En este sentido, conviene tener presente las Observaciones Generales No. 3 y No. 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al analizar el alcance de la efectividad de estos derechos a lo largo del tiempo, pues interpreta que “(...) se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales” (pár.9)<sup>810</sup>. Adicionalmente, permite comprender el alcance de las distinciones respecto de las personas extranjeras, las cuales, como se ha reiterado, han de ser claras, razonables y proporcionadas, como ha sido puesto de manifiesto por este mismo Comité en otras Observaciones Generales analizadas<sup>811</sup>. El Comité precisa en la Observación General No. 9, la posibilidad de que se de un “(...) planteamiento amplio y flexible que permita tener en cuenta las particularidades del sistema legal (...)” (pár.1)<sup>812</sup>, sin embargo, esta flexibilidad coexiste con “la obligación de cada Estado Parte de utilizar todos los medios de que disponga para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto (...)” sin olvidar “(...) las prescripciones fundamentales de la legislación internacional sobre derechos humanos”(pár.2).

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante CEDM)<sup>813</sup> preceptúa: “El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano” (art.11.a) y en términos muy similares a los establecidos en el PIDESC (arts. 6 y 7) dispone sus elementos, entre ellos “ El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo (art. 11.b), el derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso,

---

<sup>810</sup> *Índole de las obligaciones de los Estados Partes*, Quinto periodo de sesiones 1990, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), de 27 de mayo de 2005.

<sup>811</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20.

<sup>812</sup> *La aplicación interna del Pacto*, Diecinueve periodo de sesiones (1998), Doc. Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), de 27 de mayo de 2005.

<sup>813</sup> Adoptada por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, en vigor: 3 de septiembre de 1981.

a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico (art. 11.c), el derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo (art. 11.d), entre otros.

En la Recomendación General No. 13 del CEDAW<sup>814</sup> invocando el Convenio No. 100 de la OIT<sup>815</sup>, se alienta a los Estados a “(...) la creación de mecanismos de aplicación y a que se fomenten los esfuerzos (...) por lograr la aplicación del principio de igual remuneración por igual valor” (pár.3). Este aspecto reviste gran importancia en lo que se refiere a las trabajadoras migratorias, pues dichas personas son especialmente vulnerables en razón de su condición de mujeres y de migrantes.

Lo anterior ha sido puesto de manifiesto por el CEDAW en algunas de sus Observaciones Finales. Ha expresado: “Al Comité le preocupa la discriminación de hecho de que son víctimas algunos grupos desfavorecidos de mujeres, especialmente (...) las migrantes, en esferas como (...) el empleo”<sup>816</sup>. También lo ha expresado en reiteradas oportunidades el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes<sup>817</sup> y el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, en la Observación General No. 1 al manifestar que: “A lo largo de los últimos decenios se ha venido observando una tendencia al aumento del número de migrantes entre los trabajadores domésticos: La inmensa mayoría de esos trabajadores son mujeres”(pár.1). Resalta también que “durante el empleo (...) incluso cuando disponen de un contrato firmado antes de su partida, muchos trabajadores domésticos migratorios se ven obligados a su llegada a firmar un nuevo contrato, casi siempre por un salario menor y a menudo para realizar un trabajo con condiciones de empleo desfavorables”(pár.10). Sobre la apreciación del referido Comité consideramos pertinente puntualizar que en los casos en los que esto ocurre, no puede atribuirse la responsabilidad al Estado de destino, a menos que tenga

---

<sup>814</sup> *Igual remuneración por trabajo de igual valor*, Doc. A/46/38, de 30 de enero de 1992.

<sup>815</sup> Relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo, 29 de junio de 1951, entrada en vigor 23 de mayo de 1953 (que promueve la igualdad en la remuneración de la mano de obra femenina y masculina por la realización de un trabajo igual, reconoce que este es uno de los principales factores de discriminación entre los géneros).

<sup>816</sup> *Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Liechestein*, Doc. CEDAW/C/LIE/CO/4, de 5 de abril de 2011, pár. 41. En sentido similar lo hace al manifestar que “El Comité insta a los Países Bajos a intensificar sus esfuerzos por eliminar la discriminación contra las mujeres inmigrantes, (...) considerando preocupante que esos grupos continúen sufriendo múltiples formas de discriminación en cuanto al (...) empleo.” *Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Países Bajos*, Doc. CEDAW/C/NLD/CO/5, de 5 de febrero de 2010, pár. 42

<sup>817</sup> Ver *Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro*, Doc. E/CN.4/2000/82 del 6 de enero de 2000, párs. 55 y 56, 60, *Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro*, Doc. E/CN.4/2001/83, de 9 de enero de 2001, pár. 113, *Informe de la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro*, Doc. E/CN.4/2003/85/Add.4, 1º de noviembre de 2002, pár. 42, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante*, 2 de marzo de 2007, Doc. A/HRC/4/24/Add.3, pár. 2.

conocimiento de la situación y no sancione a las personas que generan dichas violaciones, bien sean los empleadores o los traficantes de personas.

En este mismo aspecto debe resaltarse el Convenio No. 189 de 2011 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos<sup>818</sup> que reconoce la crítica situación de los migrantes al afirmar que: “Considerando que el trabajo doméstico sigue siendo infravalorado e invisible y que lo realizan principalmente las mujeres y las niñas, muchas de las cuales son migrantes” (preámbulo, pár.4), y establece una serie de garantías a favor de las trabajadoras y los trabajadores migrantes (art.8, 15).

La Convención sobre los Derechos del Niño<sup>819</sup> (en adelante CDN), refleja también la importancia del derecho al trabajo abordándolo desde la óptica de la protección del niño y de la niña, en contra de la explotación de la que eventualmente pueda ser víctima. Dicho instrumento dispone: “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social” (art.32.1) y establece que los Estados “(...) adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo” (art.32.2), por tanto, “fijarán una edad o edades mínimas para trabajar (art.32.2.a), Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo (art.32.2.b) y estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo” (art.32.2.c).

El Comité de Derechos del Niño, en la Observación General No. 6,<sup>820</sup> si bien no se refiere en exclusiva al derecho al trabajo de los menores en los términos de la Convención, si resalta la necesidad de que los menores extranjeros que se encuentren separados de su familia deban ser protegidos de cualquier tipo de maltrato en los países receptores o de destino en el que se encuentren. En términos de la Observación General se anota que: “Los artículos 34 a 36 de la Convención deben leerse juntamente con las obligaciones especiales de protección y asistencia que impone el artículo 20 de la Convención, a fin de que los menores no acompañados o separados de su familia estén al abrigo de la trata y de toda forma de explotación, malos tratos y violencia, de índole sexual u otra” (pár.51). En otra Observación General, el Comité señala “que los Estados adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de (...) explotación (...)” (pár.18)<sup>821</sup>.

La OIT ya había regulado temas relacionados con los menores de edad y en la actualidad continúa haciéndolo. Entre los Convenios que contienen normas para la protección de este grupo de personas pueden citarse: Convenio No. 10 de 1921 sobre la edad de admisión de

---

<sup>818</sup> Adoptado en Ginebra el 16 de junio de 2011.

<sup>819</sup> Adoptado en Ginebra el 16 de noviembre de 1921, en vigor el 31 de agosto de 1923.

<sup>820</sup> *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*. Doc. CRC/GC/2005/6, de 1° de septiembre de 2005.

<sup>821</sup> Observación General No. 8, *El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes*, 42 periodo de sesiones, (2006), Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), de 27 de mayo de 2008.

los niños al trabajo agrícola<sup>822</sup>, Convenio No. 79 relativo a la limitación del trabajo nocturno de los menores<sup>823</sup>, Convenio No. 90 relativo al trabajo nocturno de los menores en la industria<sup>824</sup>, Convenio 123 relativo a la edad mínima de admisión al trabajo subterráneo en las minas<sup>825</sup>, Convenio 124 relativo al examen médico de aptitud de los menores para el empleo en trabajos subterráneos en las minas<sup>826</sup>, Convenio 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo<sup>827</sup>, Convenio 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil<sup>828</sup>.

Esta situación ha sido planteada en reiteradas oportunidades como una de las principales preocupaciones del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, pues resulta frecuente que los menores sean víctimas de trata, de explotación laboral, o sometidos a trabajos forzados<sup>829</sup>.

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General No. 13, resalta el derecho a la educación como una herramienta efectiva para combatir la explotación laboral<sup>830</sup>, y al referirse a las obligaciones jurídicas específicas de los Estados Parte del PIDESC los exhorta a “(...) adoptar medidas efectivas, en particular medidas legislativas, para prohibir el trabajo de niños menores de 16 años”<sup>831</sup>, además “deben prohibir toda forma de explotación económica y de trabajo forzoso de niños”(pár.24).

El alcance de esta interpretación aportada por el Comité toma como fuente el ya citado Convenio 182 de la OIT, toda vez que en su artículo 3° al referirse a la definición de las peores formas de trabajo infantil, establece que esto abarca: “a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados”(art.3.a).

---

<sup>822</sup> Adoptado en Washington el 28 de noviembre de 1919, entrada en vigor el 13 de junio de 1921.

<sup>823</sup> Adoptado en Montreal, el 9 de octubre de 1946, en vigor el 29 de diciembre de 1950.

<sup>824</sup> Adoptado en San Francisco, el 10 de julio de 1948, en vigor el 12 de junio de 1951.

<sup>825</sup> Adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1965, en vigor el 10 de noviembre de 1967.

<sup>826</sup> Adoptado en Ginebra el 23 de junio de 1965, en vigor el 13 de diciembre de 1967.

<sup>827</sup> Adoptado el 26 de junio de 1973, en vigor el 19 de junio de 1976. En él se agruparon varias de las disposiciones de los Convenios, 5,6, 58, 59, 33, 60.

<sup>828</sup> Adoptado el 17 de junio de 1999, en vigor el 19 de noviembre de 2000.

<sup>829</sup> *Informe presentado por la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, E/CN.4/2001/83, 9 de enero de 2001, párr. 113.

<sup>830</sup> En la mencionada Observación General se indica textualmente que “La educación desempeña un papel decisivo en la (...) protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia”. Bajo esta interpretación el derecho a la educación al igual que muchos de los otros derechos humanos se relaciona de manera intrínseca con el derecho al trabajo, y se ve como un vehículo adecuado a través del cual se puede evitar que los menores sean objeto de explotación. Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 13, *explotación laboral*, 21° periodo de sesiones (1999), Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 27 de mayo de 2008, párr. 1.

<sup>831</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 18, par. 24.

De este modo, tanto la CDN como la interpretación de su órgano, es decir, el Comité de Derechos del Niño, agregan unos elementos a lo que viene siendo entendido por derecho al trabajo, y lo hace concretamente tras la búsqueda de la protección de los menores de edad, pues, como lo resalta la profesora **Salado Osuna**, la CDN ha “supuesto un paso importante en relación con los derechos de los menores, ya que da precisión y concreción a ciertos derechos que habían sido reconocidos en la DUDH, en la Declaración de 1959 y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos”<sup>832</sup>.

De otro parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD)<sup>833</sup> dispone que los Estados “(...) reconoce el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido y aceptado y en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad” (art.27.1). Las garantías van un poco más allá y prevé que los Estados “salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo” (art. 27.1). Puede ocurrir que los trabajadores migratorios se encuentren en situación de discapacidad, razón por la cual las normas de este instrumento serán aplicables en estos casos.

### **1.2.3. El derecho al trabajo según la CTMF.**

Sin perjuicio de lo anterior, el instrumento internacional que por excelencia se refiere al derecho al trabajo de una manera más amplia, y que resulta ser el de mayor interés en esta investigación, es la CTMF, en razón a que se dedica de manera especial a determinar el alcance y ejercicio de los derechos de los trabajadores migratorios y de aquellas personas que hacen parte de su grupo familiar.

En este instrumento no se ofrece una definición de derecho al trabajo, pese a que todas sus disposiciones se refieren al mismo, a las garantías que deben amparar al trabajador migratorio durante todo el proceso, incluso hasta el retorno a su Estado de origen, al alcance de la protección con la que puede contar en situación jurídica de regularidad o irregularidad y a los derechos que pueden ejercitar, tanto el trabajador como sus familiares.

Conviene tener en cuenta que la CTMF también prevé una garantía que resulta de gran relevancia para todos los trabajadores migrantes, sin que medie consideración sobre su situación jurídica. La norma dispone: “Los trabajadores migratorios gozarán de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo en lo tocante a: remuneración (art.25.1), otras condiciones de trabajo, es decir horas extraordinarias, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, fin de la relación de empleo (...) (art.25.1.a), entre otros beneficios que se derivan de la relación laboral y que serán estudiados más adelante en el capítulo sobre los derechos de los trabajadores migrantes derivados de la vinculación laboral.

---

<sup>832</sup> SALADO OSUNA, A.: “La Convención sobre los derechos del niño: las obligaciones asumidas por los Estados partes”, en *Los derechos de la infancia y de la adolescencia* (M. Calvo García, N. Fernández Sola. Coord.), Mira Editores, Madrid, 2000, p. 24.

<sup>833</sup> Adoptada por la Asamblea General el 13 de diciembre de 2006, en vigor el 3 de mayo de 2008.

La CTMF reconoce también a todos los trabajadores migratorios (en situación jurídica de legalidad o ilegalidad) “(...) el derecho de los trabajadores migratorios y de sus familiares a: participar en las reuniones y actividades de los sindicatos o de cualesquiera otras establecidas conforme a la ley, con miras a proteger sus intereses económicos (...)” (art. 26.1.a). Se reconoce además a los trabajadores en situación jurídica de regularidad y a sus familiares el derecho “(...) a establecer asociaciones y sindicatos (...)” (art.40).

En términos similares a lo dispuesto por la DUDH (art. 23.1) y el PIDESC (6.1), la CTMF reconoce la libertad de los trabajadores migratorios en situación jurídica de legalidad y de los miembros de sus familias a elegir una actividad remunerada, pues la norma dispone: “Los trabajadores migratorios tendrán en el Estado de empleo libertad de elegir su actividad remunerada, con sujeción a las restricciones o condiciones siguientes” (art.52.1). Debe tenerse presente que si bien la CTMF prevé que los trabajadores migratorios que cumplan con los requisitos de residencia en el territorio de un Estado podrán gozar de la libertad de seleccionar su trabajo, este derecho tiene algunas limitaciones que han sido autorizadas por este mismo instrumento internacional. La norma prescribe que el Estado de empleo podrá “Restringir el acceso a categorías limitadas de empleo, funciones, servicios o actividades, cuando ello sea necesario en beneficio del Estado y esté previsto por la legislación nacional” (art.52.2.a). Este último aspecto permite pensar que se establece una garantía de legalidad a favor de los trabajadores migratorios, pues sólo podrá restringirse el acceso de estas personas a dichos empleos si existe una norma vigente que así lo establezca.

También podrá: “Restringir la libre elección de una actividad remunerada de conformidad con su legislación relativa a las condiciones de reconocimiento de calificaciones profesionales adquiridas fuera del territorio del Estado de empleo. Sin embargo, los Estados Partes interesados tratarán de reconocer esas calificaciones (art.52.2.b). Esta norma permite que los títulos obtenidos por los trabajadores migratorios en sus Estados de origen puedan ser tenidos en cuenta como credenciales que los cualifican para el desarrollo de ciertas labores, sin embargo, esto se someterá a las disposiciones internas sobre homologación de títulos, tal y como sucede en la mayor parte de los Estados.

Así mismo dispone que “En el caso de los trabajadores migratorios cuyo permiso de trabajo sea de tiempo limitado, el Estado de empleo también podrá: Subordinar el derecho de libre elección de una actividad remunerada a la condición de que el trabajador migratorio haya residido legalmente en el territorio del Estado de empleo para los fines de ejercer una actividad remunerada por un período de tiempo determinado en la legislación nacional de dicho Estado que no sea superior a dos años” (art.52.3.a).

Además, “limitar el acceso del trabajador migratorio a una actividad remunerada en aplicación de una política de otorgar prioridad a sus nacionales o a las personas que estén asimiladas a sus nacionales para esos fines en virtud de la legislación vigente o de acuerdos bilaterales o multilaterales. Las limitaciones de este tipo no se aplicarán a un trabajador migratorio que haya residido legalmente en el territorio del Estado de empleo para los fines de ejercer una actividad remunerada por un período determinado en la legislación nacional de dicho Estado que no sea superior a cinco años” (art.52.3.b).



Y finaliza: “El Estado de empleo fijará las condiciones en virtud de las cuales un trabajador migratorio que haya sido admitido para ejercer un empleo podrá ser autorizado a realizar trabajos por cuenta propia. Se tendrá en cuenta el período durante el cual el trabajador haya residido legalmente en el Estado de empleo (art.52.4).

De las normas trascritas consideramos que surge la siguiente consideración: En un primer momento la norma del artículo 52 de la CTMF reconoce que aquellos trabajadores que se hallen en situación jurídica de regularidad podrán tener la libertad de seleccionar la actividad remunerada de su preferencia (garantía que de ninguna manera podrá amparar a quienes se encuentran en situación jurídica de ilegalidad), pese a esto, tal y como ya se analizó, los Estados están autorizados para establecer limitaciones al ejercicio de los derechos de los extranjeros, en este caso en particular a los trabajadores migrantes.

Con anterioridad ya se puso de manifiesto que según el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en la Recomendación General No. XXX en lo que se refiere al acceso al empleo, este órgano afirmó que los Estados están legitimados a realizar distinciones entre los nacionales y los extranjeros y esto no implica que dichas diferencias de trato constituyan un acto discriminatorio (pár. 33.34 y 35) siempre y cuando estas medidas respondan a los requisitos exigidos, es decir, sean objetivos, razonables y proporcionados, pues tal y como lo sostiene el profesor **Juste Ruiz**, “siempre que pudieran fundamentarse bajo las exigencias de una sociedad democrática y estas no deriven en discriminación arbitraria, son aceptables las restricciones de los derechos reconocidos en el PIDESC aplicables a los extranjeros o a algunos extranjeros”<sup>834</sup>.

Por otra parte, si se acude a lo sostenido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General No. 18, al abordar temas específicos y referirse a los trabajadores migratorios no realiza una interpretación muy amplia sobre el alcance de la aplicación de la igualdad y la no discriminación en lo que se refiere al derecho al trabajo, y tampoco se refiere a las restricciones que podrán establecerse de parte de los Estados. Se limita a manifestar que “El principio de la no discriminación, según figura consagrado en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, y en el artículo 7 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, debe aplicarse en relación con las oportunidades de empleo de trabajadores migratorios y sus familias”(pár.18) y agrega la necesidad de que los Estados “(...) diseñen planes de acción nacionales para respetar y promover dichos principios mediante medidas adecuadas, tanto legislativas como de otro tipo” (pár.18).

No obstante esto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General No. 20<sup>835</sup> profundiza sobre el principio de igualdad y no discriminación en el reconocimiento de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y también sobre el alcance que puede tener la diferencia de trato. Se aclara en esta

---

<sup>834</sup> Juste Ruiz, J.: “Inmigración, Nacionalidad y Extranjería: el marco jurídico internacional”, en *Estudios sobre Derecho de Extranjería*, (E. Álvarez Conde, E. Pérez Martín, Coords.), Universidad Rey Juan Carlos, Instituto de Derecho Público, Madrid, 2005, p. 312.

<sup>835</sup> *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*, Doc. E/C.12/GC/20, de 2 de julio de 2009.

Observación General que: “Todo trato diferencial por alguno de los motivos prohibidos (...)” (pár.13), entre los cuales debe recordarse está el origen nacional y la raza, “(...) se considerará discriminatorio a menos que exista una causa razonable y objetiva para dispensarlo. Ello entraña evaluar si el fin y los efectos de las medidas o las omisiones de se trate son legítimos y compatibles con la naturaleza de los derechos reconocidos en el Pacto, y si el único fin que se persigue es promover el bienestar general en una sociedad democrática. También debe existir una relación proporcionada clara y razonable entre el fin buscado y las medidas u omisiones y sus efectos.”(pár.13). No puede olvidarse, además, que en la Observación General No. 18 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales precisa que “el derecho al trabajo no debe entenderse como un derecho absoluto e incondicional a obtener empleo” (pár.6).

De acuerdo a esto, se reitera lo que ya había sido manifestado por parte del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en la Recomendación General No. XXX, ya referida, en la que se legitimaba la diferencia de trato en el acceso al derecho al trabajo de los no ciudadanos y también lo previsto en el PIDESC (art.2.3).

No obstante, debe plantearse que las legítimas distinciones que realizan los Estados en lo que se refiere al acceso al empleo y que están contempladas en la CTMF (art. 52) podrían llegar a contradecir la obligación de *respetar* que tienen los Estados frente a la garantía del derecho al trabajo, lo cual puede inferirse de lo que expresa el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General No. 18, al reconocer que el alcance de la obligación de respetar el derecho al trabajo no sólo se agota con la prohibición del trabajo forzoso, sino que implica abstenerse de “denegar o limitar el acceso igualitario al trabajo digno a todas las personas, especialmente a las personas y grupos desfavorecidos y marginados, en particular presos o detenidos, miembros de minorías y trabajadores migratorios” (pár.23).

La protección a favor de los grupos desfavorecidos y vulnerables había sido interpretada anteriormente por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 3 y sobre las obligaciones de los Estados considera “que, aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo” (pár.12)<sup>836</sup>.

En este mismo sentido, El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General No. 20, agrega que “La falta de recursos para no acabar con el trato discriminatorio no es una justificación objetiva y razonable, a menos que el Estado parte se haya esforzado al máximo por utilizar todos los recursos de que dispone para combatirlo y erradicarlo con carácter prioritario” (pár.13).

---

<sup>836</sup> *Índole de las obligaciones de los Estados Partes*, 5 periodo de sesiones 1990, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), de 27 de mayo de 2008, pár. 12

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General No. 18, analiza una obligación que es esencial en el derecho al trabajo y que guarda estrecha relación con el anterior planteamiento. Se trata de la “obligación fundamental mínima” que incluye la garantía de la no discriminación en el empleo. Sobre ella, se precisa entre sus principales medidas: “Garantizar el derecho de acceso al empleo, en especial por lo que respecta a las personas y grupos desfavorecidos y marginados, de forma que ello les permita llevar una existencia digna”(pár.31.a) y también “Evitar las medidas que tengan como resultado el aumento de la discriminación y del trato desigual en los sectores público y privado de las personas y grupos desfavorecidos y marginados o que debiliten los mecanismos de protección de dichas personas y grupos”(pár.31.b). Reitera, por tanto, lo que había sido puesto de manifiesto en la Observación General No. 3.

De este modo, es claro que los trabajadores migratorios son un grupo desfavorecido y también en gran parte de los casos sometido a la marginalidad y la exclusión. Así lo ha reiterado el Relator Especial para los derechos humanos de los migrantes en varios de sus informes<sup>837</sup> y lo ha puesto de manifiesto también el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, al referirse a la vulnerabilidad de estas personas en la Observación General No. 1 (párs. 7, 8, 11, 14, 21, 24, 43, 52, 53).

De lo anterior, podemos concluir que el reconocimiento de la vulnerabilidad y exclusión de estas personas y su posibilidad de acceder al trabajo se agota en la legislación interna de los Estados, pues dicha garantía solamente será reconocida dentro de las limitaciones de la política de cupos y de empleo y podrá restringirse en función de los intereses de los nacionales de los Estados, siendo en todo caso dichas limitaciones amparadas por las normas internacionales. En este aspecto el profesor **Bonet Pérez** sostiene que: “(...) en el plano universal, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no se opone a la legitimidad de un trato desigual si este responde a motivos objetivos y razonables: la lógica de igualdad formal y de la no discriminación (...) no parece excluir per se diferencias de trato en el ejercicio de derechos y libertades (...)”<sup>838</sup>.

Esta postura es compartida por el profesor **Mariño Menéndez** quien afirma que: “(...) el Derecho Internacional de los derechos humanos admite en efecto la restricción por un Estado cualquiera del goce dentro de su orden jurídico de ciertos derechos por los extranjeros (...) así ocurre con las realización de actividades laborales y profesionales”<sup>839</sup>. Esto se debe, según el profesor **Del Valle Gálvez**, a que frente “(...) al estándar mínimo

---

<sup>837</sup> Ver por ejemplo: *Informe del Relator Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes, Sr. Jorge Bustamante*, Doc. A/HRC/17/33, de 21 de marzo de 2011, párs. 42, 43,45, *Informe del Relator Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes, Sr. Jorge Bustamante*, Doc. A/HRC/14/30, de 16 de abril de 2010. pár.22, 44, 55, *Informe de la Relatora Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro*, Doc. E/CN.4/2000/82 del 6 de enero de 2000, pár.56, 57.

<sup>838</sup> BONET PÉREZ, J.: “La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, en *La protección Internacional de los Derechos Humanos en los albores del Siglo XXI*, (F. Gómez Isa. Dir.) Humanitarian Net, Universidad de Deusto, Bilbao, 3003, p. 321.

<sup>839</sup> MARIÑO MENÉNDEZ.F.: “Los derechos de los extranjeros en el derecho internacional”, en *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, (F. Mariño Menéndez y otros.) Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1995, p. 114.

internacional, en el que entrarían derechos humanos fundamentales especialmente vinculados a la dignidad de la persona, pero donde no habría un acuerdo generalizado sobre su contenido concreto”<sup>840</sup>.

Adicionalmente, los Estados en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no pueden ser obligados a lo imposible y, en tanto “se hayan esforzado al máximo por utilizar los recursos” para erradicar la discriminación, será justificación suficiente para restringir la satisfacción de ciertos derechos, y aquí conviene de nuevo recordar el art.2.3 del PIDESC. En este punto es adecuado referirse al profesor **Pastor Ridruejo**, quien sostiene: “si bien las dificultades de técnica jurídica para hacer efectivos estos recursos no tienen por qué ser necesariamente insalvables, lo que si resultaría sin duda insuperable sería la resistencia política de los Estados para la aceptación de recursos individuales en reclamación de derechos que cuya satisfacción depende de condiciones vinculadas a la política general del Estado y sometidos a demás factores coyunturales”<sup>841</sup>.

Paralelo a esto, debemos partir de la base de que los Estados cumplen de buena fe sus obligaciones internacionales y, finalmente, debe precisarse que las distinciones de trato no se consideran discriminación, razón por la por la cual la restricción al acceso al derecho al trabajo resulta ser un trato legítimo.

Cabe plantearnos si la protección a favor de las personas y la obligación de respeto por el derecho al trabajo no tendría que estar por encima de las consideraciones nacionales y de las políticas migratorias, las cuales están sometidas a numerosas variaciones motivadas en la mayor parte de los casos por la política y la economía y tienden siempre a la “equiparación restringida”<sup>842</sup> en materia de derechos reconocidos para los extranjeros.

Antes de pasar al estudio de la consagración del derecho al trabajo en el ámbito regional, debe mencionarse que en la CTMF también se establecen una serie de medidas de protección del trabajador migratorio una vez constituida la relación laboral con un empleador (art. 54). Estos aspectos serán estudiados en el capítulo siguiente sobre los derechos de los trabajadores migrantes derivados de la relación laboral.

## 2. Ámbito Regional.

La consagración del derecho al trabajo también se hace presente en los Sistemas de Protección Regional de Derechos Humanos. Así, en este estudio se dará comienzo por el

---

<sup>840</sup> DEL VALLE GÁLVEZ, A.: “El frágil estatuto Internacional y Europeo del inmigrante irregular”, en *Conflictos y protección de derechos humanos en el orden internacional*, Cursos de Derechos Humanos se Donostia-San Sebastián, Volumen VI, Universidad del País Vasco, Guipúzcoa, 2006, p. 14.

<sup>841</sup> PASTOR RIDRUEJO, J.A.: *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones Internacionales*, Madrid, 2003, p. 213.

<sup>842</sup> Término acuñado por algunos representantes de la doctrina internacionalista, tales como BONET PÉREZ, J.: “La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, en *La protección Internacional de los Derechos Humanos en los albores del Siglo XXI*, Ob. Cit, p. 321. Juste Ruiz, J.: “Inmigración, Nacionalidad y Extranjería: el marco jurídico internacional”, en *Estudios sobre Derecho de Extranjería*, Ob. Cit. p. 312, MARIÑO MENÉNDEZ.F.: “Los derechos de los extranjeros en el derecho internacional”, en *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Ob. Cit. p. 118.

Sistema Europeo partiendo del análisis de la Carta Social Europea de 1961 y la revisada de 1996. También se analizará el Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, para con posterioridad, estudiar la regulación de este derecho en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

## 2.1. Sistema Regional Europeo.

El derecho al trabajo, en el marco de la Carta Social Europea de 1961<sup>843</sup> (en adelante CSE) y en la Carta Social Europea Revisada de 1996<sup>844</sup> (CSE revisada), es bastante amplio, toda vez que lo reconoce desde la Parte I del instrumento, que según las palabras de los profesores **Bondía García y Bonet Pérez** “constituye los principios fundamentales de la CSE”<sup>845</sup>. La norma dispone que “Toda persona tendrá la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido” (Parte I.1). Así mismo, da reconocimiento también a las condiciones bajo las cuales deben darse este trabajo: “condiciones de trabajo equitativas” (Parte I.2), “derecho a la seguridad e higiene en el trabajo” (Parte I.3), “remuneración suficiente (Parte I.4), “derecho de asociación” (Parte I.5), entre otras garantías.

En la Parte II de la CSE se especifican los derechos de la Parte I<sup>846</sup> y se consagra: “Derecho al trabajo para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo” (art. 1). Se reconoce el mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible de empleo (art.1.1), proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida (art.1.2), establecer o mantener servicios gratuitos de empleo (art.1.3), proporcionar y promover formación profesional (art.1.4). Se establece el derecho a unas condiciones de trabajo equitativas (art. 2), entre ellas horas de trabajo (art.2.1), establecer días festivos pagados (art.2.2), reconocimiento de vacaciones pagadas (art.2.3), reducción de horas de trabajo cuando se desempeñan actividades peligrosas (art. 2.4), reposo semanal (art.2.5).

Posteriormente, se da desarrollo al derecho a la seguridad e higiene en el trabajo (art.3), mediante la promulgación de los reglamentos de seguridad e higiene (art.3.1), tomar medidas para controlar la aplicación de tales reglamentos (art.3.2), consultar a organizaciones de empleadores y trabajadores las medidas para mejorar la seguridad e higiene en el trabajo (art.3.3). El derecho a una remuneración equitativa también se desarrolla con mayor amplitud (art.4.1, 4.2, 3, 4, 5).

Así mismo, se da un desarrollo más amplio de las medidas que son necesarias para que la orientación y la formación profesional sea adecuada y efectiva (arts. 9 y10), pues tales derechos se relacionan estrechamente con el trabajo y permiten a las personas informarse para seleccionar una actividad laboral y, también, adquirir las destrezas adecuadas para el correcto desempeño del empleo. Conviene recordar que la importancia de estos derechos frente al derecho al trabajo es resaltada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y

---

<sup>843</sup> Adoptada por el Consejo de Europa en Turín el 18 de octubre de 1961.

<sup>844</sup> Adoptada en Estrasburgo, el 3 de mayo de 1996.

<sup>845</sup> BONDÍA GARCÍA, D, y BONET PÉREZ, J.: “La Carta Social Europea”, en *La protección Internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Ob. Cit, p. 454.

<sup>846</sup> *Ibidem*

Culturales en la Observación General No. 18, al afirmar la obligación de los Estados a “adoptar medidas positivas para permitir y asistir a las personas que disfruten de su derecho al trabajo y aplicar planes de enseñanza técnica y profesional para facilitar el acceso al empleo” (pár.27).

La relevancia de esta obligación de los Estados Parte en el PIDESC se evidencia, inclusive, en varios de los requerimientos que pueden tener determinados grupos en particular para poder acceder al trabajo en condiciones de igualdad material o condiciones adecuadas, y así es acotado por el Comité en la Observación General No. 18, al precisar el contenido de esta obligación respecto de los jóvenes (pár.14), en lo atiente al trabajo infantil (pár.15) y las personas con discapacidad (pár.17).

Si bien este derecho se reconoce de manera similar a lo previsto en el PIDESC, consideramos que el desarrollo normativo de la CSE es más generoso y se establece de manera más clara el alcance de la norma, en razón a que reconoce concretamente qué medidas deben ser adoptadas por los Estados para dar efectivo reconocimiento al derecho.

Tal y como ocurre con la propia DUDH y con el PIDESC, se da reconocimiento a la dimensión colectiva del derecho al trabajo a partir de la consagración del derecho de asociación sindical (art.5) y el derecho a la negociación colectiva (art.6), en el primero de estos instrumentos y en el (art.8) en el segundo.

No obstante, no puede desconocerse que, conforme lo afirma el profesor **Jiménez García** con ocasión a la adopción de la CSE, “(...) de nuevo el marco europeo se presenta como el sistema más evolucionado de protección internacional”<sup>847</sup> pues, como lo señala **Jimena Quesada**, el “Consejo de Europa -fundado en 1949- se adelantó incluso a Naciones Unidas al consagrar los derechos sociales en un instrumento normativo obligatorio, precediendo por tanto la Carta Social Europea (1961) al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)”<sup>848</sup>.

Los artículos 18 y 19 de la CSE revisten gran importancia para este trabajo, toda vez que reconoce derechos a favor de trabajadores extranjeros, “Derecho a ejercer una actividad lucrativa en el territorio de otras partes contratantes (art.18) y el “Derecho de los trabajadores migrantes y de sus familias a protección y asistencia” (art.19). Debe recordarse que, tal como fue puesto de manifiesto en el capítulo III, los derechos previstos en este instrumento se aplican de manera restringida, según lo precisa el profesor **Juste Ruiz** “en un marco convencional cerrado”<sup>849</sup>, pues sus disposiciones no amparan a los trabajadores extranjeros provenientes de terceros Estados.

La CSE revisada en lo que se refiere a las garantías relacionadas con el derecho al trabajo incluye “Derecho a protección en caso de despido” (art.24). Este derecho protege a los

---

<sup>847</sup> JIMÉNEZ GARCÍA, F.: “El sistema de protección de los derechos humanos: el Consejo de Europa y la Carta Social Europea”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, (C. Fernández de Casadevante Romani, Coord.) 3 edición, Ed. Dilex, S.L, 2007, p. 223.

<sup>848</sup> JIMENA QUESADA, L.: *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 3, archivo electrónico [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)

<sup>849</sup> JUSTE RUIZ, J.: “Inmigración, nacionalidad y extranjería”, en *Estudios sobre derecho de extranjería*, Ob. Cit, p. 313.

trabajadores a “(...) no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello (...) (art.24.a), y “el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación adecuada” (art.24.b). El “Derecho de los trabajadores a la tutela de sus créditos en caso de insolvencia de su empleador” (art.25), el “Derecho a la dignidad en el trabajo” (art. 26) (este aspecto fue analizado en el capítulo sobre dignidad de los trabajadores migrantes), “Derecho de los trabajadores que tengan responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato” (art.27), “Derecho de los representantes de los trabajadores a la protección en la empresa y a facilidades para ejercer sus funciones” (art.28), “Derecho a la información y la consulta en los procedimientos de despido colectivo” (art.29).

Otra de las modificaciones que para estos efectos interesa se encuentra en el “Derecho a las condiciones de trabajo equitativas” (art. 2), pues amplía de 2 a 4 semanas las vacaciones pagadas (art.2.3), establece en primera medida reducir los riesgos en los trabajos peligrosos antes de reducir las horas de trabajo en este tipo de actividades, o reconocer días de descanso pagados suplementarios (art.2.4). Se incluyó, además, el reconocimiento de una garantía que en la CSE de 1961 no se reconocía, consistente en: “asegurar que se informe por escrito a los trabajadores lo antes posible, y sin que hayan transcurrido en ningún caso más de dos meses desde el inicio del empleo, de los aspectos esenciales del contrato o de la relación de trabajo” (art.2.6), y “asegurar a los trabajadores que realicen un trabajo nocturno se beneficien de medidas que tengan en cuenta la naturaleza especial de ese trabajo” (art.2.7).

Sobre el “Derecho a la seguridad e higiene en el trabajo” (art.3), también se incorporaron algunas modificaciones con la CSE revisada y se amplía su alcance en algunos aspectos puntuales, como: ya no es suficiente solamente que “se promulguen reglamentos de seguridad e higiene” (art.3.1. CSE 1961), sino que los Estados se obligan a “formular y revisar periódicamente una política nacional coherente sobre seguridad e higiene en el trabajo y sobre el entorno de trabajo” (art. 3.1 CSE revisada) y se precisa cómo se debe adoptar esta medida y a su vez se establece que en el marco de esta política nacional será la base jurídica para la elaboración de los reglamentos.

Conforme con las modificaciones de la CSE podemos afirmar que el derecho al trabajo ha tenido un desarrollo evolutivo y progresivo y se ha dado claridad a muchas de las obligaciones impuestas a los Estados en 1961, toda vez que en las disposiciones transcritas y objeto de modificación se ha puesto de manifiesto el alcance de dichos deberes con el propósito de que los Estados cuenten con las reglas bien definidas para dar garantía a los derechos allí reconocidos.

De otra parte, en algunos pronunciamientos, el Comité Europeo de Derechos Sociales define el alcance de algunos de los elementos del derecho al trabajo el cual, como ya fue puesto de manifiesto, es consagrado como “el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido” (art.1.2 CSE), sobre la expresión “libremente elegido” el Comité Europeo de Derechos Sociales interpreta que “constituye una garantía

contra el trabajo forzoso”<sup>850</sup>. Lo anterior es coincidente con lo dispuesto por el PIDESC (art.6.1), y que se ve complementado con lo previsto en el PIDCP (art. 8.3). La Observación General No. 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre este punto interpreta que dentro del contenido del derecho al trabajo “También supone no ser obligado de alguna manera a ejercer o efectuar un trabajo (...)” (pár.6).

El Comité Europeo de Derechos Sociales también se ha concentrado en aclarar reglas sobre la jornada laboral de los trabajadores, interpretando el artículo 2.1 de la CSE revisada y lo ha hecho en la Reclamación Colectiva 9/2000<sup>851</sup>.

El Convenio Europeo relativo al Estatuto Legal del Trabajador Migrante de 1977<sup>852</sup> “(...) tiene como finalidad proteger a los trabajadores nacionales de los Estados miembros del Consejo de Europa que se desplazan a otro Estado miembro a ejercer una actividad laboral remunerada de forma permanente, previa autorización del Estado de acogida (art.1). En este tratado internacional, se regulan muchos aspectos relativos al desarrollo de actividades de trabajadores migratorios en el extranjero que comprenden todo el proceso migratorio. Se regulan aspectos previos a la incorporación de los trabajadores migrantes, entre ellos las formas de reclutamiento (art.2), la revisión médica y examen profesional (art.3), derecho de salida (art.4), formalidades relacionadas con el contrato de trabajo (art.5), información (art.6), Viaje (art.7), permiso de trabajo (art.8), permiso de residencia (art.9), acogida (art.10).

También se establecen garantías durante la permanencia del trabajador en el Estado de empleo, como por ejemplo, percepción de sumas debidas por pensiones alimenticias (art.11), condiciones de trabajo (art. 16), transferencia de ahorros (art. 17), seguridad social (art. 18), accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, higiene en el trabajo (art.20), inspección de condiciones de trabajo (art.21), impuesto sobre la renta en el contrato de trabajo (art.23), vencimiento del contrato de trabajo y despido (art.24), reemplazo (art.25), derecho de recurso ante los tribunales y autoridades administrativas del Estado de acogida (art.26), recurso a los servicios de colocación (art.27), ejercicio del derecho sindical (art.28), participación en los asunto de empresa (art.29).

Y, finalmente, se reconocen ciertas garantías que se relacionan con el regreso al Estado de origen cuando ha concluido la relación laboral del trabajador migratorio en el extranjero, entre ellas el retorno (art.30) y la conservación de los derechos adquiridos (art.31).

Como fue puesto de manifiesto en el capítulo III, retomando lo sostenido por la profesora **Salado Osuna** al referirse al citado convenio, se sostiene que el mismo tiene por finalidad proteger a los trabajadores nacionales de los Estados miembros del Consejo de Europa que se desplazan a otro Estado miembro a ejercer una actividad laboral remunerada de forma permanente, previa autorización del Estado de acogida (...); la vigencia de este tratado para

---

<sup>850</sup> Comité Europeo de Derechos Sociales, *Reclamación No. 7/ 2000, presentada por la Federación Internacional de derechos Humanos contra Grecia*, de 5 de diciembre de 2000.

<sup>851</sup> Comité Europeo de Derechos Sociales, *Reclamación No. 9/ 2000, presentada por la Confederación francesa de directivos-Confederación general de ejecutivos contra Francia*, Decisión de Fondo de 16 de noviembre de 2001.

<sup>852</sup> Adoptado el 24 de noviembre de 1977 y en vigor el 15 de mayo de 1983.



los nacionales de los Estados miembros del Consejo de Europa sigue siendo importante, aunque sólo en relación con los trabajadores nacionales de Estados que no son miembros de la Comunidad Europea/Unión Europea, ya que en ésta todo ciudadano europeo, de conformidad con la libre circulación de trabajadores tiene derecho a trasladarse y ejercer una actividad profesional remunerada en el territorio de cualquier Estado miembro. También sigue siendo importante para los nacionales de aquellos Estados miembros del Consejo de Europa que no son Estados partes de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familias<sup>853</sup>.

En el Convenio Europeo relativo al Estatuto Legal del Trabajador Migrante, no se da un tratamiento similar al que recibe el derecho al trabajo en otros instrumentos internacionales, tanto a nivel universal como regional, tal y como fue señalado con anterioridad en este acápite, en razón a que no define cómo y en qué grado deberán darse las condiciones laborales o de empleo, sin embargo, de manera más genérica establece que: “los trabajadores migrantes autorizados a desempeñar un empleo disfrutarán de un tratamiento no menos favorable que el que se reserve a los trabajadores nacionales en virtud de las disposiciones legislativas o reglamentarias, de los convenios colectivos de trabajo o de las costumbres” (art. 16).

El alcance de esta disposición permite inferir que los beneficios y condiciones mínimas aplicables a los trabajadores, provendrán de lo que internamente tenga previsto cada Estado en su política migratoria y de empleo. De otro lado, deberá tenerse presente que, si el Estado Parte en el Convenio Europeo relativo al Estatuto Legal del Trabajador Migrante es también parte de la CSE, se aplicarán dichas disposiciones siempre y cuando se trate de trabajadores protegidos por este instrumento, es decir, nacionales de Estados Parte. Lo anterior, sin perjuicio de que también son aplicables las disposiciones del PIDESC, CEDR, la CTMF y los Convenios de la OIT, en caso de que los Estados hagan parte de dichos instrumento, quedando en todo caso protegidos en mayor o menor medida, según cada caso.

De la norma prevista en el artículo 16 del Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante, también se puede inferir que otorga un amplio grado de apreciación a los Estados Parte, en razón a que remite todo el tratamiento y regulación de los estándares mínimos de protección de las condiciones de trabajo a lo que dispongan sus normas internamente, los Convenios colectivos o las costumbres de los mismos.

No obstante lo anterior, en el Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante, también es posible evidenciar algunas normas que acentúan la protección de los trabajadores migrantes, tales como la que garantiza la preformación y reeducación de los trabajadores extranjeros, así como las condiciones de seguridad social. Vale reiterar que los derechos reconocidos en este instrumento, se destinan única y exclusivamente a los trabajadores migratorios que se encuentren en situación jurídica de legalidad y que sean nacionales de un tercer Estado parte del mismo.

---

<sup>853</sup> SALADO OSUNA, A.: “La Universalidad de los derechos humanos en el Consejo de Europa”, en *La obra jurídica del Consejo de Europa en conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa*, (P.A. Fernández Sánchez. Ed.), Ministerio de Ciencia y Educación, Gandulfo Ediciones, Sevilla, 2010, p. 248.

Si bien el CEDH no consagra de manera expresa el derecho al trabajo, no podemos omitir importante jurisprudencia en este sentido y consideramos oportuno comenzar por aquella relacionada con la aplicación de la disposición según la cual “Nadie podrá ser constreñido a realizar trabajo forzado u obligatorio” (art.4.2), tal y como se señaló en el ámbito universal al abordar el estudio de la disposición del PIDCP (art.8), el CEDH también estipula algunas excepciones a lo que debe ser considerado como trabajo forzoso, entre ellas: “(...) todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de la libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 (...), “Todo servicio de carácter militar o en el caso de objetores de conciencia en los países en los que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio, todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenace la vida o el bienestar de la comunidad, todo servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales” (art.4.3). Podemos notar que las disposiciones son prácticamente idénticas en cuanto a las excepciones al trabajo forzoso, según el PIDCP. El TEDH, en el caso *Van der Musselle c. Bélgica*<sup>854</sup>, se pronuncia sobre la prohibición de trabajo forzado y sobre las excepciones a la misma previstas en el art.4.3 del CEDH<sup>855</sup>.

Es importante anotar que el TEDH se refiere a las excepciones de lo que debe considerarse como trabajo forzado y considera que: “El apartado 3 no tiene por cometido limitar el ejercicio del derecho garantizado en el apartado 2, sino delimitar el contenido de este derecho: forma un todo con el párrafo 2º y menciona lo que no debe considerarse como trabajo obligatorio o forzado, lo que estos términos no engloban (...)” (pár.38), de tal manera que las excepciones al trabajo forzoso “se basan en las ideas maestras del interés

---

<sup>854</sup> TEDH, (A. 8919/80) sentencia de 23 de noviembre de 1983. El caso estudia la presunta violación al artículo 4.2 de CEDH que invoca un joven abogado, quien es designado por el Estado de Bélgica a prestar la asistencia jurídica gratuita a una persona en situación de indigencia (Sr. Ebrima, ciudadano de Gambia, imputado de tráfico de drogas y hurto) una vez ha concluido su práctica jurídica (par. 9 y 10). El demandante estima que dado que ya dio cumplimiento a su deber legal el hecho mismo de nombrarlo como defensor de esta persona sin que medie remuneración económica por su trabajo, lo que supuso que debió realizar entre 17 y 18 horas adicionales un trabajo que él no debía realizar (pár. 11) y así mismo en razón a que de rehusarse a aceptar el mandato puede ser sancionado incluso con el retiro del listado de abogados del Estado, (pár. 17) lo que posteriormente le impediría ejercer su profesión de abogado.

<sup>855</sup> Para definir que debe entenderse por tal, se remite al Convenio No. 29 de la OIT (art.2.1) y precisa que se trata de “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el que el individuo no se ha ofrecido por propia voluntad. (pár.32). A dicha definición se llega no solamente por remisión a lo dispuesto por el Convenio de la OIT en referencia, sino porque acude a la versión francesa del CEDH, la cual contiene en el artículo 4.2 la expresión “*Travail*” (pár. 33). Adicionalmente, los adjetivos forzoso u obligatorio, según el TEDH denotan “(...) una coacción física o moral, término que no puede ser aplicable “(...) a una obligación jurídica cualquiera (...)” y debe ser un trabajo “(...) exigido bajo la amenaza de una pena y además contra la voluntad del interesado, para el que no se ha ofrecido por propia voluntad” (pár. 34). En consecuencia “(...) el señor Van der Musselle había elegido la profesión de abogado (...) y conocía consecuentemente las normas que se le imponían (...)”Por tanto, “(...) las obligaciones como asistente jurídico no constituían un trabajo obligatorio tal y como se expresa en el artículo 4.2”. (pár. 36). Adicionalmente, el TEDH se refiere en este caso a la necesidad de que concurren otros factores para que pueda hablarse de trabajo forzoso y, para ello, se remite a una resolución de la Comisión Europea de Derechos Humanos. Precisa que no es suficiente “(...) que el trabajo que debiere realizarse no sea sólo contra la voluntad del interesado, sino que además la obligación de realizarlo debe revestir el carácter de injusta u opresiva o que su ejecución represente realmente una carga o, en otros términos, sea inútilmente penosa o vejatoria” (pár. 37).

general, de la solidaridad social y de la normalidad”(pár.39) y bajo estos argumentos determina que en el caso concreto no hay violación al CEDH (art.4.2).

Un caso de especial importancia es el asunto *Siliadin c. Francia*, pues además de estudiar la prohibición de esclavitud (art.4.1), también examina la de trabajo forzoso (art. 4.2) y pone de manifiesto que “(...) los esclavos de hoy son con alta frecuencia mujeres que trabajan la mayoría de las veces en casas de particulares, a las que llegan como criadas inmigradas” (pár.88)<sup>856</sup>. Por otro lado, al interpretar la norma del CEDH (art. 4.2), tiene en consideración los Convenios de la OIT sobre la materia<sup>857</sup>.

En este caso en particular, el TEDH determinó que: “(...) aunque la demandante no se encontraba bajo la amenaza de una pena, sí se encontraba en una situación equivalente en cuanto a la gravedad de la amenaza que podía sentir. En efecto, una adolescente, en un país que le era extraño, se encontraba en situación irregular en territorio francés y temía ser detenida por la policía. El matrimonio B alimentaba asimismo este temor y le hacía esperar una regularización de su situación” (pár. 118). En consecuencia de lo anterior, el TEDH llega a la conclusión de que la menor de edad fue sometida a trabajo forzado y en ese sentido hubo violación al CEDH (art.4.1) (pár. 120).

Sobre este tema pueden enunciarse otros en los que se analiza de parte del TEDH las excepciones al trabajo forzoso, tales como *Caso de Wilde, Ooms, Versyp c. Bélgica*<sup>858</sup>, caso *Van Droogenbroeck c. Bélgica*<sup>859</sup>, *Karlheinz Schmidt c. Alemania*<sup>860</sup>, *Zarb Adami c. Malta*<sup>861</sup>, entre otros, pero que por no ser objeto específico en el estudio de esta tesis, no serán analizados.

Al margen de la protección prevista por vía de la prohibición del trabajo forzado, el TEDH ha amparado ciertas prestaciones sociales que se derivan del derecho al trabajo o del hecho de pertenecer a un sistema de seguros sociales, por poder ser consideradas como bienes constitutivos de propiedad privada (art. 1, Protocolo 1 Adicional al CEDH)<sup>862</sup>.

---

<sup>856</sup> TEDH, (A. 73316/01), Sección segunda, sentencia de 26 de junio de 2005, pár. 88.

<sup>857</sup> *Ibidem*, pár. 115, y al igual que en el caso *Van der Mussele*, reitera que se entiende por trabajo forzoso “(...) todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de cualquier pena y para el que dicho individuo no se haya ofrecido voluntariamente (...)” (pár. 116) y precisa, tal y como se expresó en el anterior fallo, que “(...) debe tratarse de un trabajo exigido (...) bajo la amenaza de cualquier pena y, además, contrario a la voluntad del interesado, para el que éste no se haya ofrecido voluntariamente (...)” (pár. 117)

<sup>858</sup> TEDH, (A. 2832/66), sentencia de 10 de marzo de 1972.

<sup>859</sup> TEDH, (A. 7906/77), sentencia de 24 de junio de 1982.

<sup>860</sup> TEDH, (A. 13580/88), sentencia de 18 de julio de 1994.

<sup>861</sup> TEDH, (A. 17209/02), sentencia de 20 de junio de 2006.

<sup>862</sup> Así pueden referenciarse los casos *Gaygusuz c. Austria*, (A. 1996/40), de 16 de septiembre de 1996, caso *Wessels - Bergervoet c. Holanda*, (A. 3446/97), sentencia de 4 de junio de 2002 *Koua Poirrez c. Francia*, (A. 3446/97), sentencia de 4 de junio de 2002, *Luckzak c. Polonia*, (A. 77782) de 27 de noviembre de 2007. En los referidos de los casos el TEDH estudia la violación al derecho a la propiedad en conjunto con la prohibición de discriminación. Puede también tenerse en cuenta el caso *Solodyuk c. Rusia*, (A. 67099/10), sentencia de 12 de julio de 2005. En este caso se alega violación del derecho a la propiedad (art. 1, Protocolo 1 adicional al CEDH) en razón a que los dos afectados, quienes son pensionados, sufrieron un perjuicio económico por el pago atrasado de sus pensiones y en razón a que en el país se sufrió en ese periodo de un alto índice de inflación, lo que devaluó la moneda interna y generó la pérdida de poder adquisitivo de dinero

## 2. 2. Derecho de la Unión Europea.

El Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE)<sup>863</sup> establece que: “(...) Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado (...) tendente al pleno empleo y al progreso social” (art.3.3 TUE). Adicional a esto, dispone también que “En sus relaciones con el resto del mundo (...) contribuirá a la erradicación de la pobreza y a la protección de los derechos humanos (art. 3.5). No puede olvidarse que la inserción laboral y la garantía del derecho al trabajo, que en este instrumento se aborda como el acceso al empleo, según lo sostenido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, representa que “El acceso a un primer trabajo constituya una ocasión para obtener autonomía y, en muchos casos, escapar de la pobreza (...)”<sup>864</sup>.

Por su parte el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, (en adelante TFUE) dispone además que: “Los Estados miembros coordinarán sus políticas económicas y de empleo según las modalidades establecidas en el presente Tratado” (art.2.3). Prevé además, que la Unión Europea (en adelante UE) “La Unión tomará medidas para garantizar la coordinación de las políticas” (art.5.2). Así mismo también dispone que “En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado (art.9). Las anteriores normas evidencian, como lo sostiene la profesora **Salado Osuna**, “(...) el compromiso de la Unión Europea en todo el espacio europeo de combatir la exclusión social, la discriminación, y fomentar la justicia y la protección social (art.3.3)”<sup>865</sup>.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE)<sup>866</sup>, según el profesor **Rodríguez Bereijo**, “(...) viene a colmar un vacío (...) una laguna derivada de la ausencia de (...) una propia Declaración de derechos aplicable a las eventuales vulneraciones originadas por las instituciones y los órganos comunitarios”<sup>867</sup>, agregamos, hoy, de la Unión. En el preámbulo de la CDFUE, reviste gran importancia el desarrollo y el progreso social al preceptuar que es necesario “reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social” (preámbulo, pár.4). En este contexto, se da reconocimiento del derecho al trabajo, así, la CDFUE reconoce el derecho a la libertad profesional y el derecho a trabajar y, si bien, estimamos

---

de la pensión (26 y 35). El TEDH halla violación en este caso. Conviene tener presente el caso *Stec c. Reino Unido*, gran sala, A. 65731/01, sentencia de 12 de abril de 2006. En este asunto, se estudia si las pensiones pueden ser entendidas como una manifestación del derecho a la propiedad, y el TEDH, estima que en los Estados modernos y democráticos, confiar en que las pensiones van a ser pagadas, si puede considerarse como un derecho a la propiedad, pár. 53 y ss.

<sup>863</sup> Adoptado en Lisboa el 12 de diciembre de 2007, entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009.

<sup>864</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 18, pár. 14.

<sup>865</sup> SALADO OSUNA, A.: “El tratado de Lisboa, un nuevo paso a favor de los Derechos Humanos”, en *Temas para debate; ejemplar dedicado a los Derechos Humanos hoy*, No. 191, octubre de 2010, p. 38.

<sup>866</sup> Firmada en Niza el 7 de diciembre de 2000, incorporada al Tratado de Lisboa, adoptado el 12 de diciembre de 2007, entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009.

<sup>867</sup> RODRÍGUEZ BEREIJO, A.: “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, No. 1, Colex, Madrid, 2001, p. 46.

que en un primer momento pareciera que esta garantía protege a todas las personas, pues dispone: “Toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada” (art. 15.1); este mismo artículo hace precisión sobre como se reconocerá este derecho para los nacionales de terceros Estados: “Los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas de que disfrutaban los ciudadanos de la Unión” (art.15.3). De allí se deriva que las condiciones de trabajo similares a las de los nacionales, sólo podrán ser disfrutadas por aquellos trabajadores migratorios que se encuentren en situación jurídica de legalidad.

La anterior disposición es calificada por el profesor **Chueca Sancho** como una consagración que “(...) ofrece problemas, pues en ella la protección de los derechos de los inmigrantes tiene importantes deficiencias y numerosos agujeros (...). A lo anterior, formula el interrogante “¿Dónde queda el principio de igualdad en el trabajo y en las condiciones laborales que exigen las normas de la OIT, ratificadas por los Estados miembros? (...), y plantea además lo siguiente: “¿si las condiciones de las personas en situación regular son equivalentes cuáles deben ser las condiciones de trabajo de los extranjeros en situación irregular, simplemente esclavistas?”<sup>868</sup>. Este aspecto lo consideramos de gran interés, pues la normatividad de la UE en algunos aspectos parece ser abierta y altamente garantista, sin embargo el tratamiento a favor de la persona no se hace de manera homogénea para todas aquellas personas que pueden llegar a trabajar allí.

En cuanto a la prohibición del trabajo forzoso, dicha garantía sí se hace extensiva a todos los trabajadores, al parecer independientemente de su condición jurídica y nacionalidad, pues la norma dispone “Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio” (art.5.2). Este derecho se reconoce a todas las personas en términos similares al CEDH (art.4, como ya fue puesto de manifiesto) por el hecho de serlo.

En el Título IV, dedicado a la solidaridad, se consagran ciertas garantías relacionadas con el derecho al trabajo que por su redacción amplia pareciera que se garantizan a todas las personas, por lo que los trabajadores extranjeros estarían amparados. Derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa (art.27), derecho de negociación y de acción colectiva (art.28), derecho de acceso a los servicios de colocación (art.29), condiciones de trabajo justas y equitativas (art.31), prohibición de trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo (art.32), vida familiar y profesional (art.33), seguridad social y ayuda social (art.34). Este último derecho se reconoce a las personas que se hallen en situación jurídica de legalidad; dispone la norma: “Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales”. Otro derecho que se reconoce solamente a los trabajadores que se encuentren en situación jurídica de regularidad, es la protección contra

---

<sup>868</sup> CHUECA SANCHO, A.: “Un derecho migratorio europeo cada día más incompatible con el derecho internacional de los derechos humanos”, en *Derechos Humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*, (A. Chueca Sancho. Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 138.

el despido injustificado (art.30), en razón a que no es difícil inferir que este artículo se sujeta a lo dispuesto por el 15 que contempla el derecho al trabajo de estas personas.

Como puede apreciarse, son generosas las normas que en la CDFUE hacen reconocimiento del derecho al trabajo, o de la importancia de éste a partir de algunas garantías que son complementarias al mismo.

En lo que se refiere a los derechos de los trabajadores extranjeros o de nacionales de terceros países, no puede olvidarse que éstos siempre deben estar enmarcados dentro del Espacio de Libertad Seguridad y Justicia, que ha sido fruto de un desarrollo de varios años a partir del Acuerdo Schengen<sup>869</sup> y el Convenio de aplicación Schengen<sup>870</sup> que, según lo sostenido por el profesor **Fernández Sánchez**, “exige una serie de requisitos iniciales (...) y se trata de exigencias de acreditación documental del motivo del viaje y las condiciones de su estancia o del tránsito previsto, las correspondientes autorizaciones para trabajar, si este fuera el motivo así como la disponibilidad de medios económicos para la subsistencia”<sup>871</sup>.

De otra parte, en el desarrollo de estas políticas en el Tratado de Ámsterdam<sup>872</sup> el cual, según el profesor **Jiménez Piernas**, “(...) constituye el origen de la creación de una política comunitaria de inmigración”<sup>873</sup>, no pueden olvidarse las iniciativas adelantadas en el seno de los Consejos Europeos de Tampere (1999)<sup>874</sup>, Sevilla (2002)<sup>875</sup>, Salónica (2003)<sup>876</sup> y Bruselas<sup>877</sup> (2005).

---

<sup>869</sup> Firmado el 14 de junio de 1985, con el propósito de suprimir el control en las fronteras entre los Estados signatarios y crear una única frontera exterior donde se efectúen los controles de entrada. Ver más en la página [http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/free\\_movement\\_of\\_persons\\_asylum\\_immigration/133020\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/133020_es.htm)

<sup>870</sup> Firmado el 19 de junio de 1990.

<sup>871</sup> FERNÁNDEZ SANCHEZ, P.A.: “Control de la inmigración ilegal en las fronteras de la Unión Europea”, en *Las migraciones internacionales en el mediterráneo y Unión Europea*, (A. Chueca Sancho, V. L. Gutiérrez Castillo, I. Blázquez Rodríguez, Coords), Huygens editorial, Barcelona 2009, p. 172.

<sup>872</sup> Adoptado el 2 de octubre de 1997, en vigor el 1 de mayo de 1999.

<sup>873</sup> JIMÉNEZ PIERNAS, C.: “Política y legislación española sobre extranjería e inmigración y su conformidad con el derecho europeo e internacional en la materia”, en *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, Ob. Cit, p. 902.

<sup>874</sup> Celebrado entre el 15 y 16 de octubre de 1999, en el que se proponía el impulso de la colaboración entre los países de origen, el sistema común de asilo, trato justo de los nacionales de terceros países y la gestión de los flujos migratorios. La temática fundamental de este Consejo es la seguridad y la justicia, motivo por el cual se le ha calificado de “monotemático”, ver TERRÁDEZ SALOM, D.: “La evolución de la política comunitaria en materia de inmigración a través de los Consejos Europeos”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 16, septiembre de 2007, Lex Nova, Valladolid, p. 73-88.

<sup>875</sup> Celebrado entre los días 21 y 22 de junio de 2002, concentrándose en la inmigración ilegal y en su combate efectivo.

<sup>876</sup> Celebrado el 19 y 20 de junio de 2003. En los que se plantearon objetivos específicos en materia de inmigración y asilo.

<sup>877</sup> Celebrado el 21 y 22 de junio de 2007. En este Consejo se redefine la óptica de la inmigración pues se aborda desde un enfoque “global”, que va a permitir a la Comisión desarrollar normas conjuntas complementarias en determinadas materias claves como el mercado de trabajo y medidas de integración en la sociedad de acogida.

En el TFUE se desarrolla el tema de la política común en materia de inmigración (arts.67-80) pues, tal y como queda dispuesto en el artículo 79.1, “La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas”.

En este contexto, la llamada política común de inmigración se ha ido desarrollando a partir de Reglamentos y Directivas y se enmarca dentro del espacio de seguridad, libertad y justicia<sup>878</sup>. Así mismo, dentro de la política de libre circulación de personas, asilo e inmigración, se justifica que en pro de la eliminación de barreras para los ciudadanos de la UE sea necesario reforzar la gestión de las fronteras externas y la regularización de la entrada y residencia de personas de países extracomunitarios.

El propósito de la Política Común de inmigración busca “proporcionar un marco flexible que tenga en cuenta las situaciones particulares de los países de la Unión Europea (UE) y se aplique de forma conjunta por los países y las instituciones de la UE”<sup>879</sup>.

Entre las principales normas, el Reglamento 568/2006 de 15 de marzo por el que se establece un Código Comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras, también el llamado Código Schengen, el Reglamento 1030/2002 (CE) de 13 de junio de 2002, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países. Reglamento 2007/2004 de 26 de octubre por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa de las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores, modificado por el Reglamento 2414/2001 de 7 de diciembre, y por el 453/2003 de 6 de marzo<sup>880</sup>.

Entre algunas de las Directivas que revisten interés en este aspecto del empleo de los trabajadores migratorios de terceros Estados, se encuentra la Directiva 2000/43/CE de 29 de junio, relativa al principio de igualdad de trato entre personas sin tener en cuenta su origen racial o étnico. En cuanto al campo de aplicación de esta directiva, debe precisarse que se aplica a los nacionales de terceros países que sean inmigrantes económicos, preferentemente si se trata de residentes permanentes o de larga duración, consagrando a

---

<sup>878</sup> En este sentido, este espacio tiene como propósito garantizar la libre circulación de personas y ofrecer un elevado nivel de protección a los ciudadanos. Engloba ámbitos políticos que van desde la gestión de las fronteras externas de la Unión Europea hasta la cooperación judicial en materia civil y penal. Incluye políticas de asilo e inmigración, cooperación policial y la lucha contra la delincuencia (terrorismo, delincuencia organizada, trata de seres humanos, droga, etc. Ver [http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/index\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/index_es.htm). Debe tenerse presente que este espacio se basa fundamentalmente en los programas de Tampere (1999-2004), la Haya (2004-2009) y Estocolmo (2010-2014).

<sup>879</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008DC0359:ES:NOT>

<sup>880</sup> Debe tenerse en cuenta también la (COM (2006) 735 final) referida a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena, y de actividades económicas por cuenta propia, las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificados, y el establecimiento de un procedimiento de solicitud única para la obtención de un permiso único que autoriza a trabajar en un territorio de un Estado miembro.

favor de estas personas la prohibición de todo tipo de discriminación, tanto directa como indirecta, fundada en motivos de origen étnico o racial, en especial en lo que se refiere en el ámbito laboral (arts. 2-5).

La Directiva 2000/78/CE establece un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o condiciones de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación. Los beneficios reconocidos en esta directiva se aplican exclusivamente a los nacionales de terceros Estados que se encuentren en situación jurídica de legalidad en uno de los Estados de la Unión.

Directiva 2003/109/CE de 25 de noviembre sobre el estatuto de nacionales de terceros países residentes de larga duración, Directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre sobre establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar a los nacionales de terceros países admitidos en el territorio de un Estado miembro, Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas y Directiva 2005/71/CE de 12 de octubre de 2005, sobre procedimiento de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica.

Vale tener en cuenta la Directiva 2009/52/CE de 18 de junio, que establece normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular. La Directiva tiene como propósito prohibir “el empleo de nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular con el fin de combatir la inmigración clandestina. A tal fin establece unas normas comunes mínimas sobre sanciones y medidas aplicables en los Estados miembros a los empleadores que no respeten dicha prohibición.” Sobre este aspecto se pronuncia la experta en temas migratorios **Terrádez Salóm**, quien afirma que las políticas de la UE en materia migratoria “(...) intenta premiar al inmigrante altamente calificado, en detrimento de la mano de obra de base”<sup>881</sup> y que esto se refleja en esta Directiva.

La lucha contra la inmigración ilegal es criticada por su misma expresión y, en este sentido, **Pajares** afirma que este objetivo “(...) es el eje central de las políticas de inmigración en la UE (...) y agrega “(...) El propio término lucha (...) denota una visión de la inmigración tendente a su criminalización (...)”<sup>882</sup>.

Una de las directivas que mayor polémica ha generado es la Directiva 2008/115/CE, de 24 de diciembre de 2008, relativa a las normas y procedimientos de comunes en los Estados miembros para el retorno de nacionales de terceros países en situación irregular. A esta

---

<sup>881</sup> TERRÁDEZ SALÓM, D.: “La inmigración irregular en el contexto normativo del Consejo de Europa”, en *Derechos Humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*, ob. Cit, p. 160.

<sup>882</sup> PAJARES, M.: “Inmigración irregular y política de fronteras de la Unión Europea”, en *Las migraciones internacionales en el mediterráneo y en la Unión Europea*, Ob. Cit. p. 134.



directiva se le ha llamado “Directiva de la Vergüenza, de la infamia”<sup>883</sup> o Directiva de la expulsión. Se han encargado de regular la expulsión de los extranjeros en situación jurídica irregular.

Aquellos elementos que al parecer podríamos afirmar, no son consecuentes con el respeto de los derechos humanos son, entre otros, la previsión normativa que gira en torno de la expulsión como ocurre con la norma que faculta a los Estados para realizar el retorno de manera forzosa en los supuestos en los que las personas no accedan al retorno voluntario dentro del tiempo previsto (Aspecto que será abordado con mayor profundidad al estudiar la expulsión de los extranjeros).

En contraste con estas directivas, se cuenta con la Directiva 2009/50/CE de 18 de junio, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, la cual promueve la entrada y la contratación de trabajadores con calificaciones profesionales, lo que nos permite inferir que la lucha en contra de la inmigración ilegal es una estrategia para repeler aquella inmigración que no es deseada y que obedece a bajos criterios de cualificación laboral y que, por el contrario, se trata de atraer aquella que ofrezca verdaderos beneficios en términos de desarrollo al Estado de empleo, privilegiando la inmigración altamente calificada. Este enfoque parecería que deja de lado a la persona, a la luz de los derechos humanos y del principio de igualdad y no discriminación, y se inclina por enfocar los objetivos de las políticas migratorias a partir de intereses netamente económicos.

La Directiva 2011/98/UE, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y, además, establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en el territorio de un Estado miembro. Esta Directiva tiene como propósito “(...) garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de sus Estados miembros y de una política de integración más firme encaminada a concederles derechos y obligaciones comparables a los ciudadanos de la Unión” (§2) y (art.1.1.a). De esta forma, el título combinado de permiso de residencia y de trabajo contribuye a “(...) simplificar y armonizar las normas actualmente aplicables en los Estados miembros” (§3).

Es importante tener en consideración que la expedición de este permiso único no implica que el Estado pierda las competencias para definir el número de trabajadores pertenecientes a terceros Estados que pueden admitir y así lo manifiesta la Directiva (§6). Esta norma no se aplicará a quienes están cobijados por la Directiva de residentes de larga duración<sup>884</sup>, así como los trabajadores temporeros. De esta Directiva debemos mencionar que prevé la necesidad de que “Los Estados miembros deben garantizar al menos el mismo trato a los nacionales de terceros países que tengan un empleo o aquellos que tras un periodo mínimo de empleo pasen a estar inscritos como desempleados” (§25) (art.1.b). En la Directiva se

---

<sup>883</sup> CHUECA SANCHO, A.: *Ibidem*, p. 138, TERRADEZ SALOM, D.: “La inmigración irregular en el contexto normativo del Consejo de Europa”, en *Derechos Humanos, Inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*, Ob. Cit, p. 166.

<sup>884</sup> Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre de 2003.

consagra de manera concreta “(...) la igualdad de trato con los trabajadores nacionales de los Estados miembro en el que residan legalmente (...)” (art.12) en lo que se refiere a varios aspectos derivados a la relación laboral<sup>885</sup>.

Sobre el desarrollo normativo referenciado en el seno de la Unión Europea se puede evidenciar que la prioridad es la defensa de las fronteras exteriores y el control y la lucha contra la inmigración ilegal, razón por la cual la mayor parte de los beneficios contemplados en las directivas y los derechos reconocidos a los trabajadores migratorios se dirigen a aquellos que se encuentran en situación jurídica de legalidad, como queda en evidencia en la Directiva 2011/98/UE<sup>886</sup>, quedando muchas veces al margen de esta protección aquellos en situación jurídica de irregularidad. Por esta razón, el profesor **Chueca Sancho** sostiene que en la actualidad se está “(...) ante la Europa Fortaleza una ciudadela europea reforzada con muros cada vez más inexpugnables, generalmente de tipo jurídico: una UE preocupada en primer lugar por cuestiones securitarias no por los Derechos Humanos, por eso es posible hablar de una progresiva y muy preocupante incompatibilidad entre el derecho migratorio europeo y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”<sup>887</sup>.

Sobre el particular, **Bendel** sostiene que “(...) las políticas europeas (...) tienden a concentrarse excesivamente en el uso de instrumentos de control y restricción de la migración, en el combate contra la inmigración irregular y la política de expulsión y repatriación”<sup>888</sup>.

Las anteriores afirmaciones permiten poder considerar la necesidad de un progresivo reconocimiento de los derechos humanos de los trabajadores extranjeros de terceros países en el contexto de la Unión Europea, una Organización Internacional que venció el clásico concepto de nacionalidad, que abrió las puertas de sus Estados y sus políticas se hicieron inclusivas frente a sus vecinos, que hasta determinado momento también fueron extranjeros de países europeos. Este proceso enseña que ciertos conceptos inamovibles pueden ser repensados y redefinidos, en aras de un proceso de integración con un carácter netamente económico. Sería interesante y valioso reflexionar sobre esta apertura a favor de los derechos de todas las personas, no solo restringido a un exclusivo grupo de ellas y hacerlo extensivo a favor de los derechos humanos, entendido como el presupuesto connatural de

---

<sup>885</sup> Condiciones laborales, incluso en materia de salario y despido, así como en materia de salud y seguridad en el trabajo (art.12.1.a), libertad de asociación y de afiliación y participación en una organización de trabajadores o empresarios o cualquier organización profesional (...) (art.12.1.b), educación y formación profesional (art.12.1.c), reconocimiento de diplomas y certificados y otros títulos profesionales (...) (art.12.1.d), entre otros aspectos.

<sup>886</sup> Sobre este punto conviene tener en cuenta que la Directiva 2011/98 /UE, establece que aquellos trabajadores pertenecientes a terceros Estados y que se encuentren en situación jurídica de regularidad deberán “(...) gozar de igualdad de trato en lo que respecta a la seguridad social (§24).

<sup>887</sup> CHUECA SANCHO, A.: Un derecho migratorio europeo cada día más incompatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Derechos Humanos, Inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*, Ob. Cit, p. 156.

<sup>888</sup> BENDEL, P.: ¿Blindando la fortaleza europea? Intereses, valores y cambios jurídicos en la política migratoria de la Unión Europea”, en *Migración y Desarrollo*, Primer semestre, No. 004, Red Internacional de Migración y Desarrollo, Latinoamericanistas, Redalyc, UNAM, Zacatecas, 2005, p. 57, disponible en <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/660/66000404.pdf>

las democracias actuales y que se constituye como deseo universal plasmado en todos los instrumentos internacionales que propenden por su protección.

### 2.3. Sistema regional interamericano.

En el Sistema interamericano de protección a los Derechos Humanos también se encuentra la consagración del derecho al trabajo. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre<sup>889</sup> (en adelante la DADH) reconoce el derecho al trabajo y a una justa retribución (art. XIV), al descanso y su aprovechamiento (art. XV). En razón a esta consagración, el profesor **Salvioli** sostiene que en dicho instrumento “se da una sensación instrumental de interdependencia e indivisibilidad”<sup>890</sup>.

La Convención Americana de Derechos Humanos se limitó a reconocer solamente un artículo en este sentido, en el cual se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales, sin entrar a enunciar ninguno de ellos, prescribiendo que “los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional” (art. 26) para desarrollarlos de manera progresiva.

En razón a esto, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>891</sup>, llamado también Protocolo de San Salvador, según lo sostenido por el profesor **Cançado Trindade**, se encarga de “llenar la laguna histórica existente hasta ahora en el seno del Sistema Interamericano de protección (...) en lo concerniente a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales”<sup>892</sup>.

El Protocolo de San Salvador reconoce el derecho al trabajo en términos similares a los del PIDESC. Preceptúa: “Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo” (art.6).

La anterior norma pone de manifiesto la importancia del trabajo y su relación con la vida digna y decorosa. De otra parte, uno de los elementos que debe resaltarse de esta

---

<sup>889</sup> Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

<sup>890</sup> SAVIOLI, F.: “La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 39, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos IIDH, 2004, p. 106.

<sup>891</sup> Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimotercero período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos.

<sup>892</sup> CANÇADO TRINDADE, A.A.: “La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales en el final del siglo XXI”, en *El Derecho Internacional en un mundo en transformación en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, (M. Rama Montaldo. Dir.), Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1994, p. 356.

consagración, es el enfoque diferencial de las medidas que deben ser adoptadas por los Estados a favor de grupos vulnerables, tales como la población con discapacidad y las mujeres.

Por su parte, en el artículo 7 establece las condiciones de trabajo, las cuales deberán ser “justas, equitativas y satisfactorias”. Dichas condiciones se aproximan a las reconocidas en el PIDESC y en otros instrumentos ya estudiados, sin embargo, el alcance de esta norma es mayor pues además de la remuneración equitativa y sin distinción (art.7.a), establece “el derecho del trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor corresponda a sus expectativas, y a cambiar de empleo” (art.7.b).

La garantía del derecho al trabajo en estos términos reconoce que el trabajador tiene un proyecto de vida que se construye a partir de sus preferencias profesionales y que puede materializarse a través del desarrollo de una actividad lucrativa. Adicionalmente, la posibilidad de separarse del empleo con el propósito de cambiar de trabajo completa la garantía del desarrollo voluntario y libre que debe caracterizar al mismo. Conviene recordar en este punto que el Comité Europeo de Derechos Sociales señala como trabajo forzoso “toda coacción ejercida sobre el trabajador para que éste continúe ejecutando un trabajo al que se habría comprometido libremente con anterioridad, pero que ya no desea continuar ejecutando”<sup>893</sup>. Pese a que esta interpretación doctrinal pertenece al sistema europeo y no al interamericano, no sobra tenerlo en consideración para resaltar la importancia de la disposición del Protocolo de San Salvador.

Otro de los elementos que merece ser resaltado es la garantía de “la estabilidad de los trabajadores en sus empleos (...)” (art.7.d) en razón a que permite que la persona del trabajador pueda proyectar el mejoramiento de su vida a mediano y a largo plazo y fijarse metas que eleven su nivel de vida. En esta norma también se reconoce el derecho a ser promovido (art.7.c), la seguridad e higiene en el trabajo (art.7.d), la prohibición del trabajo nocturno o en labores insalubres (art.7.f), la limitación razonable de las horas de trabajo (art.7.g), el descanso, el tiempo libre y el derecho a las vacaciones (art.7.h).

En el protocolo de San Salvador se reconocen también derechos sindicales (art.8), tomando así la dimensión colectiva que caracterizan a los demás instrumentos internacionales que se han estudiado.

En lo que respecta a la jurisprudencia que ha efectuado algunas precisiones sobre el derecho al trabajo en el contexto interamericano, conviene mencionar el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) de la *Tribu Ache vs. Paraguay*<sup>894</sup> en el que da aplicación a las normas consagradas en la DADH sobre el derecho al trabajo (art. XIV y XV) y entra a estudiar la denuncia sobre la persecución de una tribu *Aché* la cual es sometida, entre otras violaciones a los derechos humanos, a condiciones de trabajo inhumanas (pár. 1). Se estudian las violaciones a los derechos de las personas pertenecientes a esta tribu a la luz de la DADH, en razón a que a la fecha la CADH aún no había entrado en vigor y tampoco se contaba con la existencia del Protocolo

---

<sup>893</sup> Comité Europeo de Derechos Sociales, *Reclamación No. 7/2000*, pár. 17

<sup>894</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Caso 1802, de 27 de mayo de 1977.

de San Salvador, práctica jurídica que se mantiene para los casos en los que los Estados no son parte en la CADH, siempre y cuando hagan parte de la Carta de la Organización de Estados Americanos-OEA, según quedó puesto de manifiesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), según la Opinión Consultiva No. 10 de 1989<sup>895</sup>.

Pese a que en el anterior asunto no se realizaron profundas y concretas consideraciones sobre el alcance o el contenido del derecho al trabajo, si reviste relevancia pues en el contexto interamericano no es frecuente que los derechos contenidos en el Protocolo de San Salvador sean conocidos por parte de la Corte IDH, pues en muchos casos este examen normativo e interpretativo se ha circunscrito a dar aplicación al artículo 26 de la CADH. Incluso, la propia CIDH en alguna oportunidad manifestó una postura negativa respecto de la posibilidad de que los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en el Protocolo de San Salvador tuvieran un mecanismo eficaz de protección como si ocurre con los consagrados en la CADH<sup>896</sup>. De otra parte, la interpretación dada por la CIDH bien puede ser aplicable a los trabajadores migrantes.

No obstante lo anterior, la Comisión asume una postura a favor de la protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el asunto *Amílcar Menéndez, Juan Manuel*

---

<sup>895</sup> En la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 10 de 1989, se precisó que “Para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta. De otra parte, los artículos 1.2.b) y 20 del Estatuto de la Comisión definen, igualmente, la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, para estos Estados, la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales. (pár. 45). La CIDH en este asunto manifiesta su preocupación “(...) por la situación de los niños Aché, así como por las condiciones de trabajo a las que habían sido sometidos un número de personas pertenecientes a esa tribu” (pár. 50), y en su parte resolutive afirma que “Tales hechos configuran gravísimas violaciones (...) al derecho trabajo y a una retribución justa (art. XIV) y al derecho al descanso y a su aprovechamiento (art. XV)”(parte resolutive, pár. 2).

<sup>896</sup> La tesis planteada por la CIDH proviene de la interpretación literal del artículo 1.2.a de su estatuto. según el cual: “Para los fines del presente Estatuto, por derechos humanos se entiende: los derechos definidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los Estados partes en la misma”. Así lo puso de manifiesto en los casos acumulados 9777 y 9718 vs. Argentina de 30 de marzo de 1988, al sostener: “No es aceptable el argumento de los peticionarios de interpretar como incorporados a la Convención “todos los derechos consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre por la vía del Artículo 1o, inciso 2 del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, estén o no incorporados a aquella”, pues esto no se aviene con las normas sobre interpretación de tratados del Artículo 31, inciso 2 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), de la cual la República Argentina es Estado Parte, ya que no existe acuerdo o instrumento formulado o concertado entre los Estados Partes en la Convención Americana a los efectos de hacer valer la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) como parte integrante de la Convención o suplementaria de la misma para los Estados Partes (...)” y agrega más adelante “(...) En consecuencia se concluye que, en el derecho al trabajo no está todavía incorporado a la Convención que no incluye los derechos económicos, sociales y culturales”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso *Milton García Fajardo y otros contra Nicaragua*, Informe No. 100/01, Caso 11.381, de 11 de octubre de 2001, pár. 96.

*Caride y Otros vs. Argentina*<sup>897</sup>. No sobra tener en consideración *el caso Milton García Fajardo y otros vs Nicaragua*<sup>898</sup>.

Respecto de los casos fallados por la Corte IDH, en algunos de ellos se ha hecho referencia a la importancia del reconocimiento de las garantías laborales, sin hacer precisión sobre el derecho al trabajo en concreto. Entre ellos vale resaltar caso *Baena Ricardo vs. Panamá*<sup>899</sup>.

Por su parte, en el caso *Acevedo Jaramillo vs. Perú*<sup>900</sup>, la Corte IDH valora el supuesto incumplimiento de parte del Estado por omitir la ejecución de unas sentencias emitidas entre 1996 y 2000, en las que se ordenaba el reintegro y la indemnización a los trabajadores que habían sido despedidos por no haber concurrido a las evaluaciones convocadas por la municipalidad. Se puede referenciar también el caso de los *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*<sup>901</sup>. Si bien los casos citados no se refieren en

---

<sup>897</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 1167 de 19 de enero de 2001, que expone la situación de unos peticionarios que alegan la violación de varios artículos contenidos en la DADH, entre ellos el deber de trabajar y de aportar a la seguridad social (art. XVI). Entra a valorar estas presuntas transgresiones a los derechos bajo el argumento de que “La Comisión considera que esta circunstancia no excluye su competencia por razón de la materia, pues en virtud del artículo 29(d) de la Convención ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza. Por tanto, la Comisión examinará estos alegatos de los peticionarios sobre violaciones de la Declaración” (pár. 42).

<sup>898</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 100/01, Caso 11.381 de 11 de octubre de 2001. En este caso se estiman los cargos interpuestos por 142 trabajadores de aduanas quienes quedan desempleados; en el asunto la CIDH estima que “la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dispone que toda persona tiene derecho al trabajo, al descanso y a la seguridad social, en el sentido progresivo de los derechos” (pár. 96). La Comisión estima que en el presente caso el Estado nicaragüense, en vez de adoptar medidas de desarrollo progresivo en beneficio de los trabajadores aduaneros, buscó reducir sus derechos, ocasionándoles perjuicios graves en sus derechos económicos y sociales” (pár. 101).

<sup>899</sup> Corte IDH, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C, No. 72. en el que se causa el despido de 270 empleados públicos y se le atribuye al Estado panameño responsabilidad por haber dejado de cumplir con sus obligaciones en relación con ciertas normas de la CADH, entre ellas el derecho a las garantías judiciales (art.8), principio de legalidad y de irretroactividad (art.9), derecho a la indemnización (art.10). La Corte IDH al analizar la violación a las garantías judiciales afirma que: “No escapa a la Corte que los despidos, efectuados sin las garantías del artículo 8 de la Convención, tuvieron graves consecuencias socioeconómicas para las personas despedidas y sus familiares y dependientes, tales como la pérdida de ingresos y la disminución del patrón de vida. No cabe duda que, al aplicar una sanción con tan graves consecuencias, el Estado debió garantizar al trabajador un debido proceso con las garantías contempladas en la Convención Americana” (pár. 134).

<sup>900</sup> Corte IDH, Sentencia Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas, de 7 de febrero de 2006. El Estado alegó la insuficiencia de recursos económicos para poder reintegrar a estas personas. Sin embargo, la Corte IDH resolvió: “que las violaciones por el incumplimiento de sentencias declaradas previamente en este capítulo son particularmente graves, ya que implicaron que durante muchos años se afectaron derechos laborales amparados en las mismas. Estas afectaciones serán tenidas en cuenta por el Tribunal al pronunciarse sobre las reparaciones” (pár. 278).

<sup>901</sup> Corte IDH, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 24 de septiembre de 2006, Serie C, No. 158. En este asunto la Corte IDH estudia si hay violación de parte del Estado peruano a las garantías judiciales (art.8.1 y 25.1 de la CADH) por aparentes dificultades en el derecho al acceso a la justicia sobre unos recursos interpuestos por los 257 trabajadores cesados del Congreso Nacional que fueron despedidos de esta institución. Adicionalmente, las vías internas y los recursos no ofrecían claridad a los afectados (sobre en que vía recurrir, vía administrativa, Contencioso administrativa o recurso de amparo).

estricto sentido a trabajadores migrantes, la interpretación de la Corte IDH puede ser aplicable a los mismos, dada su condición de personas.

Quizás en lo que se refiere específicamente a los derechos de los trabajadores migrantes la jurisprudencia consultiva de la Corte IDH ofrece la perspectiva más amplia a través de la ya reiterada Opinión Consultiva No. 18 de 2003<sup>902</sup>. En ella se efectúan reiteradas referencias al derecho al trabajo y la Corte IDH sobre dicha garantía sostiene que: “El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social”(pár.133). Agrega, además, que “el trabajo debe ser una forma de realización y una oportunidad para que el trabajador desarrolle sus aptitudes, habilidades y potencialidades, y logre sus aspiraciones, en aras de alcanzar su desarrollo integral como ser humano”(pár.158).

La interpretación dada por la Corte IDH en este último párrafo transcrito permite inferir que este ideal se deriva precisamente de lo contenido en el Protocolo de San Salvador, respecto de las condiciones satisfactorias en el trabajo al precisar “el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas” (art.7b.).

Adicionalmente, la Corte IDH hace notar que independientemente de la situación administrativa de un trabajador migratorio en el Estado de empleo, éste cuenta con una serie de derechos laborales surgidos a partir del inicio mismo de la relación laboral. De forma precisa, “Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna”(pár.158).

Si bien la Corte IDH es enfática con los Estados sobre la necesidad de que le sean respetados los derechos derivados de la relación laboral a los trabajadores migratorios (aspecto que será estudiado en el capítulo que versará sobre este tema), también aclara si existe o no obligación para los Estados de destino de garantizar el derecho al trabajo, es decir, fomentar el empleo a los trabajadores indocumentados. Sobre dicho punto la postura ya no es tan amplia y en su lugar considera que: “Es importante precisar que el Estado y los particulares en un Estado, no están obligados a brindar trabajo a los migrantes indocumentados” (pár.135), por el contrario, es claro que están facultados para negarlo, sin

---

La Corte IDH en el caso determina que en efecto hubo violación a los derechos invocados y, adicionalmente, aborda el estudio de la obligación de desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales prevista en el artículo 26 de la CADH, que en este caso compromete derechos laborales de los afectados. Sobre dicho aspecto es de vital importancia referirse primero a los alegatos de la CIDH según los cuales: “el hecho de que la Administración Estatal no haya reincorporado en sus puestos de trabajo a los trabajadores cesados constituye una grave violación a sus derechos laborales y previsionales, reconocidos en diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos; este caso constituye una muestra de la actitud reiterada del Estado de incumplir con sus obligaciones internacionales de protección de derechos humanos fundamentales, como son el derecho al trabajo y a la seguridad social, por lo que existe una práctica sistemática de violación de los derechos económicos, sociales y culturales en el Perú” (pár. 134).

<sup>902</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva 18/03, del 17 de septiembre de 2003, Serie A, No. 18.

que esto implique transgresión a las normas de protección de derechos humanos. Dicha postura es básicamente la asumida por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (en la Recomendación General No. XXX) en el ámbito universal, tal y como fue señalado, y por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y culturales (en su Observación General No. 20). De otra parte, no sobra recordar que en lo que atañe al sistema de protección europeo, como fue puesto de presente, en gran número de sus normas se parte de la base de que los trabajadores migratorios se encuentren autorizados para trabajar o residir, razón por la cual es claro que a ningún Estado de destino se le podrá obligar a recibir y mucho menos emplear a aquellos trabajadores que han entrado a su territorio sin observar el cumplimiento de las normas que en el derecho interno se exigen.

### **3. Trabajo decente de los inmigrantes.**

Para la OIT, la noción de trabajo decente en los diferentes idiomas (en especial en inglés) atiende a “*un trabajo de buena calidad, en cantidad suficiente*”, esto si se hace una aproximación a su definición desde un punto puramente gramatical. El Director General de la Conferencia Internacional del Trabajo en 1999 precisa que debe entenderse por trabajo decente “el trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son protegidos, y que cuenta con remuneración adecuada y protección social”<sup>903</sup>. Dicha noción tiene estrecha relación con las obligaciones que los Estados asumen frente a la garantía del derecho al trabajo, toda vez que las mismas resultan ser coincidentes con los elementos que hacen parte de la definición construida de trabajo decente.

El concepto de “*trabajo decente*” según la OIT, cuenta con un valor agregado que lo diferencia de lo que sería un trabajo de calidad puro y simple. Se trata de que dicho trabajo no solamente se da en condiciones aceptables, sino que se encuentra adecuadamente remunerado; no sólo se desarrolla en condiciones materiales aceptables, sino que bajo esta dimensión las reglas del juego deben ser claras, justas y adecuadamente reguladas, que otorgue protección, no sólo en caso de despido o de enfermedad, sino incluso para la jubilación o la vacancia. La diferencia conceptual entre trabajo decente y trabajo de calidad radica en que el uno es componente del otro, esto es, que dentro de la noción de trabajo decente naturalmente se incluye la calidad en el mismo, pero con elementos adicionales que superan el marco estrictamente económico y que se vinculan los aspectos normativos, de seguridad en el trabajo y de participación de los trabajadores<sup>904</sup>.

Por otra parte, según nuestra opinión, esta noción exige que para la puesta en práctica del modelo sea necesaria la integración y coherencia entre la política socio laboral y la política económica, no sólo de un Estado en las relaciones que deben darse entre las instituciones y el desarrollo del mismo, sino del pleno de la comunidad internacional<sup>905</sup>.

---

<sup>903</sup> La noción de trabajo decente se da a conocer por primera vez con estas palabras en la memoria del Director General de la OIT, Don Juan Somavía en la 87 ° reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en 1999. Disponible en <http://www.ilo.org/public/spanish>

<sup>904</sup> *Ibidem*

<sup>905</sup> Sobre este punto conviene tener presente el planteamiento de Amartya Sen, de acuerdo con el cual el desarrollo es la expansión de las libertades fundadas en la eliminación de todas las “antilibertades” que no son



El trabajo decente supone que unos y otras (entendiendo por esta expresión los hombres y las mujeres) tengan oportunidades para realizar una actividad productiva que aporte un ingreso justo, seguridad en el lugar de trabajo y protección social para los trabajadores y sus familias, que ofrezca mejores perspectivas de desarrollo personal y favorezca la integración social, que dé libertad a las personas para expresar libremente su pensamiento, organizarse y participar en las decisiones que inciden en su vida y que garantice la igualdad de oportunidades y de trato para todos<sup>906</sup>.

Conforme a lo anterior, la noción de trabajo decente permite inferir que no sólo abarca espacios individuales en los que el trabajo puede brindar un verdadero bienestar a la persona, sino que incluye las esferas familiar y social, ello atendiendo al mismo concepto de trabajo que se promulga por la OIT, la cual estima que este es un elemento de cohesión social y de conformación de comunidad. No obstante lo anterior, la noción de trabajo decente se pone en práctica a través de la puesta en marcha de una metodología que busca la realización de los objetivos del empleo pleno y productivo<sup>907</sup>. Debe resaltarse que los elementos incluidos dentro de la definición de trabajo decente se encuentran reconocidos en la mayoría de los instrumentos internacionales que consagran el derecho al trabajo, pues tal y como se señaló, la dimensión individual y colectiva de derecho al trabajo se concibe desde la propia DUDH, se concreta en el PIDESC, e incluso el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se refiere a este tema, tal y como se puso de manifiesto en el acápite anterior.

De otra parte, es claro también que dentro del alcance que quiere darse a la definición, se incluyen otra serie de derechos derivados del trabajo y es fácil identificar un grupo de derechos prestacionales que surgen del vínculo laboral propiamente dicho ( sobre los cuales nos referiremos en los capítulos siguientes), pero también se desvelan derechos que si bien no provienen de misma relación laboral existente entre trabajador y empleador, surgen del beneficio que se reporta de poder ejercer libremente una actividad en condiciones de dignidad, lo cual redundaría en la adquisición, o mejor, en el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales, como lo son la vivienda, la educación, el vestido, entre otros.

La OIT con el concepto de trabajo decente, busca que se tenga una formulación de carácter universal, no obstante ello, en la práctica y a la hora de la adopción de dichas políticas no puede olvidarse que la noción es una meta evolutiva, que varía en función de las distintas etapas de desarrollo y de las realidades nacionales<sup>908</sup>.

Es necesario tener presente que la OIT, pese a que sostiene que el derecho al trabajo es esencial para el mantenimiento de la vida digna de los trabajadores, no desconoce que se

---

otra cosa que la pobreza y la negación de los derechos. Así lo expresa en su texto *Desarrollo y Libertad*, Planeta, Madrid, 2004.

<sup>906</sup> Organización Internacional del Trabajo, “Guía práctica para la incorporación sistemática del empleo y el trabajo decente”, Suiza, 2007, p. iii, disponible <http://www.ilo.org>.

<sup>907</sup> *Ibidem*, p. II

<sup>908</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Guía práctica para la incorporación sistemática del empleo y el trabajo decente”, Ob. Cit. p. iii.

trata de un derecho económico, social y cultural, con las dificultades propias de ejecución que esta categoría supone.

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General No. 18, es consciente de las dificultades que presenta para los Estados la garantía del derecho al trabajo y ha afirmado que: “(...) reconoce la existencia de obstáculos estructurales y de otra naturaleza resultantes de factores internacionales y otros factores ajenos a la voluntad de los Estados que obstaculizan la plena aplicación” (pár.4).

La Organización Internacional del Trabajo comprende la dificultad que para muchos Estados representa la efectiva garantía del derecho al trabajo y precisa que existen unos límites, que pueden ser entendidos como estándares “mínimos”, sobre los cuales no es posible entrar a transigir<sup>909</sup>, pese a las particularidades de cada Estado a la hora de implementar el trabajo decente como una política y una práctica de regular y de forzosa aplicación. De acuerdo con esto, consideramos que la aplicación de los términos del trabajo decente deben reconocerse una vez exista una relación laboral constituida, es decir, medie un contrato laboral (verbal o escrito).

De esta manera, la OIT señala que bajo la concepción de trabajo decente se pueden identificar los siguientes elementos: 1. El trabajo definido en estos términos debe ser productivo, 2. Con protección de derechos, 3. Con ingresos adecuados, 4. Con condiciones de protección social y diálogo social<sup>910</sup>.

Estos elementos pueden evidenciarse en el PIDESC (arts.6 y 7) que se refiere a las condiciones de trabajo y han sido interpretadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General No. 18 el cual a grandes rasgos ha puesto de presente que “*trabajo digno*: es el trabajo que respeta los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de seguridad laboral y remuneración. También ofrece una renta que permite a los trabajadores vivir y asegurar la vida de sus familias, como se subraya en el artículo 7 del Pacto. Estos derechos fundamentales también incluyen el respeto a la integridad física y mental del trabajador en el ejercicio de su empleo” (pár.7).

Tomando en consideración los lineamientos demarcados por la OIT, antes expuestos, puede pensarse que en relación con uno de los objetivos claves de desarrollo de la política de trabajo decente para los Estados, aplicable al caso de las migraciones laborales, es el encaminado a la estructuración de la población considerada en situación de vulnerabilidad, toda vez que este sector poblacional se considera como población bajo estas circunstancias.

Así lo dispone la propia CTMF al reconocer “la situación de vulnerabilidad en que con frecuencia se encuentran los trabajadores migratorios y sus familiares debido, entre otras cosas, a su ausencia del Estado de origen y a las dificultades con las que tropiezan en razón de su presencia en el Estado de empleo” (preámbulo, pár. 9). Algo similar es sostenido por el Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en los Derechos Humanos de los

---

<sup>909</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Guía práctica para la incorporación sistemática del empleo y el trabajo decente”, Ob. Cit. p. iv

<sup>910</sup> *Ibidem*

Migrantes, al considerar que “(...) las personas migrantes, dadas sus particulares características, son un grupo especialmente vulnerable. De hecho se sostiene que este grupo padece de una condición de vulnerabilidad estructural<sup>911</sup>.

El Relator Especial para los derechos humanos de los migrantes evidencia también en numerosos de sus informes la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los trabajadores migrantes<sup>912</sup> y ha sostenido que “es necesario enfatizar la vulnerabilidad como característica que rodea a la migración<sup>913</sup>.

Por su parte, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares en la Observación General No. 1, también ha puesto de manifiesto su preocupación por la situación de vulnerabilidad de los trabajadores migratorios, en este caso en particular, de los trabajadores domésticos. En este sentido ha expresado: “Su vulnerabilidad deriva principalmente de su situación de aislamiento y dependencia, que puede caracterizarse por los elementos siguientes: el aislamiento que representa la vida en un país extranjero, en el que a menudo se habla un idioma distinto, lejos de la familia; la falta de sistemas de apoyo básico y el desconocimiento de la cultura y la legislación nacional en materia de trabajo y migración; y la dependencia del migrante respecto del empleo y del empleador a causa de las deudas”(pár.7).

En el sistema europeo también se ha hecho referencia a la vulnerabilidad de ciertas personas como los inmigrantes y, en ese sentido, es ilustrativo el antes referido *caso*

---

<sup>911</sup> *Informe del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en los Derechos Humanos de los Migrantes*, Doc. E/CN.4/AC.4.6/1998/5, par. 28 y también *Informe del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en los Derechos Humanos de los Migrantes*, Doc. E/CN.4/2000/82, par. 13.

<sup>912</sup> *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, Doc. E/CN.4/2000/82, 6 de enero de 2000, párs. 78 y 80, *Informe presentado por la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, E/CN.4/2001/83, 9 de enero de 2000, párs. 53, 55. *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, Doc. E/CN.4/2003/85/Add.4, 1º de noviembre de 2002, párs. 43, 44, 55, *Informe presentado por la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, Doc. E/CN.4/2004/76, 12 de enero de 2004, párs. 6, 7, 51, 55, 70, *Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes*, Sr. Jorge Bustamante, Doc. A/HRC/4/24/Add.2, 14 de marzo de 2007, pár.4, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante, Doc. A/62/218, 10 de agosto de 2007, párs. 10, 69, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante, Doc. A/HRC/7/12, 25 de febrero de 2008, pár.7, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante, Doc. A/HRC/11/7/Add.3, 18 de marzo de 2009, pár. 39, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante, Doc. A/HRC/14/30/Add.3, 16 de marzo de 2010, pár.74 f, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante, Doc. A/HRC/17/33, de 21 de marzo de 2011, pár. 19, 25, 29, 31.

<sup>913</sup> Según la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, la vulnerabilidad no ha de verse como debilidad, sino como el hecho de que los migrantes, por las circunstancias especiales que rodean a la migración actual, están expuestos a la trata o al tráfico y pueden caer en manos de bandas organizadas que se aprovechan de su necesidad de encontrar trabajo para subsistir, todo ello directamente relacionado con la falta de documentos que regularicen su situación. Esta carencia les hace extremadamente vulnerables a caer en redes de tráfico y de actividades clandestinas con fines, entre otros, de trabajos sexuales o degradantes o trabajos domésticos esclavizantes”. *Informe presentado por la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, de 9 de enero de 2000, pár. 55.

*Siliadin c. Francia*, en el cual el TEDH reconoce refiriéndose a la afectada que se trataba de una “(...) menor de edad (...)” (pár.126), como ya fue puesto de manifiesto anteriormente.

En el contexto interamericano también se han hecho referencias a la vulnerabilidad de los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias; en la ya citada Opinión Consultiva No. 18 de 2003 de la Corte IDH se puso de manifiesto: “Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado” (pár.112).

En lo que se refiere al derecho al trabajo, aparentemente no existe una restricción, pues la redacción de todos los instrumentos internacionales que lo consagran lo atribuyen a toda persona (tal y como se estudió en el acápite anterior). Pese a ello, en la práctica los Estados de empleo tienen la facultad exclusiva de definir si lo hacen extensivo a los extranjeros, pues no están obligados a ofrecerlo, más aún si los extranjeros se encuentran en situación jurídica de ilegalidad.

En la interpretación del Comité se diferencian los dos momentos antes referidos, es decir, la mera expectativa que pueden tener los extranjeros de que se les asigne empleo en un país que no es el de su nacionalidad, lo cual no es un deber para ningún Estado, y el reconocimiento de condiciones dignas y equivalentes a las de los nacionales una vez ya estén desarrollando una actividad laboral. Este mismo enfoque lo evidencia la CTMF al establecer derechos para todos los trabajadores migratorios, independientemente de su situación jurídica (Parte III), y los derechos de aquellos que son trabajadores con situación administrativa de legalidad (Parte IV).

El TEDH, en el fallo *Gaygusuz c. Austria* (antes referido) otorga protección a un extranjero<sup>914</sup> en las mismas condiciones que un nacional con respecto a una prestación social que se deriva del trabajo, consistente en un anticipo de su pensión como ayuda de emergencia. Estima el TEDH, en rasgos generales, que dado que “(...) el Sr. Gaygusuz fue residente legal en Austria y trabajó allí durante varios períodos y efectuó el pago de las contribuciones al fondo de desempleo de la misma manera y en la misma base que nacionales de Austria. (...)” (pár.46), fundamentando sus argumentos en la prohibición de discriminación, se concluye que “(...) la diferencia de trato entre los austríacos y los extranjeros con respecto a la concesión de ayuda de emergencia, que ha sufrido Gaygusuz, no basada en ninguna justificación objetiva y razonable” (pár.50). Dados los hechos del caso, queda claro que la interpretación del TEDH es aplicable a los trabajadores migrantes.

---

<sup>914</sup> Se trata de un nacional turco, que trabaja de manera regular en el Estado austriaco desde hace varios años y solicita un anticipo de su pensión como ayuda de emergencia. La ley austriaca otorga este beneficio a los nacionales austríacos y, según lo probado en el caso el TEDH, llega a la conclusión de que es negada únicamente por la nacionalidad del señor Gaygusuz. Otro caso en los que el TEDH da protección a los extranjeros en las prestaciones derivadas de sus derechos laborales, es el asunto *Koua Poirrez c. Francia*, también referido en el capítulo III de esta tesis.

Adicionalmente, vale recordar que las consideraciones de la Corte IDH plasmados en la Opinión Consultiva No. 18 de 2003, también se decanta por este camino y promueve la igualdad de trato de los trabajadores migratorios una vez incorporados al mercado laboral en el país de empleo (pár. 111, s. s).

## Capítulo V.

### LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRANTES Y SUS FAMILIAS

#### 1. Cuestiones preliminares: Adquisición y cese de la condición de Trabajador migrante.

Para analizar los derechos de los trabajadores migrantes es necesario tener presente qué se entiende por trabajador migrante. En el capítulo primero se estudió el concepto de trabajador migrante y su evolución en los diferentes instrumentos internacionales que han regulado el tema, incluyendo los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) No. 21 de 1926<sup>915</sup>, 66 de 1939<sup>916</sup>, 97 de 1949<sup>917</sup> y 143 de 1975<sup>918</sup>, así como la Recomendación No. 86 de esta misma organización.<sup>919</sup>

En este capítulo se estudiarán los derechos de todos los trabajadores migrantes, es decir no sólo aquellos que se atribuyen a las personas que encuentran en situación jurídica de regularidad, sino que se reconocen también a quienes se encuentran en situación jurídica de irregularidad, toda vez que la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares<sup>920</sup> (en adelante CTMF) cuenta con un grupo común de derechos aplicables a estas dos categorías de trabajadores.

De acuerdo con la CTMF, es trabajador migratorio “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional” (art. 2.1). Si nos atenemos a lo dispuesto por la literalidad de la CTMF, la condición de trabajador migratorio se adquiriría por el sólo hecho de ser una persona extranjera, que entra a otro Estado que no es el de su nacionalidad en busca de trabajo, o que ya tiene un contrato acordado previo al viaje, o que en el pasado realizó una actividad en un país que no es el de su origen.

En este punto recordamos lo sostenido por **Kariyawasam**, quien sostiene que: “(...) una persona es considerada como trabajador migratorio desde el mismo momento en que tiene un contrato o una relación similar con un empleador en el país de destino, haya partido o no

---

<sup>915</sup>Relativo a la simplificación de la inspección de los emigrantes a bordo de los buques (1926) adoptado el 5 de junio de 1926, en la sesión 8° de la Conferencia General Internacional del Trabajo, entrada en vigor el 29 de diciembre de 1927.

<sup>916</sup>Relativo al reclutamiento, colocación y condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes, adoptado en Ginebra el 28 de junio de 1939, este Convenio nunca entró en vigor.

<sup>917</sup>Relativo a los trabajadores migrantes, adoptado el 1° de julio de 1949, entrada en vigor el 22 de enero de 1952.

<sup>918</sup>Sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes, adoptado el 24 de junio de 1975, entrada en vigor 9 de diciembre de 1978.

<sup>919</sup>Sobre trabajadores migrantes, (revisada), adoptada el 1 de julio de 1949.

<sup>920</sup> Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, en vigor el 1 de julio de 2003

de su propio país.”<sup>921</sup> Lo anterior, por cuanto la persona pudo haber permanecido en tránsito en otro Estado, o pudo haber cambiado de país para la ejecución del trabajo. De otro lado, como hemos sostenido es pertinente tener presente que si bien la expresión Estado de empleo es sinónima a Estado de destino, en este momento es más adecuado referirse a Estado de empleo por cuanto la persona ya se encuentra realizando una actividad laboral, pretende realizarla, o la ha realizado.

Según lo sostenido por **Nafziger y Bartel** el contenido del artículo 2.1 de la CTMF “tiene una redacción ambigua (...) pues el lenguaje abierto de actividad remunerada sugiere la referencia de una situación pasada (haya realizado), que una vez que una persona ha participado en la actividad remunerada en algún momento, él o ella es siempre un trabajador migrante.”<sup>922</sup>

A pesar de lo sostenido por los mencionados autores, consideramos que si bien la definición podría ser calificada como ambigua no resulta ser inconveniente sino todo lo contrario, pues el alcance de esta norma lo que pareciere buscar es la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares incluso después de terminada su relación laboral, situación que les permite poder acceder a la justicia en caso de ser necesario para hacer reclamación de sus derechos.

Sobre este punto en particular, puede tenerse presente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), en la Opinión Consultiva No. 18 de 2003 retomando lo dispuesto por la CTMF precisa: “Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición”<sup>923</sup>. A este respecto, **Laly-Chevalier, Da Poian, y Tigroudja**, sostienen que “(...) la Corte Interamericana quiso expresar que una vez una persona ejerza una actividad lucrativa puede ser calificada de inmediato como trabajador”.<sup>924</sup> Lo anterior nos permite inferir que estos autores plantean una postura distinta a lo sostenido por **Nafziger y Bartel**, y se inclinan por la protección de la persona del trabajador inspirándose en el principio *pro homine*.

Por su parte, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en la Observación General No. 1 reitera esta postura y sostiene al referirse a la definición de trabajador migratorio (art.2.1) que: “En consecuencia, la Convención dispensa expresamente protección a los trabajadores migratorios y sus familiares no solo cuando estén trabajando efectivamente sino durante todo el proceso de migración de los trabajadores migratorios y sus familiares, que comprende la preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el período de estancia y de ejercicio de una

---

<sup>921</sup> KARIYAWASAM, P.: “La Convención de Naciones Unidas sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares” en *Un mundo sin desarraigo: el derecho internacional de las migraciones*, Ob. Cit. 19

<sup>922</sup> NAFZIGER, J, y BARTEL, B.: “The Migrant Workers Convention: its a place in Human Rights Law”, en *International Migration Review*, Vol. 25, No.4, New York, p. 786.

<sup>923</sup> Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 133.

<sup>924</sup> LALY-CHEVALIER, C, DA POÍAN, F, y TIGROUDJA, H.: “Chronique de la Jurisprudence de la Court Interamericaine de Droits de l’ Homme (2002, 2004)” en *Revue Trimestrielle des droits de l’homme*, No. 61, janvier, Bruxelles, 2005, p. 468

actividad remunerada en el Estado de empleo, así como el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual”<sup>925</sup>, por lo que la protección de situaciones pasadas según nuestra opinión, resulta ser un avance y un elemento de desarrollo progresivo de protección a favor de los trabajadores migrantes y de los miembros de sus familias.

Conforme lo anterior, para nosotros es claro que un extranjero adquiere dicha condición según los términos de la CTMF al momento de ingresar a un Estado con la intención de trabajar, haber ingresado con una opción laboral definida o haber permanecido en un Estado desarrollando una actividad lucrativa.

Tal y como fue puesto de manifiesto anteriormente uno de los aspectos en los que se observa el desarrollo progresivo de la CTMF con respecto a los Convenios de la OIT en especial el 97 y el 143 es en el campo de aplicación del tratado, lo que redundará necesariamente en qué se debe entender por trabajador migratorio, desde cuándo y hasta cuándo. Sobre ello, **Nafziger** y **Bartel** sostienen al referirse a la Convención que “(...) revela una presunción subyacente de que una norma de orden nacional es insuficiente para proteger a los trabajadores migrantes en suelo extranjero. Lo que justifica que uno de los principales objetivos de la acción internacional para mejorar la situación de los trabajadores migrantes y sus familias es asegurar que los inmigrantes se les conceda el mismo trato que los nacionales de los países de empleo, incluso, pueden necesitar protección adicional más allá de las que disfrutaban los nacionales”<sup>926</sup>. Nos permitimos agregar que esto se debe a su situación de vulnerabilidad.

Con respecto al cese de la condición de trabajador migrante la CTMF nos permite inferir en qué momento deja de serlo, al establecer: “La presente Convención será aplicable durante todo el proceso de migración de los trabajadores migratorios y sus familiares, que comprende (...) el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual” (art.1.2). El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares en la Observación General No. 1 precisa lo anterior al afirmar, que la CTMF busca la protección de la persona durante todo el proceso migratorio (pár.1). Consideramos que el Comité es más explícito sobre los riesgos que pueden llegar a sufrir los trabajadores migratorios, situaciones que justifican la protección incluso a la hora del regreso, entre ellos “(...) Pueden tropezar también con dificultades para transferir la pensión y las prestaciones de la seguridad social” (pár.16). Adicionalmente los trabajadores migrantes pueden ver conculcados sus derechos con la imposibilidad de obtener reparación cuando sus empleadores violan sus derechos al no poder permanecer en el país de empleo una vez terminada la relación laboral (pár.17).

Es posible inferir de todo lo anterior que durante la permanencia en el Estado de empleo las personas extranjeras que ejerzan una actividad remunerada por cuenta propia o ajena y estén comprendidos en la clasificación que realiza la CTMF, a saber trabajador fronterizo (art.2.2.a), trabajador de temporada (art.2.2.b), trabajador marino (art.2.2.c), trabajador en

---

<sup>925</sup>Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observación General No. 1, *Sobre los trabajadores domésticos migratorios*, Doc. CMW/C/GC/1, de 23 de febrero de 2011, pár. 3

<sup>926</sup> NAFZIGER, J, y BARTEL, B.: “The Migrant Workers Convention: it’s a place in Human Rights Law”, Ob. Cit, p. 777



estructura marina (art.2.2.d), trabajador itinerante (art.2.2.e), trabajador vinculado a un proyecto (art.2.2.f), trabajador con empleo concreto (art.2.2.g), trabajador por cuenta propia (art.2.2.h) en un país que no es el de su nacionalidad serán considerados como trabajadores migratorios, y esta situación los cobijará hasta el momento de su llegada al país de destino o aquel que hayan seleccionado como de residencia habitual con finalidad laboral.

De acuerdo con lo estudiado en el capítulo I el concepto de inmigrante hacía referencia a aquella persona que salía de su Estado de origen a otro Estado con finalidad económico laboral, esto implica que la actividad se puede desarrollar por cuenta propia o ajena. De este modo, es natural que esta condición cese al regresar a su Estado de origen, pues allí la persona ya no tendrá la condición de extranjero, sino que será nacional, si regresa a su Estado de origen, por tanto no será inmigrante.

En todo caso según la CTMF (art.1.2) quien sale del Estado de empleo y regresa a su Estado de origen no será trabajador migratorio a su regreso, pese a esto la CTMF le garantiza ciertos derechos una vez radicado en el Estado de su nacionalidad tales como la transferencia de la pensión y las garantías de derivadas de la seguridad social.

En razón a la adquisición de la condición de trabajador migratorio se despliegan una serie de derechos reconocidos a estas personas por la CTMF, y de acuerdo con el estatus que tengan, es decir si se encuentran en situación jurídica de regularidad o de irregularidad, podrán disfrutar de una mayor o menor cantidad de derechos. (Parte III, y IV de la CTMF). Así, este instrumento en sus normas según lo sostenido por **Sárraga Trias** “tiene como objetivo último prevenir y eliminar la explotación de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares a lo largo de las distintas fases del proceso migratorio que tendrán que enfrentar.”<sup>927</sup> Sobre el particular, el profesor **Bonet Pérez** sostiene que la CTMF “(...) ofrece respuestas particularizadas a la necesidad de garantizar efectivamente los derechos y libertades de un colectivo humano susceptible de ser percibido como especialmente desprotegido en lo que concierne al goce y disfrute de sus derechos humanos.”<sup>928</sup>

A continuación se estudiarán los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares (en situación jurídica de irregularidad) según la protección dispensada por la CTMF, sin perjuicio de que se haga una breve alusión a la protección que en este mismo sentido se regule en los demás instrumentos internacionales que promueven la protección de los derechos humanos de todas las personas, tanto en el contexto universal como en los dos sistemas regionales que se han analizado a lo largo de la tesis (europeo e interamericano).

## **2. Los derechos de los trabajadores migratorios en situación jurídica de irregularidad.**

En el análisis del capítulo I se estudió la evolución de la definición de trabajador migrante en situación jurídica de irregularidad, y sostuvimos que se trata de una persona que ingresa

---

<sup>927</sup> SARRAGA TRÍAS, E.: “La protección internacional de los derechos de los trabajadores migrantes”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 4, 2003, Lex Nova, Valladolid, p.310

<sup>928</sup> BONET PÉREZ, J.: “La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, en *Un mundo sin desarraigo: el Derecho Internacional de las migraciones*, (F. Mariño Menéndez. Coord.), Catarata, Madrid, 2006, p- 93

a un Estado sin el cumplimiento de los requisitos de entrada o de permanencia del Estado de empleo, o que si bien, en el momento de su entrada en el Estado de empleo cumplía con ellos, deja de tenerlos y sobrevenidamente adquiere una condición de estancia irregular.

Pese a que se encuentren bajo ésta situación jurídica según la CTMF dichas personas no carecen por completo de derechos, sino que tienen reconocido un catálogo mínimo de ellos. No obstante, dicha situación no siempre ha sido muy clara en el caso particular de estas personas, pues la mayor parte de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales también les cobija, tal como lo sostiene **Rodríguez Domínguez**: “El marco jurídico de los derechos humanos de los migrantes es muy amplio, en el sentido que numerosos tratados internacionales contienen disposiciones que protegen los derechos humanos de todos los seres humanos, independientemente de su nacionalidad”<sup>929</sup>, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>930</sup> (en adelante DUDH), los dos Pactos de 1966, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>931</sup> (en adelante PIDCP), y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>932</sup> (en adelante PIDESC), La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial<sup>933</sup> (en adelante CERD), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer<sup>934</sup> (en adelante CEDM), La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes<sup>935</sup> (en adelante CCT), la Convención sobre Derechos del Niño<sup>936</sup> (en adelante CDN), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD), así como una gran número de Convenios de la OIT, y demás instrumentos de los sistemas regionales, tal y como fue puesto de manifiesto en los capítulos sobre dignidad humana y el relativo al principio de igualdad y no discriminación (capítulos II y III respectivamente).

No obstante lo anterior, se dio la necesidad de especificarlo por la vía de un tratado internacional sectorial. Así lo sostiene **Vanheule** al manifestar que “La Convención pertenece a la categoría de los tratados de derechos humanos complementarios en el PIDCP y el PIDESC, que se han adoptado para dar cabida a las demandas específicas de las personas que, en razón de su posición vulnerable en la sociedad, necesitan una protección especial o adicional, al igual que las víctimas de la discriminación racial, las mujeres y los

---

<sup>929</sup>RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, C.: “Análisis crítico de la normativa internacional de protección de los Trabajadores Migrantes: el papel de la OIT”, en *Migraciones y desarrollo, II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales*, (F. Aldecoa Luzárraga, y J.M. Heredia Sobrino. Coords.), Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 129.

<sup>930</sup> Adoptada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948

<sup>931</sup> Adoptado por la Asamblea General en Resolución 2200 A(XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976

<sup>932</sup> Adoptado por la Asamblea General en resolución 2200 A(XXI) de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 3 de enero de 1976

<sup>933</sup> Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, entrada en vigor el 4 de enero de 1969.

<sup>934</sup> Adoptada por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981

<sup>935</sup> Adoptada por la Asamblea General en su resolución 36/46 de 10 de diciembre de 1984, entrada en vigor el 26 de junio de 1987

<sup>936</sup> Adoptada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990

niños. El Convenio amplía el desarrollo de los derechos humanos para categorías especiales de personas, en este caso de los trabajadores migrantes y sus familias”<sup>937</sup>.

## 2.1. Marco normativo de protección anterior a la CTMF.

La existencia de trabajadores migratorios que se encuentran en situación jurídica de irregularidad y que son víctimas de múltiples violaciones a sus derechos humanos, es una realidad, lo que ha tenido como consecuencia, como sostiene el profesor **Bonet Pérez**, que se haya planteado “(...) la necesidad de lograr un justo equilibrio entre los derechos y libertades de aquellas personas que por uno u otro motivo pretenden desplazarse desde su territorio de origen a otro Estado y establecerse temporal o permanentemente en él.”<sup>938</sup>

Es así como el catálogo de derechos de la CTMF, régimen jurídico por excelencia que regula los derechos socio-laborales en el caso de los trabajadores migrantes, “(...) se ha ido desarrollando a medida que han pasado los años”<sup>939</sup> y ha sido producto de una evolución normativa que en opinión del profesor **Bonet Pérez** “se ha ido perfilando (...) en un régimen jurídico internacional definido por la presencia de una tendencia más o menos acusada hacia la progresiva igualdad de trato entre el nacional y el extranjero, siempre desde el respeto al derecho soberano del Estado a fijar sus reglas de entrada, permanencia y salida de los extranjeros(...)”<sup>940</sup> En sentido similar se expresa el profesor **Juste Ruiz** quien afirma que la CTMF ha implicado que se reconozca que “(...) hay presencia de diversas categorías de inmigrantes y la correspondiente existencia de estatutos jurídicos diferenciados”<sup>941</sup>.

Los derechos de los trabajadores que se encuentren al margen de los requisitos exigidos por los Estados para su ingreso y permanencia son más restringidos que los que se reconocen a aquellos con estatus jurídico de legalidad. Esto, tal y como se ha indicado ha sido fruto de una ingente tarea producto de la evolución de las normas, que ha contado con la activa participación de la OIT<sup>942</sup>, y de la ONU.

---

<sup>937</sup> VANHEULE, D.: “The International Convention on the Protection of the rights of All Migrant Workers and Members of their Families”, en *International Human Rights Law in a Global Context*. (F. Gómez Isa, K. De Feyter. Eds.) University Of Deusto, Bilbao, 2009, p. 473.

<sup>938</sup> BONET PÉREZ, J.: “La Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares” en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, (F. Gómez Isa. Dir.) Humanitarian Net, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003. p. 310.

<sup>939</sup> RODRÍGUEZ DOMINGUEZ, C.: “Análisis crítico de la normativa internacional de protección de los Trabajadores Migrantes: el papel de la OIT”, en *Migraciones y desarrollo*, Ob. Cit, p. 129

<sup>940</sup> BONET PÉREZ, J.: “La Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, Ob. Cit. p. 311.

<sup>941</sup> JUSTE RUÍZ, J.: “Inmigración, nacionalidad y extranjería: el marco jurídico de la internacional”, en *Estudios sobre Derecho de Extranjería*, (E. Álvarez Conde, E. Pérez Martín.Coords.), Instituto de Derecho Público, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2005, p. 301.

<sup>942</sup> Organización Internacional que dentro de su mandato general tiene la protección de los derechos de los trabajadores migrantes.

En primer término el Convenio No. 21 de 1926 de la OIT<sup>943</sup> se refiere de una manera muy sucinta a los derechos de los emigrantes a bordo de un buque, y no especifica si éstos serán aplicables a todos los emigrantes sin importar su situación jurídica, pues se limita a regular que: “El inspector oficial velará por el respeto a los derechos que posean los emigrantes en virtud de la ley del país cuyo pabellón lleve el buque o de cualquier otra ley que sea aplicable, a los acuerdos internacionales y a los contratos de transporte” (art.5.1).

Observamos que no hay mayor detalle sobre el catálogo de los derechos de estas personas y menos aún del alcance de los derechos, en razón a que se remite a los Estados y a sus leyes internas, las cuales determinan de qué derechos pueden gozar los emigrantes. De esto, podría plantearse la siguiente reflexión: para la época de adopción de este Convenio la migración de trabajadores aún no se percibe como un problema, y es vista desde el prisma de la normalidad, por lo que no se evidencia una agresiva lucha en contra de los flujos migratorios ilegales. Así los sostiene **Varlez** al afirmar que: “En todos los períodos de la historia, obedeciendo a una necesidad básica de su naturaleza, el hombre ha emigrado, y es probablemente uno de los fenómenos que ejercen una influencia más decisiva en el desarrollo de la humanidad y de la comunidad, por ende ha contribuido para asegurar el control del hombre sobre el mundo”<sup>944</sup>.

Conviene tener presente que el referido estudio data de los años veinte, fecha aproximada a la adopción del Convenio No. 21 y si bien, se evidencia que cada Estado administra el tema migratorio soberanamente, no se percibe una política de rechazo a las corrientes migratorias. Esto puede explicarse en que no eran movimientos realmente significativos o muy numerosos.

Conviene referirse al Convenio No. 66 de 1939 de la OIT<sup>945</sup>, que pese a que nunca entró en vigor, nos permite señalar la evolución en lo que se refiere a la protección de los derechos de los trabajadores migratorios. Este instrumento busca reprimir “(...) la propaganda sobre emigración o inmigración que pueda inducir a error a los migrantes (art. 1.ai), y los Estados deberán adoptar sanciones “(...) cuando dicha propaganda contravenga a la legislación nacional” (art.1.a.ii). Esta norma nos permite inferir que debido a que comienza a hacerse un seguimiento por parte de los Estados de la inmigración irregular, el reconocimiento de derechos excluye a los trabajadores en situación jurídica de irregularidad. Adicionalmente el Convenio No. 66 obliga a todas las partes a “reglamentar (...) las operaciones de reclutamiento, contratación de una persona en un territorio por cuenta de un empleador” (art.3.1.a.i). De la redacción de estos artículos se puede concluir que las garantías contempladas en él, sólo se aplican a los trabajadores en situación jurídica de regularidad.

---

<sup>943</sup>Relativo a la simplificación de la inspección de los emigrantes a bordo de los buques, adoptado en Ginebra el 5 de junio de 1926, en vigor el 29 de diciembre de 1927.

<sup>944</sup> VARLEZ, L.: “Les Migrations Internationales Et Leur Réglementation”, en *Académie de Droit International* Tome 20 de la Collection 1927, Tomo V. Librairie Hachette. Paris 1929. Pág. 176

<sup>945</sup> Relativo al reclutamiento, colocación y condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes no ha entrado nunca en vigor, ha sido retirado por la Conferencia el 30 de mayo de 2000, ha sido revisado 1949 por el Convenio No. 97. En virtud de la entrada en vigor de este Convenio, el No. 66 no está ya abierto a la ratificación.

En lo que respecta al Convenio No. 97 de 1949<sup>946</sup> se exige a los Estados partes una serie de garantías a favor de los trabajadores migrantes y de sus familiares en situación jurídica de regularidad, pues en este instrumento al entrar a definir al trabajador migratorio se habla de “cualquier persona normalmente admitida” (art.11), lo que implica que aquellos trabajadores que se encuentran en situación jurídica de irregularidad no están protegidos por el catálogo de derechos allí reconocido.

La Recomendación de la OIT No. 86 de 1949<sup>947</sup> también se refiere a algunos derechos que deben ser reconocidos a los trabajadores migratorios, y que el Convenio 97 pese a que fueron aprobados en la misma fecha. Al dar la definición de trabajador migratorio dispone que es: “toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta e incluye, a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante” (art. I.1.a). Como puede notarse la redacción de las normas del Convenio No. 97 y la Recomendación No. 86 es idéntica, por lo que el ámbito de protección personal resulta ser el mismo.

Por su parte, el Convenio No. 143 de 1975<sup>948</sup> en lo que a derechos se refiere, trata de ir un poco más allá y realiza un importante reconocimiento consistente en la regulación de las migraciones en condiciones abusivas (parte I). De otro lado busca que los derechos reconocidos se apliquen a todos los trabajadores migratorios, toda vez que dispone: “Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se compromete a respetar los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes” (art.1). Sobre esto puede tenerse en cuenta lo sostenido por “**Bonini y Nascimbene** quienes manifiestan que: “(...) de la redacción de sus normas se deriva que gran parte de los derechos enunciados en él, son de aplicación para todos los trabajadores migratorios con independencia de las posibles cláusulas de reciprocidad que se puedan aplicar en sus países de origen”<sup>949</sup>.

El Convenio No. 143 prevé la obligación de los Estados de “determinar sistemáticamente si en su territorio se encuentran trabajadores migrantes empleados ilegalmente y si existen movimientos migratorios con fines de empleo provenientes, o con destino a su territorio, o en tránsito por éste, en los cuales los migrantes se vean sometidos durante el viaje, a su llegada o durante su permanencia y empleo, a condiciones que infrinjan los instrumentos internacionales o acuerdos multilaterales o bilaterales pertinentes, o la legislación nacional.” (ar.2.1.). De otra parte, uno de sus principales objetivos es la lucha contra la inmigración irregular al disponer que: “Todo Miembro deberá adoptar todas las medidas necesarias y convenientes (...) para suprimir las migraciones clandestinas con fines de empleo y el empleo ilegal de migrantes” (art.3.1) e “investigar eficazmente el empleo ilegal de trabajadores” (art.6.1).

---

<sup>946</sup>Relativo a los trabajadores migrantes, adoptado el 1° de julio de 1949, entrada en vigor el 22 de enero de 1952.

<sup>947</sup>Sobre los trabajadores migrantes, adoptada el 1° de julio de 1949

<sup>948</sup>Sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes, adoptado el 24 de junio de 1975, entrada en vigor 9 de diciembre de 1978.

<sup>949</sup> BONINI, D. y NASCIMBENE, B.: “Norme Internazionali in materia di immigrazione: la Convenzione n. 143 dell’ OIL e i migranti illegali”, en *Assistenza Sociale*, 1992, I, p. 323.

Este instrumento precisa que los Estados podrán: “controlar los movimientos migratorios con fines de empleo, que aseguren que los trabajadores migrantes ingresen en el territorio nacional y sean admitidos al empleo de conformidad con la legislación pertinente” (art.9), y el catálogo de derechos reconocidos a los trabajadores en situación jurídica de legalidad es más amplio. Debe tenerse presente que las disposiciones del Convenio No. 143 favorecen a los trabajadores en situación jurídica de regularidad como estudiará en el capítulo VI.

No sobra referirse a la Recomendación No. 151 de 1975<sup>950</sup>, la cual, a pesar de que protege a los trabajadores en situación jurídica de regularidad, también incluye una norma similar a la del Convenio No. 143 de 1975 según la cual “Los trabajadores migrantes cuya situación no sea regular o no haya podido regularizarse deberían disfrutar de la igualdad de trato, tanto para ellos como para sus familias, en lo concerniente a los derechos derivados de su empleo o empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad social y otros beneficios, así como en lo que se refiere a su sindicación y al ejercicio de los derechos sindicales” (pár.3).

En este sentido la Recomendación se refiere al reconocimiento de derechos a los trabajadores irregulares por el desarrollo de empleos anteriores, lo que constituye un gran avance para el momento de adopción de la Recomendación.

Además de la OIT, otros órganos han puesto de manifiesto la importancia de los derechos de los trabajadores migratorios en situación jurídica de irregularidad<sup>951</sup>, comenzando por la misma Asamblea General de la Naciones Unidas, que en trabajos previos a la conformación del Grupo de Trabajo para la redacción de la CTMF, manifestó en sus Resoluciones 2920(XXVII),<sup>952</sup> 3224(XXIX)<sup>953</sup> 3449 (XXX),<sup>954</sup> 32/120<sup>955</sup>, y 33/163<sup>956</sup> que era necesario desarrollar medidas para mejorar y garantizar el respeto de los derechos humanos y la

---

<sup>950</sup> Sobre trabajadores migrantes, adoptada en Ginebra el 24 de junio de 1975.

<sup>951</sup> Tales como el Consejo Económico y Social en su Resolución 1978/22, relativa a *Medidas para mejorar la situación y garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todos los trabajadores migratorios*, Doc. E/1978/78, de 5 de mayo de 1978, *Informe Consejo Económico y Social, Documentos Oficiales de la Asamblea General*, trigésimo tercer periodo de sesiones, suplemento No., Doc. A/33/3, 2 de noviembre 1978, párs. 319-321, A/RES/132/120, de 16 diciembre de 1977, *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sra. Jorge Gabriela Rodríguez Pizarro, Doc. E/CN.4/2000/82 del 6 de enero de 2000, párr. 37.

<sup>952</sup> Asamblea General Resolución 2920(XXVII), de 15 de noviembre de 1972, sobre *explotación de mano de obra por medio de tráfico ilícito y clandestino*. párs. 1 y 2.

<sup>953</sup> Asamblea General Resolución 3224(XXIX), de 6 de noviembre de 1974, sobre *Medidas para mejorar la condición de los trabajadores migratorios*.

<sup>954</sup> A/RES/3449 (XXX), de 9 de diciembre de 1975, sobre *Medidas para mejorar la situación y garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todos los trabajadores migratorios*.

<sup>955</sup> A/ RES/ 32/120, de 16 de diciembre de 1977, sobre *Medidas para mejorar la situación y garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todos los trabajadores migratorios*. En dicha resolución al igual que en varias de las anteriores, y que en la subsiguiente, se parte del reconocimiento del principio de igualdad y no discriminación consagrado en la Declaración Universal de 1948, en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, y se exhorta a los Estados a que suscriban y cumplan las disposiciones del Convenio 143 de 1975, así como a que se exhorta a los Estados huéspedes a que eviten la discriminación y logren implementar un trato igualitario entre los nacionales y los trabajadores migratorios en lo que se refiere a sus derechos humanos fundamentales, así como se invita también a que los Estados desarrollen políticas sociales a favor de los migrantes. párs. 2 a) y 3)

<sup>956</sup> A/RES/33/163, de 20 de diciembre de 1978, *sobre medidas para mejorar la situación y garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todos los trabajadores migratorios*. párs. 3 y 4.

dignidad de todos los trabajadores migratorios y de sus familias dado que las mismas son la base fundamental de la sociedad.<sup>957</sup>

La situación concreta de irregularidad ha sido ampliamente abordada por el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, quien parte del reconocimiento de la vulnerabilidad de estas personas, y tras realizar exámenes de las políticas migratorias de los diferentes Estados, cuestionar y censurar las sistemáticas violaciones a los derechos de estas personas.<sup>958</sup> En la mayoría de las ocasiones el Relator Especial pone de manifiesto que: “Las redes de la delincuencia organizada se aprovechan de las necesidades de los trabajadores migrantes en los países de destino y de la falta de oportunidades en los países de origen y se dedican a engañar, chantajear y crear dependencia esclavizante ante la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los migrantes indocumentados. Los empleadores que se aprovechan de la mano de obra indocumentada y no pagan sus deberes laborales y de seguridad social se ven favorecidos por su nacionalidad”<sup>959</sup>.

Por su parte, la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), ha indicado la “(...) grave situación de falta de protección, y, en algunos casos, de explotación, (...) de las personas objeto de trata y los migrantes entrados clandestinamente, que los hace más vulnerables a los malos tratos (...)”<sup>960</sup>.

La protección de los derechos de los trabajadores en situación jurídica de irregularidad se ve reforzada con la CTMF como se estudiará a continuación.

---

<sup>957</sup> Vale también tener presente las Resoluciones del Consejo Económico y Social 1749(LVI), sobre *Trabajadores migrantes*, Doc. 5367, de 16 de mayo de 1973 en las que se exhorta a los Estados de la importancia de la mano de obra migrante en los países, de la realidad de la mala situación de estos trabajadores en el mundo y de promover la igualdad de condiciones de estos trabajadores, párs. 2, 3 y 4. Ver además la Resolución del Consejo Económico y Social 1926 (LVIII) relativa a *Welfare of migrant workers and their families*, de 6 de mayo de 1975, Doc. E/5664.

<sup>958</sup> Ver por ejemplo *Informes de la Relatora Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes*, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, Doc. E/CN.4/2001/83 de 9 de enero de 2001, E/CN.4/2003/85/Add. 4 de 1º de noviembre de 2002, E/CN.4/2003/85/Add.2 de 30 de octubre de 2002, E/CN.4/2003/85 de 30 de diciembre de 2002, E/CN.4/2004/76 de 12 de enero de 2004, E/CN.4/2005/85/Add.3 de 15 de noviembre de 2004, y también *Informe del Relator Especial sobre derechos humanos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante, Doc. A/HRC/4/24/Add. 3 de 2 de marzo de 2007, Doc. A/62/218 de 10 de agosto de 2007, Doc. A/HRC/7/12, de 25 de febrero de 2008, Doc. A/HRC/7/12/Add.2 de 5 de marzo de 2008, Doc. A/HRC/11/7/Add.3 de 18 de marzo de 2009, misión a Guatemala, Doc. A/HRC/14/30/Add.3 de 16 de marzo de 2010, entre otros. En los citados informes si bien se alude a los migrantes en situación de regularidad, poniendo especial énfasis a las críticas situaciones en las que se encuentran en el mayor de los casos aquellos que no se están en posesión de la documentación en un determinado Estado de destino, y la dificultad para ejercicio de gran parte del catálogo de sus derechos que son reconocidos no solo por la CTMF sino por otros instrumentos de aplicación universal.

<sup>959</sup> *Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes*, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, Doc. E/CN.4/2000/82, 6 de enero de 2000, pág. 53

<sup>960</sup> *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, Capítulo VI, Estudios Especiales*, Doc. OEA/Ser./L/V/II.114 . 5 rev, de 16 de abril de 2001, pág. 190.

## 2.2. Marco normativo de protección bajo la vigencia de la CTMF.

Con la entrada en vigor de la CTMF el 1 de julio de 2003<sup>961</sup>, después de 13 años de haber sido adoptada, se amplía el catálogo de protección de los derechos de los trabajadores migratorios, y su importancia a nivel internacional es tal, que este instrumento según **Vanheule** se “(...) considera como parte integral de los tratados de derechos humanos complementario al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (...)”<sup>962</sup> entre otros, tal y como ya ha sido señalado.

Así, lo consideran también autores como **Nafziger**, y **Bartel**, al sostener que dicho instrumento tiene como propósito “(...) complementar otros instrumentos, porque los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares no han sido debidamente reconocidos en todas partes del mundo hasta la fecha y por lo tanto, requieren de una protección internacional apropiada, esto hace que el Convenio tenga por objeto la expansión de los derechos, en lugar de sustituir o modificar sustancialmente los ya existentes de los trabajadores migrantes que quizá están dispersos en otros instrumentos internacionales”<sup>963</sup>.

Durante las primeras etapas de elaboración de la Convención, varios gobiernos y organismos de las Naciones Unidas expresaron la opinión según la cual “(...) debido a la existencia de los demás tratados de la ONU y de instrumentos adoptados por la OIT ya existentes en los que se asignaban derechos a todas las personas, incluso a los trabajadores migrantes, no era necesario que se promoviera una nueva Convención para dar tratamiento a los trabajadores migrantes. Es así como expresiones como “todos”, “todos los trabajadores”, significaba que todas las personas, incluidos los extranjeros, tenían derecho a recibir un trato similar al de los nacionales, de tal forma que un nuevo tratado podría superponerse o entrar en contradicción con los ya adoptados, razón por la cual se invitaba a concentrar los esfuerzos en que más países se hicieran parte en los instrumentos ya existentes, en lugar de entrar a promover otro”<sup>964</sup>.

La Convención extiende los derechos humanos a otra categoría de personas vulnerables, (como ya se ha anotado) como lo son los trabajadores migrantes y a sus familiares, pues

---

<sup>961</sup> Con el depósito del vigésimo Instrumento de ratificación o de adhesión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 87 de dicho tratado. A enero 12 de 2011, según la base de datos de las Naciones Unidas y el Estado de ratificaciones de los tratados, son Parte 44 Estados, y 31 son Estados firmantes, sin embargo es de anotar que ninguno de los Estados parte de la Convención pertenece a aquellos Estados clasificados como de destino o de acogida de migrantes, sino que todos ellos por el contrario son de origen, los únicos países pertenecientes a Europa que son parte de este instrumento son Albania y Bosnia Herzegovina. Los anteriores datos pueden ser ampliados en la página web: <http://treaties.un.org>, en la cual se aprecia el listado de los Estados Partes, los Estados que han firmado la Convención, aquellos que han formulado reservas y declaraciones interpretativas, así como también el contenido de las mismas.

<sup>962</sup> VANHEULE, D.: “The International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and the Members of their Families” en *International Human Rights Law in a Global Context*, Ob. Cit. p.473

<sup>963</sup> NAFZIGER, J., BARTEL, B.: “The Migrant Workers Convention its place in a human rights law”, en *International Migration Review*, vol. 25, No. 4, New York, 2010, p.775.

<sup>964</sup> Postura manifestada por el Reino Unido, Finlandia, Suecia, Asamblea General, *Reporte sobre medidas a aprobar sobre la situación de derechos humanos y la dignidad de todos los trabajadores migrantes*, Doc. A/34/535.Add.1, de 23 de noviembre de 1979, pars 8-14.



“(…) clásicamente se han considerado como vulnerables, las personas en función de su raza, etnia, los niños, y las mujeres”<sup>965</sup>. Este efecto expansivo de la Convención ha hecho que la misma, según **Bosniak** sea catalogada como el instrumento que “(…) supera significativamente cualquier protección anterior”<sup>966</sup> que haya existido o exista a favor de los trabajadores migratorios y de sus familiares, y también, como aquel instrumento que: “(…) ha cambiado el lenguaje genérico de los demás tratados internacionales, lo cuales se referían hasta el momento a todos, o todas las personas, y hoy ha sido sustituido el término por trabajadores migrantes”<sup>967</sup>.

La CTMF consagra un primer grupo de derechos que cobija a todos los trabajadores migratorios, sin excepción, los cuales están previstos en su Parte III titulado “Derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares” (arts. 8-35). Gran parte de estos derechos ya se hallaban reconocidos en otros instrumentos internacionales tanto a nivel universal como regional, no obstante, aunque no serán analizados en profundidad se hará especial alusión a algunos de ellos en particular por considerarse vitales para los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias.

Estos derechos pretenden marcar un estándar mínimo de protección el cual en términos de la Convención, tiene un carácter irrenunciable. Dicha naturaleza le es otorgada a estos derechos conforme a la norma que dispone que: “Los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares previstos en la presente Convención no podrán ser objeto de renuncia. No se permitirá ejercer ninguna forma de presión sobre los trabajadores migratorios ni sobre sus familiares para hacerlos renunciar a cualquiera de los derechos mencionados o privarse de alguno de ellos. No se podrán revocar mediante contrato los derechos reconocidos en la presente Convención. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar que se respeten esos principios” (art.82).

### **2.2.1. Derechos civiles reconocidos a los trabajadores migratorios y a sus familiares en situación jurídica de irregularidad.**

#### *a) Derecho a salir del país*

Los derechos civiles reconocidos de manera amplia a todos los trabajadores migratorios y a sus familias en la CTMF inician con el derecho “(…) a salir libremente de cualquier Estado, incluido su Estado de origen. Ese derecho no estará sometido a restricción alguna, salvo las que sean establecidas por ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades ajenos y sean compatibles con otros derechos reconocidos en la presente parte de la Convención”(art.8).

El reconocimiento de este derecho no representa una novedad, pues ya se encontraba previsto en la DUDH (art.13.2), en el PIDCP (art. 12.2) y a nivel regional es posible ubicar

---

<sup>965</sup>VANHEULE, D.: “The International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and the Members of their Families” en *International Human Rights Law in a Global Context*, Ob. Cit. p.473

<sup>966</sup> BOSNIAK, L.S.: “Human Rights State Sovereignty and the protection of undocumented migrants under the International Migrants Workers Convention” en *International Migration Review*, Ob Cit. p. 739

<sup>967</sup>NAFZIGER, J., BARTEL, B.: “The Migrant Workers Convention its place in a human rights law”, en *International Migration Review*, Ob. Cit. p. 781

una garantía similar en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>968</sup> (en adelante CEDH) (art.2.2 del Protocolo Adicional no. 4<sup>969</sup>) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>970</sup> (en adelante CADH) (art.22.2).

El Comité de Derechos Humanos, en la Observación General No. 27 interpreta el derecho consagrado en el artículo 12.2 del PIDCP (derecho a salir del territorio de un Estado, incluso del propio). Sobre el derecho a salir del territorio de un país, el Comité sostiene, que esta libertad “(...) incluye el viaje temporal al extranjero y la partida en caso de emigración permanente”<sup>971</sup>. El Comité también precisa que este derecho “no puede hacerse depender de ningún fin concreto o del plazo que el individuo decida permanecer fuera del país” (pár.9). De lo anterior colegimos que el disfrute de este derecho depende de que se cumplan ciertas condiciones las cuales deben ser garantizadas por el Estado de origen, pero también por el Estado de destino.

Según el Comité, entre las obligaciones del Estado de origen se encuentra “(...) la emisión de pasaporte por lo general del Estado de nacionalidad de la persona.” (pár.9) En cuanto a las restricciones a estos derechos el Comité sostiene que éstas “(...) para ser permisibles, deben estar previstas por la ley, deben ser necesarias en una sociedad democrática para proteger los fines mencionados, y deben ser compatibles con todos los demás derechos reconocidos en el Pacto”(pár.11), y “no comprometer la esencia del derecho (...) ajustarse al principio de proporcionalidad (...)”, es decir “(...) guardar proporción con el interés que debe protegerse.”<sup>972</sup> Este principio debe “respetarse no solo en la Ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas” (pár. 15).

Por su parte, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares en la Observación General No. 1 resalta una preocupación particular que surge en este sentido con respecto a las trabajadoras domésticas, según la cual se evidencia que en muchos Estados existen “(...) restricciones que exigen que las mujeres cuenten con la autorización de su marido o su tutor masculino para obtener un pasaporte o para viajar”<sup>973</sup>.

Conviene recordar que en sentido similar el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW) ha puesto de manifiesto en su Recomendación General No. 21 que: “(...) a las mujeres migrantes que viven y trabajan temporalmente en otro país deberían otorgárseles los mismos derechos que a los hombres

---

<sup>968</sup> Adoptado en Roma, el 4 de noviembre de 1950, en vigor el 3 de septiembre de 1953

<sup>969</sup> Adoptado en Estrasburgo el 16 de septiembre de 1963, en vigor el 5 de febrero de 1968.

<sup>970</sup> Adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en vigor el 18 de julio de 1978

<sup>971</sup> Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), de 27 de mayo de 2008, pár. 8.

<sup>972</sup> *Ibidem*, párs. 13 y 14

<sup>973</sup> Comité de Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observación General No. 1, Doc. CMW/C/GC/1, de 23 de febrero de 2011, pár. 61.

de reunirse con sus cónyuges, compañeros o hijos<sup>974</sup>, lo que nos permite inferir que se compromete el derecho a salir de un país.

En los sistemas europeo<sup>975</sup> e interamericano<sup>976</sup>, también es posible encontrar pronunciamientos jurisprudenciales referidos al derecho de salida y se hace en términos similares a lo dispuesto por el Comité de Derechos Humanos, no obstante, esto no será motivo de análisis a fondo.

#### b) *Derecho a la vida*

Posteriormente al derecho de salida, que debe ser considerado como el presupuesto básico e inicial para que pueda propiciarse el movimiento migratorio, dentro del primer grupo de derechos en la CTMF se encuentra, el derecho a la vida (art.9). Como ya ha sido puesto de manifiesto este derecho al igual que gran parte de los que están consagrados en la CTMF, se encuentran también en los demás instrumentos internacionales en el contexto universal y en los contextos regionales.<sup>977</sup> El Comité de Derechos Humanos ha interpretado el contenido de esta disposición en el caso particular de las personas extranjeras en la Observación General No. 15<sup>978</sup> y ha expresado que “(...) los extranjeros tienen el derecho inherente a la vida, protegido por la ley, y no pueden ser privados de la vida arbitrariamente. (pár.7)”.

De otro lado, este derecho que pertenece a todas las personas debe ser protegido por los Estados sin que medie discriminación (tal y como fue señalado en el capítulo tercero). No debe olvidarse que en lo que se refiere al derecho a la vida deben tenerse presente los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos en las Observaciones Generales 6 y

---

<sup>974</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 21, *La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*, 13° periodo de sesiones (1994) Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), de 27 de mayo de 2008, pár. 10

<sup>975</sup> En lo que se refiere al sistema europeo de protección a los derechos humanos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) en el *caso Baumann c. Francia*, (A. 33592/96, sentencia de 22 de mayo de 2001), pone de manifiesto que “el derecho a la libertad de circulación (...) está destinado a asegurar a toda persona el derecho a la libertad de movimiento (...) lo cual implica un derecho a abandonar el país de elección de la persona donde esta pudo ser admitida” (pár. 61). En sentido similar se expresa en el *caso Napijalo c. Croacia*, (A.66485/01, sentencia de 13 de noviembre de 2003), pár. 68.

<sup>976</sup> En el sistema interamericano de protección a derechos humanos en algunos casos relacionados con la violación al artículo 22.2 de la CADH se remite a la interpretación de la libertad de circulación dada por el Comité de Derechos Humanos en la Observación General No. 27 como por ejemplo el caso fallado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH en adelante) *Ricardo Canese vs. Paraguay*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, de 31 de agosto de 2004, Serie C, No. 111, párs. 115 y 116. Puede verse también el *caso Comunidad Moiwana Vs. Suriname*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, de 15 de junio de 2005, Serie C, No. 124 pár. 110.

<sup>977</sup> Art.6.1 PIDCP, art.6.1 CDN, art. 10 CDPD, Segundo Protocolo Facultativo del PIDCP, destinado a abolir la pena de muerte, Aprobado por la Asamblea General en su Resolución 44/128 de 15 de diciembre de 1989, en vigor el 11 de julio de 1991, art.2 CEDH, art. 2 CDFUE, Protocolo Adicional No. 6 al CEDH, relativo a la abolición de la pena de muerte y Protocolo Adicional No. 13 al CEDH, relativo a la abolición de la pena de muerte en todas las circunstancias, art.4 CADH, y Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.

<sup>978</sup> Comité de Derechos Humanos, *Situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, 27° Periodo de Sesiones, 1986, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), de 27 de mayo de 2008.

14<sup>979</sup>. En este punto conviene recordar también el Comité para la Eliminación de la discriminación Racial, que en la Recomendación General No. XXX pone de manifiesto que “los Estados Partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en el goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”. Doc. HRI/GEN/1/Rev. (Vol. II), de 27 de mayo de 2008, pár. 3.

En los ámbitos regionales europeo e interamericano no sobra enunciar algunos fallos en los que se resalta la importancia del derecho a la vida. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), en los casos *Mc Cann c. Reino Unido*<sup>980</sup>, *Ergi c. Turquía*<sup>981</sup>, *Ogur c. Turquía*<sup>982</sup>, *Juozaitiene y Bilkulcius c. Lituania*<sup>983</sup>, *Celniku, c. Grecia*<sup>984</sup>, *Caso D, c. Reino Unido*<sup>985</sup>, *Leonidis c. Grecia*<sup>986</sup>, *Mansuroglu c. Turquía*<sup>987</sup>, entre otros. Por su parte, en el sistema interamericano se puede hacer alusión a la Opinión Consultiva No. 3 de 1983<sup>988</sup> emitida por la Corte IDH, relativa a las restricciones a la pena de muerte, y los casos *Niños de la Calle Villagrán Morales y Otros vs. Guatemala*<sup>989</sup>, *Masacre de Ituango vs. Colombia*<sup>990</sup>, *Moreno Aranguren y Otros (retén de Catia) vs. Venezuela*<sup>991</sup>, *Baldeón García vs. Perú*<sup>992</sup>, *Vargas Areco vs. Paraguay*<sup>993</sup>, entre otros.

### c) *Derecho a la integridad personal*

En la CTMF también reconoce la prohibición de la tortura o tratos o penas crueles inhumanas o degradantes (art.10)<sup>994</sup>. En este aspecto el Comité de Derechos Humanos, en la Observación General No. 15 ha puesto de manifiesto que los extranjeros no pueden ser sometidos a este tipo de tratos (pár. 7). De otro lado, debe tenerse en cuenta la Observación General No. 20 el Comité en la que se interpreta esta prohibición que: “Según se desprende de los términos de este artículo, el alcance de la protección exigida es mucho más amplio que la simple protección contra la tortura, tal como se la entiende normalmente”<sup>995</sup>. En esta

---

<sup>979</sup> Comité de Derechos Humanos, *Derecho a la vida*, 16° Periodo de sesiones, 1982, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), de 27 de mayo de 2005 General No. 14, *Derecho a la vida*, 23° Periodo de sesiones, 1984, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), de 27 de mayo de 2005.

<sup>980</sup> TEDH, (A. 18984/91), sentencia de 27 de septiembre de 1995.

<sup>981</sup> TEDH, (A. 21594/93), sentencia de 28 de julio de 1998.

<sup>982</sup> TEDH, (A. 21594/93), sentencia de 20 de mayo de 1999

<sup>983</sup> TEDH, (A. 70659/01), sentencia de 24 de abril de 2008

<sup>984</sup> TEDH, (A. 21449/09), sentencia de 5 de julio de 2007

<sup>985</sup> TEDH, (A. 30240/96), sentencia de 2 de mayo de 1997

<sup>986</sup> TEDH, (A. 43326/05), sentencia de 8 de enero de 2009

<sup>987</sup> TEDH, (A. 43443/98), sentencia de 26 de febrero de 2008

<sup>988</sup> Corte IDH, *Restricciones a la pena de muerte* (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos) Opinión Consultiva 3/83, de 8 de septiembre de 1983, Serie A, 03.

<sup>989</sup> Corte IDH, sentencia (fondo) de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63

<sup>990</sup> Corte IDH, excepciones, preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C, No. 148

<sup>991</sup> Corte IDH, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C No. 150.

<sup>992</sup> Corte IDH, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de abril de 2006, Serie C, No. 147.

<sup>993</sup> Corte IDH, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 155

<sup>994</sup> Art. 7 PIDCP, art. 3 CEDH, art.3 y 4 CDFUE, art. 5 CADH, la totalidad de las disposiciones de la CCT, art. 37.a CDN, art. 15 CDPD

<sup>995</sup> Doc. HRI/GEN/1/Rev. (Vol. I), de 27 de mayo de 2008, pár. 2.

Observación General, el Comité precisa cual debe ser la conducta adoptada por los Estados para evitar que en sus territorios se perpetren actos de tortura.

El Comité Contra la Tortura interpreta en la Observación No. 2 que la adopción de CCT “(...) esa prohibición ha venido a ser aceptada como norma absoluta e imperativa de derecho internacional consuetudinario (...) Las disposiciones del artículo 2 refuerzan esa norma imperativa de *jus cogens* contra la tortura.”<sup>996</sup> Afirmación semejante también lo han sostenido otros entre, los profesores **Carrillo Salcedo**<sup>997</sup>, **Mariño Menéndez**<sup>998</sup> y la profesora **Salado Osuna**<sup>999</sup>. Por su parte **Sudre** califica la prohibición de tortura como “(...) un derecho intangible, intangibilidad que se deriva de la historia de la norma, pues fue redactada, como respuesta a los crímenes del nazismo y como barrera a su repetición en el futuro.”<sup>1000</sup>

Por otra parte, en la Observación General No. 2 el Comité contra la Tortura recomienda a los Estados “(...) tomar medidas judiciales y de otra índole para prevenir los actos de tortura” (pár.2). Medidas que tienen que proteger a toda persona, incluidos los trabajadores migrantes en situación jurídica de irregularidad.

Por su parte, el Comité para la eliminación de la Discriminación Racial, en la Recomendación General No. XXX recomienda a los Estados abstenerse de que “(...) los no ciudadanos no sean devueltos o trasladados 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” (pár. 27).

En los sistemas regionales en particular en el europeo la prohibición de la tortura ha adquirido una importancia muy particular para los extranjeros, toda vez que los Estados en aras del cumplimiento de esta prohibición general se abstienen de expulsar, deportar o extraditar a estas personas, pues cuando existe amenaza de que un extranjero puede ser víctima de tortura, la extradición o la expulsión puede trasgredir los términos del CEDH. Sobre el particular conviene citar a la profesora **Salado Osuna** quien afirma que “los malos tratos (la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes) están prohibidos en Derecho Internacional contemporáneo con carácter absoluto en el sentido que no puede ser

---

<sup>996</sup> Comité contra la Tortura, Observación General No. 2, *Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*, 39 periodos de sesiones, 2007, Doc. HRI/GEN/Rev.9 (Vol. II), de 27 de mayo de 2008.

*Ibidem*, pár. 1

<sup>997</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A.: *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional contemporáneo*, 2 edición, Tecnos, Madrid, 2003, p. 152

<sup>998</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, F.M.: “La Convención contra la tortura”, en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Ob. Cit. p. 251

<sup>999</sup> SALADO OSUNA, A.: “Los tratos prohibidos en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, (J. García Roca, P. Santolaya. Coords.), segunda edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 107

<sup>1000</sup> SUDRE, F.: “Article 3” en *La Convencion Européenne des Droits de l’homme. Commentaire article per article*, (L.E. Petitti, E. Decaux, P.H. Imbert. Dirs.), Ed. Económica, Paris, 1995, pp. 155-157

objeto de derogación ni siquiera en caso de peligro público que amenace la vida de la nación”<sup>1001</sup>.

En este sentido es posible encontrar en la jurisprudencia europea fallos en los que se protege de manera absoluta a la persona del extranjero contra cualquier acto constitutivo de tortura, o malos tratos. Conviene tener presente los fallos *Irlanda c. Reino Unido*<sup>1002</sup>, *Soering c. Reino Unido*<sup>1003</sup>, *Chahal c. Reino Unido*<sup>1004</sup>, entre otros.

La importancia del primer caso citado,<sup>1005</sup> consiste en que el TEDH manifiesta que “la Convención prohíbe en términos absolutos la tortura y los tratos o penas inhumanos o degradantes sea cual sea la conducta de la víctima (...) no puede tener ninguna derogación ni siquiera en el caso de peligro público que amenace la vida de la nación.”<sup>1006</sup> Por su parte, argumentos similares se encuentran en el caso *Soering c. Reino Unido*, y allí el TEDH agrega que la prohibición de tortura es una “prohibición absoluta (...) y consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas que forman el Consejo de Europa” (pár. 88). Doctrinariamente este aspecto es abordado en los trabajos académicos de los profesores **Salado Osuna**<sup>1007</sup> y **Chueca Sancho**<sup>1008</sup>.

Por su parte, en el caso *Chahal c. Reino Unido* se plantea el tema de la expulsión, el cual en principio “(...) constituye un acto de los Estados válido según el Derecho Internacional.”<sup>1009</sup> En este fallo del TEDH sostiene que “la prohibición de malos tratos enunciada en el artículo 3 es también absoluta en materia de expulsión. Así, cada vez que haya motivos serios y comprobados de creer que una persona correrá un riesgo real de ser sometida a tratos contrarios al artículo 3 si es expulsada hacia otro Estado, surge la responsabilidad del Estado parte de protegerla de tales tratos (...) en estas condiciones las actuaciones de la persona considerada como indeseables o peligrosos que sean no pueden tenerse en cuenta.” (pár.80). Conviene tener en cuenta que tanto los señores Soering, como Chahal, eran extranjeros. Si bien el primero no puede tener la consideración de trabajador migrante, sí lo tenía el segundo, de hecho, tras abandonar la India estuvo realizando diversos trabajos en el Reino Unido.

De estos fallos podríamos inferir que la integridad física de los extranjeros resulta ser un interés superior protegido por el Derecho Internacional por encima de su seguridad nacional. Son numerosos los casos que abordan este dilema, no obstante, no se entrará a

---

<sup>1001</sup> SALADO OSUNA, A.: “Los tratos prohibidos en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *La Europa de los derecho: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ob. Cit. p. 107

<sup>1002</sup> TEDH, Sentencia de 18 de enero de 1978, Serie A, No. 25.

<sup>1003</sup> TEDH, (A. 14038/88), Sentencia de 7 de julio de 1989, Serie A, No. 161.

<sup>1004</sup> TEDH (A. 22414/93), Sentencia de 15 de noviembre de 1996.

<sup>1005</sup> El caso *Soering c. Reino Unido* fue el primero en el que el TEDH sostuvo que la extradición podría ser contraria al artículo 3 del CEDH. Soering era de nacionalidad alemana, residente en Estados Unidos, y detenido en el Reino Unido como presunto autor de doble asesinato en el Estado de residencia

<sup>1006</sup> TEDH, *Caso Irlanda c. Reino Unido*, pár. 163

<sup>1007</sup> SALADO OSUNA, A.: “Los tratos prohibidos en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *La Europa de los derecho: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ob. Cit. p. 110

<sup>1008</sup> CHUECA SANCHO, A.G.: *La expulsión de los extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos*, Egido Editorial, Zaragoza, 1998, p. 45

<sup>1009</sup> *Ibidem* p. 46

hacer un examen detallado de ellos, toda vez que contemplan muchos supuestos y a partir de ellos se ha construido una rica jurisprudencia que diferencia la tortura, de otra forma de malos tratos, sin embargo no sobra referenciar algunos al pie de página.<sup>1010</sup>

En el sistema interamericano también es posible hallar algunas referencias a la prohibición de tortura, en el caso *Baldeón García vs. Perú*, la Corte IDH ha manifestado que “(...) la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición absoluta de la tortura, tanto física como psicológica, pertenece hoy día al dominio del *jus cogens* internacional. Dicha prohibición subsiste aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interno, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.”<sup>1011</sup>

En otros casos la Corte IDH ha llegado a pronunciarse sobre los sufrimientos psicológicos, como actos constitutivos de tortura. Así en el caso *Maritza Urrutia Vs. Guatemala* ha puesto de manifiesto que “(...) se ha reconocido que las amenazas y el peligro real de someter a una persona a lesiones físicas produce, en determinadas circunstancias, una angustia moral de tal grado que puede ser considerada “tortura psicológica. La prohibición absoluta de la tortura, en todas sus formas, pertenece hoy día al dominio de *jus cogens* internacional” (...) algunos actos de agresión infligidos a una persona pueden calificarse como torturas psíquicas, particularmente los actos que han sido preparados y realizados deliberadamente contra la víctima para suprimir su resistencia psíquica y forzarla a auto inculparse o a confesar determinadas conductas delictivas o para someterla a modalidades de castigos adicionales a la privación de la libertad en sí misma.”<sup>1012</sup>

En el caso *López Álvarez vs. Honduras*, la Corte IDH ha considerado que “(...) el Estado es responsable, en su condición de garante de los derechos consagrados en la Convención, de la observancia del derecho a la integridad personal de todo individuo que se halla bajo su custodia”<sup>1013</sup>.

Por su parte debe resaltarse el caso *Vélez Loor vs. Panamá*, al examinar las condiciones de detención de la presunta víctima (migrante en situación jurídica de irregularidad) La Corte IDH sostiene que la falta de cumplimiento de las condiciones carcelarias adecuadas “(...) puede resultar en una violación de la prohibición absoluta de aplicar tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En este sentido, los Estados no pueden invocar privaciones

---

<sup>1010</sup> TEDH, caso *H.L.R. c. Francia*, Gran Sala, A. 24573/94, Sentencia de 29 de abril de 1997, Reports, 1997-III, *Caso Vijayanathan y N. Pusparajah c. Francia*, Gran Sala, A. 17550/90; 17825/91, Sentencia de 27 de agosto de 1992, *Nsona c. Holand*, Sala, A. , 23366/94 Sentencia de 28 de noviembre de 1996, *D c. Reino Unido*, Sala, A. 30240/96, Sentencia de 2 de mayo de 1997, *Ahmed c. Austria*, Sala, A. 25964/94, sentencia de 17 de diciembre de 1996.

<sup>1011</sup> Corte IDH, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de abril de 2006, Serie C, No. 147, pár. 117. Al examinar el caso del señor Bernabé Baldeón campesino habitante de la región de Ayacucho, quien fue sometido a tortura en las instalaciones de una iglesia de la región.

<sup>1012</sup> Corte IDH, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C, No. 103 pár.92 y pár. 93

<sup>1013</sup> Corte IDH, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C, No. 141, pár. 104

económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respeten la dignidad del ser humano”<sup>1014</sup>.

Muchas de las apreciaciones de la Corte IDH en relación con la prohibición de la tortura son coincidentes con lo afirmado por el TEDH, sin perjuicio de que en ambos casos sólo se haya hecho una breve referencia a la importante jurisprudencia en relación con el derecho a la integridad personal, de ahí que hagamos asimismo alusión a pie de página a otros casos resueltos por la Corte, al igual que hemos hecho previamente con el Tribunal Europeo<sup>1015</sup>.

*d) Prohibición de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso.*

La CTMF reconoce la prohibición de la esclavitud y servidumbre, (art.11.1), prohibición de trabajo forzado u obligatorio (art.11.2)<sup>1016</sup>. No obstante, en este derecho se admite una limitación consistente en que los Estados en cuya legislación prevean para ciertos delitos penas de prisión con trabajos forzados, puedan imponerlas en cumplimiento de sentencia dictada por tribunal competente (art. 11.3). Al igual que como ocurre con el PIDCP (art.8), la CTMF en sus disposiciones precisa qué situaciones no pueden ser consideradas como trabajo forzoso, como por ejemplo el trabajo que debe realizar una persona en virtud de una decisión de la justicia ordinaria que se halle detenida o haya sido puesta ulteriormente en situación de libertad condicional (art.11.4.a), servicio exigido en casos de emergencia o de desastre que amenace la vida o el bienestar de la comunidad (art.11.4.b), trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones civiles normales en que se imponga también a los ciudadanos del Estado de que se trate (art.11.4.c).

Tal y como fue puesto de manifiesto en el capítulo IV referido al derecho al trabajo de los inmigrantes el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se pronuncia sobre la necesidad de que los Estados luchen contra la erradicación de cualquier actuación constitutiva de trabajo forzoso<sup>1017</sup>. Sobre esta prohibición es tener así mismo presente que el Comité de Derechos Humanos en la Observación General No. 15 al hacer un análisis de la aplicación de las disposiciones del PIDCP a los extranjeros señala que al igual como ocurre con la privación arbitraria del derecho a la vida, a la prohibición de tortura, los extranjeros tampoco “(...) pueden ser sometidos a esclavitud o servidumbre”<sup>1018</sup>. Lo anterior debe armonizarse con lo expuesto por el Comité en su Observación General

---

<sup>1014</sup> Corte IDH, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de Noviembre de 2010, Serie C, No. 218, pág. 198

<sup>1015</sup> Ver Corte IDH, Caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, pág. 100, *Caso Tibi vs. Ecuador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C, No. 114, pág. 147, entre otros.

<sup>1016</sup> Art. 8 PIDCP, art. 4 CEDH, art.5 CDFUE, art. 6 CADH, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura 27.2 CDPD.

<sup>1017</sup> Ver Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General No. 18, *El derecho al trabajo, artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Doc. E/C.12/GC/18, de 6 de febrero de 2006, pág. 9

<sup>1018</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 15, pág. 7



No.20<sup>1019</sup>. En el capítulo IV nos hemos referido la jurisprudencia de los sistemas europeo e interamericano en este sentido<sup>1020</sup>.

e) *Libertad de expresión, de pensamiento, conciencia y religión.*

La CTMF también reconoce a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares incluso en situación jurídica de irregularidad el derecho a la libertad de expresión, de pensamiento de conciencia, religión, profesar creencia a su elección individual o colectivamente (art.12.1), no podrán ser sometidos a coacción alguna que limite dicha libertad religiosa (art.12.2), las limitaciones a la libertad de religión o creencia sólo quedarán sometidas a las limitaciones que establezca la ley, y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden público, la salud y moral públicas y derechos y libertades fundamentales de los demás (art.12.3), se respetará el derecho de los padres para que los hijos reciban educación religiosa y moral de acuerdo con sus propias convicciones (art.12.4), derecho de opinión de los trabajadores migratorios y de sus familiares (art.13.1), libertad de expresión de los trabajadores migratorios y de sus familiares (art.13.2), esta libertad de expresión se somete a restricciones tales como, respeto a los derechos y el buen nombre ajenos (art.13.3.a), seguridad nacional de los Estados de que se trate, orden público o la salud o la moral públicas (art.13.3.b), prevenir propaganda a favor de la guerra(art.13.3.c), prevenir apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, hostilidad y violencia (art.13.3.d). Si se verifica estas libertades encuentran coincidencia con las normas que en este mismo sentido se reconocen en otros instrumentos internacionales<sup>1021</sup>.

---

<sup>1019</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 20, *Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes*, 44º, 1992, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), de 27 de mayo de 2008.

<sup>1020</sup> TEDH, *Caso Van der Mussel c. Bélgica*, Sala plena, A. 8919/80 sentencia de 23 de noviembre de 1983, *Caso Siliadin c. Francia*, A. 73316/01, Sección segunda, sentencia de 26 de junio de 2005. En este caso en particular conviene tener en cuenta que se alega violación del artículo 4 del CEDH relativo a la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado, y que se refiere también a la servidumbre. Luego de hacer un examen exhaustivo de los supuestos de hecho el TEDH concluye que existió violación al artículo 4, por cuanto “(...) se mantuvo a la demandante, menor de edad en la época de los hechos, en estado de servidumbre (...)” pár. 129. Se llega a esta conclusión fundado en que la “(...) situación de esclavitud moderna se caracteriza, además de por la explotación no remunerada del trabajo ajeno, por la transformación del estado o de la condición de la persona debido al grado de coacción o de control ejercido sobre ella, sobre su vida, sus bienes personales, el derecho a su libertad de ir y venir y de tomar decisiones que le afecten”, pár. 96. Además sobre la base de que “(...) numerosos instrumentos internacionales tienen por objeto la protección de los seres humanos contra la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado u obligatorio.”, pár. 111. Ver también los casos *Caso de Wilde, Ooms, Versyp c. Bélgica*, Sala plena, A. 2832/66, sentencia de 10 de marzo de 1972, *Caso de Wilde, Ooms, Versyp c. Bélgica*, Sala plena, A. 2832/66, sentencia de 10 de marzo de 1972, *caso Van Droogenbroeck c. Bélgica*, , Sala plena, A. 7906/77 sentencia de 24 de junio de 1982, *caso Karlheinz Schmidt c. Alemania*, Gran sala, A. 13580/88, sentencia de 18 de julio de 1994, *caso Zarb Adami c. Malta*, sección cuarta, A. 17209/02, Sentencia de 20 de junio de 2006. En el escenario del sistema interamericano la OC-18 de la Corte IDH ha puesto de manifiesto que “(...) hay derechos que deben ser reconocidos a los trabajadores migratorios independientemente de su situación jurídica, toda vez que se consideran como derechos fundamentales, como ocurre en el caso de “ (...) la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la prohibición y abolición del trabajo infantil, las atenciones especiales para la mujer trabajadora, y los derechos correspondientes (...)”, pár. 157.

<sup>1021</sup> Art.18 PIDCP, art. 14 CDN, art.9 CEDH, art.10 CDFUE, art.12 CADH.

Para la comprensión del alcance de este derecho a favor de los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias, es pertinente tener presente lo sostenido por el Comité de Derechos Humanos en la Observación General No. 15, al manifestar que “Tienen derecho a libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y derecho a expresar sus opiniones” (pár. 7). Lo anterior en consonancia con la Observación General No. 22 en la que el Comité<sup>1022</sup>, interpreta el ejercicio de este derecho para todas las personas.

Por su parte en lo que se refiere a la libertad de cultos, y de expresión el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares se pronunció sobre la importancia de este derecho en el caso particular de los trabajadores domésticos y precisó en la Observación General No. 1 que: “Los Estados partes deben adoptar medidas eficaces para que los trabajadores domésticos migratorios puedan practicar libremente la religión o las creencias de su elección y ejerzan su libertad de expresión, individual o colectivamente, tanto en público como en privado” (pár. 48). En los sistemas regionales de protección existe importante jurisprudencia sobre el tema<sup>1023</sup>.

f) *Derecho a la vida privada y familiar y derecho a no ser privado de sus bienes.*

La CTMF reconoce la prohibición de injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada, familiar, correspondencia, comunicaciones, ataques ilegales en contra del buen nombre de los trabajadores migratorios y sus familiares. (art.14)<sup>1024</sup>, ningún trabajador migratorio o los miembros de sus familias serán privados arbitrariamente de sus bienes (art.15). El Comité de Derechos Humanos en la Observación General No. 15 exhorta a los Estados para que dentro de los derechos que debe respetar a los extranjeros se abstenga de permitir injerencias en su vida privada o familiar, en este sentido recalca que: “Los extranjeros no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio ni su correspondencia” (pár. 7). Lo que ha sido puesto de presente en por el Comité respecto de este derecho en particular frente a los extranjeros debe ser contrastado con lo expuesto en su Observación General No. 16<sup>1025</sup>, toda vez que interpreta el derecho a la intimidad de manera genérica para todas las personas.

Es importante tener en cuenta que el derecho a no ser privado de los bienes de manera arbitraria es una garantía reconocida a los trabajadores migratorios y sus familiares y es representativa del desarrollo progresivo al que ha contribuido la CTMF con respecto a los derechos humanos, y en particular de los trabajadores migrantes y sus familiares.

---

<sup>1022</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 22, *Libertad de pensamiento, conciencia y de religión*, 48º Periodo de sesiones, 1993, Doc. HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol. I), de 27 de mayo de 2008.

<sup>1023</sup> TEDH, casos *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedesen c. Dinamarca*, sala plena, A. 5095/71, sentencia de 7 de diciembre de 1976, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia*, Gran sala, A. 27417/95, sentencia de 27 de junio de 2000, *Darby c. Suecia*, Sala plena, A.1158/85, sentencia de 23 de octubre de 1990, *Dogru y Kervanci c. Francia*, Sección quinta, A. 27058/05, sentencia de 4 de diciembre de 2008. Corte IDH, Caso “la última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C. No. 73. Corte IDH, *Caso Masacre plan de Sánchez vs. Guatemala*, sentencia de fondo, 24 de abril de 2004, Serie C, No. 105, entre otros.

<sup>1024</sup> Art. 17 PIDCP, art. 8.1 CDN, art. 22 CDPD, art. 8 CEDH, art. 11 CADH.

<sup>1025</sup> Comité de Derechos Humanos, *Derecho a la intimidad*, 32º Periodo de sesiones, 1988, Doc. HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol. I), de 27 de mayo de 2008.

Sobre los derechos de este apartado en la jurisprudencia regional europea e interamericana podemos hacer alusión a algunos casos. En el contexto europeo la vida familiar de los extranjeros se ha visto vinculada a la reagrupación familiar y la prohibición de expulsión.

Entre los casos en los que la vida familiar ha servido como sustento para argumentar el derecho a la reagrupación familiar podemos enunciar el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*<sup>1026</sup>, *Gül c. Suiza*<sup>1027</sup>, *Ahmut c. Países Bajos*<sup>1028</sup>, *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*<sup>1029</sup>. Así mismo en el TEDH también podemos identificar casos en los que el derecho a la vida familiar constituye un límite a la expulsión de extranjeros, entre ellos *Berrahab c. Países Bajos*<sup>1030</sup>, *Moustaquim c. Bélgica*<sup>1031</sup>, *Beldjoudi c. Francia*<sup>1032</sup>, *Boultif c. Suiza*<sup>1033</sup>, *Rodríguez da Silva y Hoogkamer c. Países Bajos*<sup>1034</sup>, *Emre c. Suiza*<sup>1035</sup>.

En el sistema interamericano de protección no es posible hallar una jurisprudencia tan desarrollada como la citada del TEDH. Sobre el derecho a la vida privada y familiar se pueden referenciar el caso de las niñas *Yean y Bosico vs. República Dominicana*<sup>1036</sup>, *Opinión Consultiva No. 17*<sup>1037</sup>, *Caso Contretas vs. Salvador*<sup>1038</sup>, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*<sup>1039</sup>.

g) *Derecho a libertad y seguridad personales.*

Dentro del catálogo de derechos el derecho a la libertad y seguridad personales (art.16.1)<sup>1040</sup> protección efectiva contra la violencia, el daño corporal amenaza o intimidación por parte de funcionarios públicos o particulares, grupos o instituciones (art.16.2), y el derecho a la verificación de su identidad por parte de funcionarios (art.16.3). Este último derecho es característico de este instrumento, en razón a que se relaciona con el derecho de entrada y con la permanencia de los trabajadores migrantes en el Estado de acogida.

---

<sup>1026</sup> TEDH, (A. 9214/80 9473/81 9474/81), sentencia de 28 de mayo de 1985

<sup>1027</sup> TEDH, (A.23218/94), sentencia de 19 de febrero de 1996

<sup>1028</sup> TEDH, (A.21702/93 ), sentencia de 28 de noviembre de 1996

<sup>1029</sup> TEDH, (A. 13178/03), sentencia 12 de octubre de 2006

<sup>1030</sup> TEDH, (A.10730/84), sentencia de 21 de junio de 1988

<sup>1031</sup> TEDH, (A. 12313/86), sentencia de 18 de febrero de 1991

<sup>1032</sup> TEDH, (A. 12083/86), sentencia de 26 de marzo de 1992

<sup>1033</sup> TEDH, (A. 54273/00), sentencia de 2 de agosto de 2001

<sup>1034</sup> TEDH, (A. 50435/99), sentencia de 31 de enero de 2006

<sup>1035</sup> TEDH, (A. 5056/10), sentencia de 22 de mayo de 2008

<sup>1036</sup> CORTE IDH, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 8 de septiembre de 2005. Serie C, No. 130. En este asunto, la Corte IDH no se pronuncia expresamente sobre el artículo 17 de la CADH relativo a la protección de la familia, sino que lo vincula a la condición de vulnerabilidad de las niñas.

<sup>1037</sup> CORTE IDH, *Condición Jurídica y Derechos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, Serie A, No. 17

<sup>1038</sup> CORTE IDH, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de 31 de agosto de 2011, Serie C, No. 232. En este caso se aborda el derecho al respeto a la vida familiar de los menores de edad.

<sup>1039</sup> CORTE IDH, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 25 de mayo de 2010, Serie C, No. 212.

<sup>1040</sup> Art. 10 PIDCP art 5 CEDH, art.6 CDFUE, art. 7 CADH, arts 29.1.b y 37 CDN

Al igual que con los otros derechos referidos hasta este momento según el Comité de Derechos Humanos en la Observación General No. 15 “los extranjeros tienen pleno derecho a la libertad y a la seguridad personales” (pár.7). La CTMF garantiza así mismo el derecho a no ser sometidos individual ni colectivamente a detención, prisión arbitrarias, no serán privados de su libertad salvo por los motivos y de conformidad con los procedimientos establecidos por ley (art.16.4), ser informados en el momento de la detención en idioma que comprendan, y sobre las acusaciones que les formulen (art.16.5), los detenidos o presos a causa de una infracción serán llevados ante el juez, tendrán derecho a ser juzgados en plazo razonable (art.16.6), se reconocen ciertas garantías en caso de la detención, las cuales son aplicación del debido proceso (art.16.7), entre ellas aquellas que son especiales y atienden a la particular situación de tratarse de trabajadores migrantes son; al momento de la detención serán informadas las autoridades diplomáticas o consulares del Estado de origen del trabajador (art.16.7.a), la persona interesada se podrá comunicar con esas autoridades (art.16.7.b), se le informará al afectado sobre este derecho y los derechos derivados de tratados existentes (art.16.7.c), los trabajadores y sus familiares privados de su libertad o detenidos podrán incoar procedimientos ante un tribunal para decidir sobre la legalidad de su detención (art.16.8), los que hayan sido víctimas de detención o prisión ilegal tendrán derecho a indemnización (at.16.9).

Con respecto a las garantías judiciales es necesario tener en cuenta lo sostenido por el Comité de Derechos Humanos, en la Observación General No. 15 según el cual “Los extranjeros deben gozar de igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, y tener derecho a ser oídos públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ellos o para la determinación de sus derechos u obligaciones en un procedimiento judicial, No puede aplicarse a los extranjeros legislación penal retroactiva” (pár.7).

Lo anterior debe ser analizado de conformidad con la Observación General No. 32 del Comité de Derechos Humanos, según la cual “(...) el derecho de acceso a los tribunales y cortes de justicia y a la igualdad ante ellos no está limitado a los ciudadanos de los Estados Partes, sino que deben poder gozar de él todas las personas, independientemente de la nacionalidad o de la condición de apátrida, como los demandantes de asilo, refugiados, trabajadores migratorios, niños no acompañados y otras personas que puedan encontrarse en el territorio o sujetas a la jurisdicción del Estado Parte.<sup>1041</sup>, así como lo dispuesto por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en la Recomendación General No. XXX en la que también se refiere a los aspectos constitutivos de discriminación en el acceso a la administración de justicia e interpreta el alcance de estas disposiciones en el caso de los no ciudadanos a la luz de la CEDR (pár. 18-24). Sobre este aspecto conviene tener en cuenta el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria quien expresa que “el derecho soberano de los Estados a reglamentar la migración, la detención de inmigrantes debería suprimirse gradualmente toda vez que [l]os migrantes en situación irregular no han

---

<sup>1041</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 32, *Derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, Periodo de sesiones, 1984, Doc. HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol. I.), de 27 de mayo de 2008, pár. 9.

cometido ningún delito (...) los migrantes en situación irregular no deberían ser detenidos”<sup>1042</sup>.

La CTMF preceptúa también que los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias serán tratados humanamente y con respeto a su dignidad e identidad cultural (art.17.1)<sup>1043</sup>. Este artículo reconoce a favor de estas personas una serie de derechos relacionados con las condiciones de detención, en caso de no estar condenados serán separados de quienes sí lo están, y los menores de edad serán separados de los adultos (art.17.2), condiciones de detención durante el tránsito (art. 17.3), durante el periodo de prisión el tratamiento tendrá por finalidad su reforma y readaptación social (art. 17.4), durante la prisión o detención tendrán el mismo derecho que los nacionales del Estado a recibir visitas de sus familiares (art.17.5), durante la privación de la libertad las autoridades del Estado prestarán atención a los problemas de que se le planteen y a los miembros de su familia en especial del conyugue e hijos menores (art.17.6), los trabajadores migratorios o sus familiares sometidos a detención o prisión en el Estado de empleo o de tránsito recibirán el mismo trato de los nacionales de dicho Estado que se encuentren en la misma situación (art.17.7), si el trabajador o su familiar es detenido para verificar la infracción los gastos del procedimiento no correrán a su cargo (art.17.8)<sup>1044</sup>.

En lo que atañe a las condiciones de detención y al trato humano y digno, el Comité de Derechos Humanos en la Observación General No. 15 señala que: “Los extranjeros deben gozar de igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, y tener derecho a ser oídos públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ellos o para la determinación de sus derechos u obligaciones en un

---

<sup>1042</sup> Informe del GTDA, Doc. A/HRC/16/47, de 2 de marzo de 2011, Anexo - Métodos de trabajo revisados del Grupo de Trabajo, pár. 58. En sentido similar se pronunció el Comité de Derechos Humanos, quien ha considerado que: “Dictamen del Comité Derechos Humanos de 6 de agosto de 2003. Omar Sharif Baban c. Australia – comunicación n° 1014/2001-, párrafo 7.2. Naciones Unidas, Informe del Comité de Derechos Humanos, 76.º al 78.º período de sesiones, volumen II, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento N.º 40 (A/58/40), Ginebra, 2003, 348. Conviene tener en consideración que la situación de vulnerabilidad de los extranjeros es analizada en varios supuestos por ejemplo cuando estas personas se encuentran privadas de su libertad. Según la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes: “(...) recomienda que las infracciones de las leyes y normas de inmigración no sean consideradas delitos en virtud de la legislación nacional; los gobiernos deberían considerar la posibilidad de abolir progresivamente todas las formas de detención administrativa y, cuando ello no sea posible, adoptar medidas para garantizar el respeto de los derechos humanos de los migrantes privados de libertad”. Ver *Informe presentado por la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, Doc. E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2002, pár. 10

<sup>1043</sup> Art. 10 PIDCP, art. 5. a,CEDR, art.37.b CDN, art.15, pár. 2 CDPD, art.5 CEDH, art. 10 CADH. Consideramos relevante señalar que en la CDFUE se consagra el derecho a la dignidad, en el art. 1, lo que se efectúa en sentido genérico.

<sup>1044</sup> Según el reciente artículo de **De la Serna Sandoval** los Centros de Internamiento de extranjeros en el espacio de la Unión Europea son lugares en los que se perpetran sistemáticas violaciones a los derechos humanos de los migrantes. DE LA SERNA SANDOVAL, C.: “El internamiento preventivo de migrantes irregulares en la Unión Europea: análisis desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos”, en *Paz, Migraciones y libre determinación de los pueblos*, (C. Villán Durán, C. Faleh Pérez. Eds.), Asociación española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Asturias, 2012, pp. 55-81.

procedimiento judicial” (pár.7). Así mismo debe tenerse presente la interpretación del Comité en la Observación General No.21<sup>1045</sup>, así como la 32 del mismo Comité, en la que se hace alusión a los eventuales malos tratos de los que puede ser víctima una persona que se acusada (pár. 60). De otra parte, la importancia de esta serie de garantías procesales así como del trato digno y las particularidades en lo que se refiere a la detención de los trabajadores migratorios debe ser analizado a la luz de lo indicado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en la Recomendación General No. XXX, que como ya fue puesto de manifiesto da alcance a las disposiciones consagradas en la CEDR en lo que tiene que ver con el derecho a la administración de justicia (pár. 18-24).

En los contextos regionales se pueden tener en cuenta los casos del TEDH *Amur c. Francia*<sup>1046</sup>, *Saadi c. Reino Unido*<sup>1047</sup>, *Singh c. República Checa*<sup>1048</sup>, *Bozano c. Francia*<sup>1049</sup>, *Olaechea Cahuas c. Reino Unido*<sup>1050</sup>. En el sistema interamericano podemos aludir al caso *Vélez Loor vs. Panamá*<sup>1051</sup>. Debemos resaltar que si bien en la Corte IDH se pueden encontrar otros asuntos relacionados con el derecho a la libertad personal<sup>1052</sup>, el citado se refiere en sentido estricto a una persona extranjera.

*h) Garantías relacionadas con el debido proceso y el acceso a la justicia.*

Entre los derechos que reconoce la CTMF se encuentra la igualdad de trato de los trabajadores migratorios y sus familiares con respecto a los nacionales ante los tribunales y cortes de justicia (art. 18.1). Sobre este aspecto en particular el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares precisa que “Los Estados partes deben garantizar que esas denuncias se investiguen de forma adecuada y en un plazo razonable y que las violaciones se sancionen debidamente” (pár. 49). De otro lado, entre las medidas que el Estado sugiere se encuentran “velar por que los trabajadores domésticos migratorios puedan obtener reparación e indemnización por la vía judicial.” (pár.50) Por su parte sobre la posibilidad para acudir a los jueces y tribunales dicho también señala que: “todos los trabajadores domésticos pueden acudir a estos mecanismos de justicia sin temor a ser expulsados como consecuencia de sus denuncias (...) y sugiere a los Estados a que “(...) consideren la posibilidad de adoptar procedimientos judiciales acelerados o con plazos definidos para atender las denuncias presentadas por los trabajadores domésticos” (pár. 50).

---

<sup>1045</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 21, *Trato humano de las personas privadas de libertad*, 44 Periodo de sesiones, 1992, Doc. HRI/GEN/Rev.9 (Vol. I), de 27 de mayo de 2008.

<sup>1046</sup> TEDH, (A. 19776/92), sentencia de 25 de junio de 1996.

<sup>1047</sup> TEDH, (A.13229/03), sentencia de 11 de julio de 2006

<sup>1048</sup> TEDH, (A. 60538/00), sentencia de 25 de enero de 2005

<sup>1049</sup> TEDH, (A. 9990/82), sentencia de 18 de diciembre de 1985

<sup>1050</sup> TEDH, (A. 24668/03), sentencia de 10 de agosto de 2006

<sup>1051</sup> CORTE IDH, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C, No. 218

<sup>1052</sup> Ver CORTE IDH, casos *García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, *Yvon Neptune vs. Haití*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de 6 de mayo de 2008, Serie C, No. 180, *Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, entre otros.

Reconoce también la CTMF el derecho a la presunción de inocencia (art.18.2) y establece una serie de garantías mínimas en caso de que el trabajador migratorio o los miembros de sus familias sean acusados de un delito, tales como; ser informado en idioma que comprenda de la acusación formulada (art.18.3.a), disponer de los medios para la preparación de su defensa (art.18.3.b), a ser juzgado sin dilaciones indebidas (art.18.3.c), estar presente en el proceso, a tener defensa técnica (art.18.3.d), a interrogar o hacer interrogar a los testigos (art.18.3.e), a ser asistido gratuitamente por un intérprete si no comprende o no habla el empleado por el tribunal (art.18.3.f), a no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni a confesarse culpable (art.18.3.g). Se tendrán en cuenta además ciertas consideraciones cuando el juzgado es un menor de edad, tales como el procedimiento y la promoción de su readaptación social (art.18.4), derecho a la doble instancia (art.18.5), derecho a la indemnización en caso de condena por error judicial (art.18.6), derecho a la cosa juzgada y a la prohibición de la doble incriminación (art.18.7). Les ampara además el principio de legalidad y de tipicidad y favorabilidad de la ley penal (art.19.1), de otro lado se reconoce el derecho a que en caso de haberle sido dictada sentencia condenatoria por un delito se deberán considerar los aspectos humanitarios relacionados con su condición en particular con respecto a su derecho de residencia y de trabajo (art.19.2)<sup>1053</sup>. Según nuestra opinión, la consagración de estos derechos obedece a la situación particular de los trabajadores migrantes.

La CTMF ampara a los trabajadores del encarcelamiento por el incumplimiento de una obligación contractual (art.20.1)<sup>1054</sup>, y de allí se deriva otra garantía muy importante consistente en que ningún trabajador migratorio o familiar será privado de la autorización de residencia o del permiso de trabajo, ni expulsado por el solo hecho de no cumplir una obligación emanada de un contrato de trabajo, a menos que el cumplimiento de esa obligación constituya condición para dicha autorización o permiso (art.20.2). Se reconoce también ciertas garantías respecto de la confiscación y destrucción de la documentación de identidad del trabajador (art.21). Sobre este último aspecto el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares ha manifestado la importancia de que esta situación no ocurra y ha considerado que “Los Estados también deben velar por que no se confisquen a los trabajadores domésticos migratorios sus documentos de identidad o de viaje” (pár. 39). Adicionalmente, ha expresado su preocupación pues “La retención de pasaportes por el empleador es una práctica muy extendida, que aumenta el aislamiento y la dependencia del trabajador migratorio y restringe su libertad de circulación para salir de la casa y del país” (pár. 12).

En lo que atañe a la jurisprudencia regional europea conviene tener presente los casos *Kamasinski c. Austria*<sup>1055</sup>, *Sejdovic c. Italia*<sup>1056</sup>, *Daud c. Portugal*<sup>1057</sup>, *Brozicek c. Italia*<sup>1058</sup>, entre otros, toda vez que los mismos versan sobre garantías derivadas con el debido proceso

---

<sup>1053</sup> Con respecto a toda esta serie de garantías de orden penal deben referenciarse los arts. 14.1, 14.2, 14.3, 14.5, 14.7 PIDCP, arts.6, CEDH, art. 2 Protocolo adicional 7 al CEDH, art.4, Protocolo adicional 7 al CEDH, art. 47, 48, 49 y 50 CDFUE, art. 8 CADH

<sup>1054</sup> Art. 11 PIDCP, art. 1 Protocolo Adicional No. 4 CEDH

<sup>1055</sup> TEDH, (A. 9783/82), sentencia de 12 de febrero de 1989

<sup>1056</sup> TEDH, (A. 56581/00), sentencia de 10 de noviembre de 2004

<sup>1057</sup> TEDH, (A. 22600/93), sentencia de 21 de abril de 1998

<sup>1058</sup> TEDH, (A. 10964/84), sentencia de 19 de 1989

de personas extranjeras sometidas a juicio. Por su parte en el sistema interamericano sin el ánimo de ser reiterativos señalamos una vez más el caso *Vélez Loor vs. Panamá* dado que en él se alega el respeto de garantías judiciales, y principio de legalidad en la detención del extranjero, Sr. Vélez Loor (párs. 91-101).

*i) Prohibición de Expulsión.*

La CTMF prohíbe la expulsión colectiva de los trabajadores migrantes, y en caso de proceder deberá ser decidido de manera individual (art.22.1), en cumplimiento de decisión de autoridad competente (art.22.2), la decisión se comunicará en idioma que puedan entender, y será comunicada por escrito en caso de ser solicitado (art.22.3), los interesados se podrán oponer a la decisión de expulsión y someterlo a revisión de autoridad competente, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello (art.22.4), cuando la decisión de expulsión sea ejecutada y ulteriormente revocada la persona interesada tendrá derecho a reclamar indemnización (art.22.5). Se reconoce también que en caso de la expulsión el interesado antes de la partida podrá arreglar lo concerniente al pago de salarios y otras prestaciones que se le adeuden y al cumplimiento de sus obligaciones pendientes. (art.22.6), en el caso de expulsión el trabajador migratorio o su familiar tendrán derecho a solicitar autorización de ingreso en un Estado que no sea el de su origen (art.22.7), los gastos a que dé lugar el procedimiento de expulsión de un trabajador o un familiar no correrán por su cuenta (art.22.8), la expulsión del Estado de empleo no menoscabará por si sola ninguno de los derechos que haya adquirido de conformidad con la legislación de ese Estado un trabajador migratorio o familiar suyo, incluido el derecho a recibir salarios y otras prestaciones que se le adeuden (art.22.9)<sup>1059</sup>.

De acuerdo a lo anterior estimamos necesario resaltar la amplitud con la que la prohibición de expulsión colectiva (art.22), pues en este artículo es posible encontrar mayor precisión que en los demás instrumentos internacionales que la consagran, entre ellas una de las garantías que llama especial atención es el derecho a realizar las reclamaciones para el pago sus salarios o prestaciones en caso de que exista orden de expulsión (art.22.6), y la protección de ciertos derechos adquiridos en caso de expulsión (art.22.9). Con relación a estas dos últimas garantías el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares ha manifestado su preocupación en la Observación General No. 1, pues al momento del regreso a los Estados de origen los trabajadores “(...) se ven en la imposibilidad de obtener reparación cuando sus empleadores violan sus derechos al no poder permanecer en el país de empleo una vez terminada la relación laboral” (pár. 17).

No puede olvidarse que en otros instrumentos internacionales tanto a nivel universal como regional también se encuentra regulada la expulsión de extranjeros, sin embargo en el caso concreto del PIDCP (art. 13) parece que a primera vista se hace referencia solamente a la expulsión individual, sin embargo de una lectura detallada puede inferirse que aborda la prohibición colectiva, pues tal y como lo sostiene el profesor **Fernández Sánchez** pese a que la “(...) primera apreciación que hay que hacer es que este artículo no distingue entre expulsiones individuales o colectivas (...) de ella pueden deducirse dos elementos

---

<sup>1059</sup> Art. 13 PIDCP, arts. 3 y 4 Protocolo Adicional No. 4 al CEDH, art. 19 CDFUE, art. 22.5 y 22.6 CADH.



significativos respecto a las expulsiones colectivas. En primer lugar que las expulsiones no sean arbitrarias y en segundo lugar que se adopten decisiones individuales, con lo que a sensu contrario se está prohibiendo la expulsión colectiva”<sup>1060</sup>.

Así, es importante tener en cuenta que si bien en el PIDCP no hace referencia a las expulsiones colectivas, el Comité de Derechos Humanos si ha determinado que el artículo 13 “(...) otorga a cada extranjero el derecho a que se adopte una decisión en su propio caso y, por lo tanto, el artículo 13 no se cumple con leyes o decisiones que dispongan expulsiones colectivas o en masa” (pár. 10). En este sentido, los extranjeros respecto de los cuales se ha tomado una decisión individual de expulsión tendrán derecho a que la misma se haga conforme a ley y tenga los recursos judiciales correspondientes, así el Estado expulsante deberá dar a “(...) los extranjeros plenas facilidades para entablar recursos en contra de la expulsión de manera que ese derecho sea efectivo en todas las circunstancias de su caso (...)” (pár. 10).

Sobre este aspecto también se pronuncia el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en la Recomendación General No. XXX. En un primer momento se refiere a la expulsión individual y precisa al igual que el Comité de Derechos Humanos que en caso de proceder la expulsión se debe garantizar que los “(...) no ciudadanos tengan igualdad de acceso a recursos eficaces, incluido el derecho a impugnar las órdenes de expulsión, y puedan utilizar efectivamente esos recursos”(pár. 25). Así mismo, es reiterativo también precisa que los no ciudadanos no pueden ser discriminados en lo que se refiere a la decisión de la expulsión<sup>1061</sup>.

En cuanto a la expulsión colectiva, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en la Recomendación General No. XXX aconseja a los Estados “Garantizar que los no ciudadanos no serán objeto de una expulsión colectiva, en particular cuando no haya garantías suficientes de que se han tenido en cuenta las circunstancias personales de cada una de las personas afectadas” (pár. 26). Sobre el particular conviene tener en cuenta al profesor **Henckaerts** quien sostiene que “(...) las expulsiones masivas constituyen expulsiones arbitrarias (...)”<sup>1062</sup>.

Los sistemas regionales de protección de derechos humanos también contemplan en sus instrumentos la prohibición de expulsión y han aportado interesante jurisprudencia en este sentido. En el Protocolo Adicional No. 4 al CEDH<sup>1063</sup>, contempla una prohibición a la

---

<sup>1060</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. “La expulsión colectiva de extranjeros en Derecho Internacional”, en *El Derecho Internacional: normas, hechos y valores, Liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, (V. Abellán Honrubia, y otros, Equipo Org.), Servicio de Publicaciones Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2005, p. 136

<sup>1061</sup> Ver Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 15, pár. 8, Recomendación General No. XXX, pár. 25

<sup>1062</sup> HENCKAERTS, J.M.: *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1995, p. 46

<sup>1063</sup> Adoptado el 16 de septiembre de 1963, en vigor el 2 de mayo de 1968, a condición de tener 5 ratificaciones. Pese a que en determinado momento para varios Estados miembros del Consejo de Europa estaba firmado pero no ratificado, hoy este instrumento cuenta con 43 ratificaciones o adhesiones. En el caso español fue firmado el 23 de febrero de 1978, ratificado el 16 de septiembre de 2009, fecha en la cual también ha entrado en vigor para este país. Datos tomados de la página web

expulsión colectiva de extranjeros (art. 4), el cual dispone: “quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros”. Como es evidente en esta norma se hace referencia exclusiva a las expulsiones colectivas, lo que permitiría inferir que las que proceden de manera individual son amparadas por el CEDH. Lo anterior podría sustentarse en lo dispuesto en los sostenido por la Comisión Europea de Derechos Humanos en el *caso X y Y c. Suecia*<sup>1064</sup>. Debe resaltarse que otro de los casos en los que esta Comisión analiza la existencia de una conducta constitutiva de expulsión colectiva es el *caso Becker c. Dinamarca*<sup>1065</sup>, en el cual se da una definición de expulsión colectiva de extranjeros.

En el caso *Conka c. Bélgica*, el TEDH ha precisado que por expulsión colectiva de extranjeros debe entenderse “(...) toda medida que obligue a unos extranjeros, como grupo, a abandonar un país, salvo en los casos en los que dicha medida sea tomada como resultado y en base a un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los extranjeros que forman el grupo (*Andric contra Suecia*, previamente citada). Ello no significa tanto que allá donde se cumpla esta última condición, las circunstancias que rodeen la ejecución de las decisiones de expulsión no jueguen un papel en la apreciación del cumplimiento del artículo 4 del Protocolo núm. 4. (...) en ninguna fase del período que va desde la convocatoria de los interesados en la comisaría hasta su expulsión, el procedimiento seguido ofreció garantías suficientes que atestiguaran una consideración real y diferenciada de la situación individual de cada una de las personas afectadas”<sup>1066</sup>.

Tal y como lo señala el profesor **Fernández Sánchez**, el TEDH ha “(...) tenido tan pocas ocasiones de entrar a conocer un caso (...)”<sup>1067</sup> en el que se estudian las expulsiones colectivas de extranjeros, sin embargo han sido numerosos aquellos en los que los Estados parte del CEDH deben abstenerse de proceder a realizar expulsiones individuales cuando ello pueda ser constitutivo de violaciones a los artículos 3 y 8 del CEDH, es decir la prohibición general de tortura y el respeto a la vida privada y familiar, pues y tal y como lo sostiene **Villiger** “a pesar de que la Convención Europea no contiene el derecho a no ser expulsado de uno de los Estados Partes, muy temprano en la operación de la Convención se aceptó que había límites a la facultad de los Estados Partes de controlar la entrada y salida de extranjeros en razón de las obligaciones contraídas bajo la misma Convención, como por ejemplo las referentes al artículo 8 (...)”<sup>1068</sup>

La prohibición de expulsión trae como consecuencia la aplicación del clásico principio de no devolución o en su alocución en francés *non- refoulement*, y sobre este aspecto señala el

---

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=046&CM=7&DF=09/10/2011&CL=ENG>, consultada el 9 de octubre de 2011.

<sup>1064</sup> Comisión Europea de Derechos Humanos, *Caso X y Y c. Suecia*, Decisión sobre admisibilidad de 4 de octubre de 1968, aplicación 3803/68. En ella se pone de manifiesto que no resulta fácil distinguir entre la expulsión colectiva de personas o una expulsión individual de varias personas.

<sup>1065</sup> Comisión Europea de Derechos Humanos, Decisión de Admisibilidad, (A. 7011/75)

<sup>1066</sup> TEDH, (A. 23366/94), Sentencia de 5 de febrero de 2002, 59 y 63.

<sup>1067</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. “La expulsión colectiva de extranjeros en Derecho Internacional”, en *El Derecho Internacional: normas, hechos y valores, Liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, p. 140.

<sup>1068</sup> VILLIGER, M.E.: “Expulsion and the right to Respect for private and family life (article 8 of the Convention), an introduction to the commission’s case law”, en *Protecting Human Rights : the European Dimension – Studies in honor of G.J Wiarda*, (F. Matscher and H.Petzold. Eds.), Köin, Berlín, C.Heymanns, Verlag, p. 662

profesor **Cançado Trindade** “(...) las Convergencias entre el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha ampliado el contenido normativo de este principio (...) y comporta “(...) prohibición de rechazo en la frontera y pasó a asociarse con la prohibición absoluta de tortura, y los tratos crueles, inhumanos y degradantes (...) revelando así una dimensión preventiva.<sup>1069</sup>

El artículo 4, Protocolo Adicional No. 4 del CEDH debe ser complementado con lo establecido en el Protocolo Adicional No. 7<sup>1070</sup>, en la cual se regulan las garantías de procedimiento en el caso de expulsión de extranjeros (art. 1)<sup>1071</sup>. Entre las garantías que lo amparan se encuentran que su expulsión “no podrá ser sino en ejecución de una resolución dictada conforme a ley y deberá permitírsele: a) exponer las razones que se opongan a su expulsión; b) hacer examinar su caso, y; c) hacerse representar a tales fines ante la autoridad competente o la persona o personas designadas por esa autoridad”.

Por su parte el artículo 22.9 de la CADH prohíbe de manera expresa la expulsión colectiva de extranjeros. Sobre esta prohibición, también existe jurisprudencia sin perjuicio de los pronunciamientos de la CIDH<sup>1072</sup>, la Corte IDH en el caso de *Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en República Dominicana* al valorar la petición de la CIDH sobre la necesidad de dictar medidas provisionales se pronuncia de manera somera sobre la expulsión colectiva de la que son víctimas algunas personas de origen haitiano en República Dominicana<sup>1073</sup>. La Corte decide adoptar medidas provisionales con el propósito de proteger la vida, e integridad personal de personas, y evitar la expulsión y deportación de ellos, además de permitir el retorno de otros, junto con sus hijos menores de edad.

En este sentido la Corte IDH reitera lo sostenido por la CIDH indicando que es necesario que se “ (...) adopte las medidas provisionales para que el Estado... suspenda las expulsiones-deportaciones masivas de que están siendo objeto los haitianos y dominicanos de origen haitiano por parte de las autoridades dominicanas, toda vez que éstas ponen en

---

<sup>1069</sup> Figura propia del Derecho Internacional de los Refugiados, que se consolida después de la segunda guerra mundial como un principio básico del Derecho Internacional de los Refugiados (art.33) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada el 28 de julio de 1951. Ver CANÇADO TRINDADE, A.A.: “Reflexiones sobre el desarraigo como problema de Derechos Humanos frente a la conciencia jurídica Universal”, en *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI*, Ob. Cit. pp. 56 y 59.

<sup>1070</sup> Adoptado en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984, en vigor el 1 de noviembre de 1988, a condición de tener 7 ratificaciones, en la actualidad cuenta con 42 ratificaciones/ adhesiones. Ha sido firmado por el Estado español el 22 de noviembre de 1984, ratificado el 16 de septiembre de 2009, entrada en vigor para este país el 1 de diciembre de 2009.

<sup>1071</sup> Esta norma al igual que como ocurre con el PIDCP establece que dicha garantía es aplicables al “extranjero que se halle legalmente en el territorio un Estado (...)” (art.13).

<sup>1072</sup> La Comisión Interamericana ha abordado esta problemática en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-1986*, Capítulo IV: situación de derechos humanos en varios Estados- Surinam, Doc. OEA/Ser. L/V/II.68, 8, Rev. I, de 26 de septiembre de 1986, y ver *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1991*, Capítulo V: situación de los haitianos en República Dominicana, Doc. OEA/Ser. L/V/II.81, 6.rev.1, de 14 de febrero de 1992, ver *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: detenciones y debido proceso*, Doc. OEA/Ser. L/V/II, Doc. 78/1°, de 30 de diciembre de 2010, párs. 124, 158, 185, 233, y ss., de 8 de julio de 2009, considerando pár. 7

<sup>1073</sup> Corte IDH, Resolución de medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Dominicana, Serie 02 de 18 de agosto de 2000. parte resolutive, pár. 3

riesgo la vida y la integridad física de los deportados, así como de los familiares que son separados, especialmente los menores de edad que quedan abandonados[;]” y que se “adopte las medidas provisionales para que el Estado establezca procedimientos que permitan verificar los casos en donde no procede la deportación, de aquellos casos en que sí procede. En caso de proceder a la expulsión o deportación de personas que se encuentran en territorio dominicano, éstas deberán satisfacer plenamente los requisitos del debido proceso, incluyendo plazo mínimo de notificación, acceso a miembros de la familia, audiencias adecuadas y decisiones adoptadas legalmente por las autoridades competentes. En todos los casos, las deportaciones deberán realizarse de manera individual y no en forma masiva”. En una resolución de julio de 2009, en la que se decretan nuevas medidas provisionales, la Corte IDH reitera que en las anteriores resoluciones ordena que el Estado de República Dominicana “(...) abstenerse de deportar o expulsar de su territorio (...)”<sup>1074</sup> a los beneficiarios de tales medidas.

Podemos afirmar que la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros es una de las principales garantías en favor de los trabajadores migratorios, toda vez que asigna otro de los límites a los Estados y a su soberanía en lo atinente a su política migratoria, en razón a que impone una serie de garantías mínimas en aras a no contrariar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

*j) Asistencia Consular.*

La CTMF consiente del importante papel de las autoridades consulares a favor de la protección de los trabajadores migratorios y sus familiares, reconoce el derecho a recurrir a la protección y a la asistencia consular de su Estado de origen (art.23). Sobre la responsabilidad de los Consulados en los Estados de origen, así como la importancia que brindan estas instituciones a los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias han sido resaltadas por el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares, en la Observación General No. 1 al manifestar que si bien “el Estado de empleo es el principal responsable de proteger los derechos de los trabajadores domésticos migratorios, las embajadas y los consulados de los Estados de origen deben participar activamente en la protección de los derechos de sus nacionales empleados como trabajadores domésticos migratorios” (pár.62). Las recomendaciones realizadas por el Comité en la Observación General No. 1 son básicamente tendentes a que los Consulados de los Estados de origen velen porque “(...) haya personal debidamente preparado para recibir las denuncias de los trabajadores domésticos migratorios, incluida la asistencia jurídica” (pár.62), se proporcione orientación para facilitar alojamiento de los trabajadores (...)” (pár.62.b), se “(...) acelere la expedición de documentos de viaje temporales y de billetes de vuelta” (pár.62.c), se “(...) reciba, registre y comunique la información que pueda ser de utilidad para los trabajadores domésticos en el país de empleo (...)”(pár.62.d), entre otros beneficios que tienen como propósito la protección de los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias en los Estados de empleo y la reducción de los riesgos de abuso laboral de la que pueden ser víctimas.

---

<sup>1074</sup> Corte IDH, Resolución de medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Dominicana, Serie 03 de 14 de septiembre de 2000, pár. 2

En numerosos casos del sistema regional europeo, los derechos de los extranjeros se protegen por vía de los consulados de sus países de origen. Puede citarse entre ellos el *Caso Daoudi c. Francia*<sup>1075</sup>, *Caso Zeibek c. Grecia*<sup>1076</sup>, *Caso Medenica c. Suiza*<sup>1077</sup>, entre otros.

La Opinión Consultiva No. 16 emitida por la Corte IDH precisa algunos aspectos sobre la importancia de la asistencia consular, y expresa que se debe “reconocer el derecho de los Estados de asistir a sus nacionales a través de las actuaciones del funcionario consular y, en forma paralela, reconocer el derecho correlativo de que goza el nacional del Estado que envía para acceder al funcionario consular con el fin de procurar dicha asistencia.”<sup>1078</sup> Adicional a esto, el acceso a la adecuada asistencia consular “(...) mejora considerablemente sus posibilidades de defensa y a que los actos procesales en los que interviene (...) de modo que se realicen con mayor apego a la ley y respeto a la dignidad de las personas” (pár. 121).

*k) Derecho a la personalidad jurídica y a recibir información sobre las condiciones migratorias.*

El catálogo de derechos establecido por la CTMF reconoce el derecho a la personalidad jurídica (ar.24)<sup>1079</sup>. Debe anotarse que según el Comité de Derechos Humanos en la Observación General No. 15 el extranjero “tienen derecho a que se le reconozca su personalidad jurídica” (pár.7).

La CTMF reconoce el derecho a recibir información del Estado de empleo respecto de sus derechos (art.33.1.a), requisitos para su admisión, sus derechos y obligaciones, derecho a recibir la información que soliciten en un idioma que puedan entender (art.33.3). Sobre este aspecto el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares en la Observación General No. 1 manifiesta su preocupación en razón a que en la práctica no se da cumplimiento a esta obligación por los Estados y con frecuencia se presenta que “En muchos países hay agencias de empleo, intermediarios laborales y otros agentes que cobran comisiones exorbitantes a los trabajadores domésticos migratorios y no les proporcionan información precisa, no los preparan adecuadamente antes del viaje ni les formalizan un contrato por escrito. En particular, no se suele informar a los migrantes sobre sus derechos y la manera de denunciar los abusos. Algunos trabajadores domésticos que aspiran a migrar son engañados por agentes de contratación ilegal que los inducen a pagar por la obtención fraudulenta de un visado u otros tipos de documentación y por un empleo inexistente” (pár.9).

La jurisprudencia regional ha interpretado la importancia de este derecho y en lo que atañe al sistema interamericano, caso de las niñas *Yean y Bosico vs. República Dominicana*, expone que “(...) La Corte estima que la falta del reconocimiento de la personalidad jurídica lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto

---

<sup>1075</sup> TEDH. (A. 19576/08), Sentencia de 3 de diciembre de 2009, pár. 69.

<sup>1076</sup> TEDH., (A. 19576/08), Sentencia de 9 de julio de 2009, pár. 7

<sup>1077</sup> TEDH, (A. 20491/92), Sentencia de 14 de junio de 2001.

<sup>1078</sup> Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva No. 16, de 1 de octubre de 1999, Serie A No. 16, pár. 80

<sup>1079</sup> Art. 16 PIDCP, art. 1 del Protocolo 1 adicional al CEDH, art. 3 CADH

de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares” (pár. 179).

*l) Derecho al nombre y a la nacionalidad.*

El derecho de los hijos de los trabajadores migratorios a tener derecho a un nombre, registro de nacimiento y nacionalidad está reconocido en la CTMF (art.29) En relación con el contenido de este derecho el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares, en la ya citada Observación General No. 1 precisa su importancia al sostener que: “Se debe inscribir a los hijos de los trabajadores domésticos migratorios en el registro civil poco después del nacimiento, independientemente de la situación migratoria de sus padres, y se les deben expedir certificados de nacimiento y otros documentos de identidad” (pár.58).

Este aspecto había sido considerado con anterioridad por el Comité de Derechos del Niño en la Observación General No. 6 al tratar la importancia de los registros de nacimiento, y sostener que: “(...) los servicios globales para la primera infancia comienzan con el nacimiento (...) y que el registro de todos los niños al nacer continúa siendo un reto de primera magnitud para muchos países y regiones (...). La importancia de este derecho es vital para el Comité, pues (...) puede repercutir negativamente en el sentimiento de identidad personal del niño, y los niños pueden ver denegados sus derechos a la atención de salud, la educación y el bienestar social básicos” (pár.25).

Previamente el Comité de Derechos Humanos también había hecho constar la importancia del registro al expresar que “En virtud del párrafo 2 del artículo 24, todo niño tiene derecho a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento y a tener un nombre.”<sup>1080</sup> Y agrega que “(...) debe interpretarse que esta disposición está estrechamente vinculada a la que prevé el derecho a medidas especiales de protección y tiene por objeto favorecer el reconocimiento de la personalidad jurídica del niño” (pár. 7).

Como puede notarse gran parte de los derechos reconocidos en la CTMF están consagrados en el catálogo de derechos del PIDCP, así como en otros instrumentos internacionales del sistema universal y regional, incluso desde la misma DUDH, pues tal y como lo sostiene **Kariyawasam** dichos instrumentos “contienen los derechos humanos básicos de todos los seres humanos en cualquier lugar del mundo”<sup>1081</sup>. En este sentido conviene recordar las palabras del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes quien sostiene al referirse a la Parte III de la CTMF que: “no crea nuevos derechos, sino que reafirma los derechos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y desarrollados en los principales tratados de derechos humanos adoptados por las Naciones Unidas que han sido ampliamente ratificados”<sup>1082</sup> no obstante, algunos de ellos se reconocen en

---

<sup>1080</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 17, *Derechos del Niño*, 35° Periodo de sesiones, Doc. HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol. I), de 27 de mayo de 2008, pár. 7.

<sup>1081</sup> KARIYAWASAM, P.: “La Convención de Naciones Unidas sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, en *Un mundo sin desarraigo: el Derechos Internacional de las Migraciones*, Ob. Cit. p. 17

<sup>1082</sup> *Informe sobre los derechos humanos de los migrantes presentado por la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos*, Doc. A/59/377, de 22 de septiembre de 2004, pár. 52

función de la calidad de trabajadores migratorios, o resultan ser más amplios en función de esta condición.

No puede olvidarse que dado que la CTMF es un tratado sectorial el reconocimiento de las garantías se particularizan a favor de los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias. Así mismo, no en todos los aspectos resulta ser más extensivo el catálogo de derechos reconocido en la CTMF, pues tal y como lo sostiene el profesor **Bonet Pérez** “no se incluyen formalmente los derechos (...) a la protección de la familia, y a contraer matrimonio, el derecho a la protección jurídica y social o el derecho a participar en asuntos públicos.”<sup>1083</sup> Lo anterior nos permite inferir que no puede hablarse de un instrumento que contenga la integridad de los derechos consagrados en todos los instrumentos internacionales, pero sí brindan protección a los trabajadores migratorios que quizás en algunos instrumentos no estaban previstos, o al menos no con mediana claridad y que constituyen un buen aporte en el dinamismo y desarrollo progresivo de los derechos humanos<sup>1084</sup>.

De otra parte, los órganos constituidos por los diferentes tratados han sentado ciertas bases para la interpretación de los derechos de los trabajadores migrantes, bien sea porque se ocupan de determinar el alcance de los derechos de los extranjeros como lo hace el Comité de Derechos Humanos, se aclara la situación de los no ciudadanos como ocurre con el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, o se refieren en sentido específico a los trabajadores migratorios tal y como fue puesto de presente por el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares en la Observación General No. 1. De allí podríamos llegar a concluir que gran parte de los derechos que se reconocen en los instrumentos internacionales a nivel universal y regional se reconoce a los trabajadores migrantes, esto sin embargo no aparta el hecho de que el estatus de extranjero y en consecuencia el de trabajador migratorio sea considerado una situación en la que proceden legítimamente las distinciones entre nacionales y extranjeros (como se estudió en el capítulo III) y a su vez entre trabajadores en situación de regularidad e de irregularidad.

En el caso de las niñas *Yean y Bosico vs. República Dominicana*, antes citado, la Corte IDH pone de manifiesto que “De acuerdo con lo señalado, y en consideración del derecho a la nacionalidad de los hijos de personas migrantes en la República Dominicana en relación con la norma constitucional pertinente y los principios internacionales de protección de los migrantes, la Corte considera que: a el estatus migratorio de una persona no puede ser

---

<sup>1083</sup> BONET PÉREZ, J.: “La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Ob. Cit. p. 331.

<sup>1084</sup> Respecto del desarrollo progresivo de los derechos humanos son relevantes los casos del *TEDH casos Tyrer c. Reino Unido*, Sentencia de 25 abril de 1978, Series A no. 26; págs. 15-16, párr. 31, *Marckx c. Bélgica*, Sentencia de 13 junio de 1979, Series A no. 31; pág. 19, párr. 41 *Loizidou c. Turquía*, Sentencia de 23 marzo de 1995, Series A no. 310; pág. 26, párr. 71. En el Sistema de Protección Interamericano de Derechos Humanos, conviene tener en cuenta la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-10/89 *Interpretación de la declaración americana de los derechos y deberes del hombre en el marco del artículo 64 de la convención americana sobre derechos humanos* de 14 de julio de 1989. Serie A No. 10; párr. 43

condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos (pár. 156.a), el estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos (pár. 156.b), y la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron” (156.c).

### **2.2.2. Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconocidos a los trabajadores migratorios y sus familiares en situación jurídica de irregularidad.**

En lo que se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales el catálogo de garantías que se reconoce a los trabajadores migratorios y a sus familiares en situación jurídica de irregularidad es limitado, y cuando se aborde el estudio de los derechos de los trabajadores que si cumplen con los requisitos de entrada y permanencia se hará más evidente. No obstante, entre los que pueden hallarse en el parte III de la CTMF se reconoce el derecho a un trato no menos favorable que el reciben los nacionales en lo relacionado con las condiciones derivadas de la relación laboral (art.25)<sup>1085</sup>. Este derecho reviste gran importancia en razón a que a través de él se evidencia cierta universalidad de los derechos de los extranjeros frente a los nacionales de un Estado.

Son varias las Observaciones Generales en las que los diversos Comités de Naciones Unidas interpretan este derecho en el caso de los trabajadores migratorios, a saber; el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General No. 18, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en su Recomendación General No. XXX, y el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares, en la Observación General No. 1, entre otras.

Así por ejemplo el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha puesto de presente en la Recomendación General No. XXX la necesidad de “suprimir los obstáculos que impidan a los no ciudadanos disfrutar de los derechos económicos, sociales y culturales (...)” (pár. 29). Pese a esto, no se refiere de manera expresa al derecho a la seguridad social como si ocurre con otros derechos económicos, sociales y culturales.

A los trabajadores migrantes en situación jurídica de irregularidad se reconoce de forma específica en la CTMF el derecho a la seguridad social a fin que, reciban el mismo trato que los nacionales en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado (art.27)<sup>1086</sup>. La interpretación de este derecho la ha efectuado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 19, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en la Recomendación General

---

<sup>1085</sup> Consagración similar se encuentra en el art. 7 del PIDESC, art. 5.e.i CERD, art.11.1.d, 11.1.e, art.32.2 CDN, art.27 CDPD, Parte I, art.1 1,2, 3,4,18,19 CSE de 1961, Parte I,1, 2,3,4, arts.1,2,3,4,18,19,20,22,26 CSE Revisada, art.31 CDFUE art. 7 Protocolo de San Salvador.

<sup>1086</sup> Art. 9 del PIDESC, art.5.e.iv, CEDR, art.11.e CEDM, art.26.1 CDN, art.28 CDPD, Parte I.12, arts.8.1, 12 CSE 1961 y Revisada, art.34, art.9 CADH.



No. XXX y el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares en la Observación General No. 1.

También se garantiza a los trabajadores migratorios y a sus familiares el derecho a participar en reuniones y actividades de los sindicatos o de otras asociaciones establecidas conforme a la ley (art.26.1.a), afiliarse libremente a cualquier sindicato o cualquier asociación (art.26.1.b)<sup>1087</sup>, solicitar ayuda y asistencia de cualquier sindicato o asociación (art.26.1.c). Este derecho a sindicalizarse y participar de las actividades de dichas organizaciones puede ser limitado en su ejercicio, pues la propia CTMF lo prevé, haciendo constar que las restricciones serán las previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o el orden público o para proteger derechos y libertades de los demás (art.26.2). (Estos aspectos serán profundizados con posterioridad).

*a) Derecho a la atención médica.*

La CTMF reconoce el derecho a recibir atención médica urgente (art.28)<sup>1088</sup>. El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares en la Observación General No. 1 sugiere a los Estados “(...) eliminar las políticas y las prácticas discriminatorias que denieguen o restrinjan los derechos de los hijos de los trabajadores domésticos migratorios, en particular su derecho a la salud” (pár. 59). De otra parte, en esta misma Observación General resalta que “Los Estados deben asegurar el acceso efectivo de todos los trabajadores domésticos migratorios a cualquier tipo de atención médica urgente que necesiten para evitar daños irreparables a su salud” (pár. 43).

La anterior recomendación debe ser analizada a la luz de lo sostenido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General No. 14 según la cual la atención en salud deberá ser dispensada sin que medie discriminación por “motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional oposición social”<sup>1089</sup>. Este Comité también ha precisado que esto comporta “un derecho inclusivo que (...) abarca la atención de salud oportuna y apropiada” (pár. 11) y debe ser dispensado por los Estados a “los sectores más vulnerables y marginados de la población” (pár.12.b), y no puede olvidarse que dentro de la población vulnerable se encuentran los trabajadores migratorios y sus familias en situación jurídica de irregularidad, pese a que en esta observación general el Comité no haga referencia expresa a ellos.

Vale tener en cuenta que en lo que se refiere a los familiares del trabajador migratorio, especialmente sus hijos menores el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General No. 14 precisa que “La aplicación del principio de no discriminación requiere que tanto las niñas como los niños tengan igual acceso a una

---

<sup>1087</sup> Art. 22 PIDCP, art. 8.1.a PIDESC, art. 5.d. ix CEDR, art. 7.c CEDM, art. 15 CDN, art.11 CEDH, art.28 CDFUE, art. 16 CADH.

<sup>1088</sup> Disposiciones similares es posible encontrarlas en los arts. 12 PIDESC, art.5.e.iv CEDR, art. 10.h CEDM, art.24.1, art.24.2 .c, art.24.2.d CDN, art.25 CDPD, Parte I.11, art. 11, 13 CSE de 1961 y Revisada, art. 35, art.10 Protocolo de San Salvador.

<sup>1089</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, 22º Periodo de sesiones, 2000, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), de 27 de mayo de 2005

alimentación adecuada, un entorno seguro y servicios de salud física y mental” (pár. 22). Esto guarda estrecha relación con lo dispuesto por el mismo Comité en la Observación General No. 18, pues al interpretar el alcance de trabajo infantil considera “(...) la necesidad de proteger al menor frente a todas las formas de trabajo que puedan perjudicar su desarrollo o su salud física o mental” (pár. 15).

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en su Recomendación General No. XXX también ofrece elementos que complementan este análisis, así ha expresado que se debe “Velar por que los Estados Partes respeten el derecho de los no ciudadanos a un grado adecuado de salud física y mental, entre otras cosas absteniéndose de negar o limitar su acceso a los servicios de salud preventiva, curativa y paliativa” (pár. 36).

El Comité de Derechos del Niño ya se ha pronunciado sobre estos aspectos y ha señalado la importancia de esta garantía en las Observaciones Generales No. 4, 6, 7, y 9<sup>1090</sup>, en las que se efectúan importantes consideraciones en torno a este derecho en beneficio de los niños.

Por otra parte el CEDAW, en la Recomendación General No. 24<sup>1091</sup>, se refiere al acceso a la atención de la salud, incluida la salud reproductiva, señala la importancia de este derecho en las diferentes etapas de la mujer incluido el periodo del embarazo (pár. 26).

En el contexto europeo un caso interesante es el *D c. Reino Unido*<sup>1092</sup> en el cual por violación al derecho previsto en el artículo 3 CEDH no es deportado a un ciudadano extranjero oriundo de Saint Kitts por no poder practicarse el tratamiento médico al que viene siendo sometido en el Reino Unido y que requiere para tratar su enfermedad en el Estado de su nacionalidad. Expresa el TEDH “Teniendo en cuenta estas circunstancias y el hecho de que el solicitante ha llegado a una etapa crítica de su enfermedad fatal, la aplicación de la decisión de expulsarlo a Saint Kitts haría desde del Estado demandado, en contra de tratos inhumanos en el artículo 3” (pár. 53).

El Comité Europeo de Derechos Sociales se pronuncia sobre la importancia del derecho a la asistencia médica de los menores de edad en la Decisión de Fondo<sup>1093</sup> que resuelve la Reclamación Colectiva No. 1. Aprecia el Comité que el: “(...) trabajo infantil antes de los 15 años, admite sin embargo algunas excepciones. Dicha disposición persigue asegurar la protección de los niños y adolescentes contra los riesgos que comporta la realización de trabajos susceptibles de tener repercusiones negativas sobre su salud (...)” (pár. 26).

---

<sup>1090</sup> *La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*, 33° periodo de sesiones (2003) Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), de 27 de mayo de 2008, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de país de origen*, 39 periodo de sesiones, 2005, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), de 27 de mayo de 2008, *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, 40° periodo de sesiones (2006), Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), de 27 de mayo de 2008, *Los derechos de los niños con discapacidad*, 43° periodo de sesiones (2006), Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), de 27 de mayo de 2008.

<sup>1091</sup> *La mujer y la salud (artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer)*, 20° periodo de sesiones, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), de 27 de mayo de 2008

<sup>1092</sup> TEDH, (A. 30240/96), sentencia de 2 de mayo de 1997.

<sup>1093</sup> *Comisión Internacional de Juristas c. Portugal*, Decisión de fono de 9 de septiembre de 1998.

El sistema interamericano en lo que se refiere al derecho a la salud conviene tener en cuenta la Opinión Consultiva No. 17 sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño, en la que se vincula el derecho a la salud con el de la vida digna y señala la Corte IDH que “(...) la salud de los niños supone diversas medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna (...)” (pár. 86).

*b) Derecho a la educación.*

Los hijos de los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias tienen derecho a la educación en condiciones de igualdad con los nacionales del Estado (art.30)<sup>1094</sup>. El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares en la Observación General No. 1 se pronuncia sobre este aspecto en particular respecto de los trabajadores domésticos, y precisa que “Los Estados partes deben velar por que todos los niños migrantes independientemente de su situación migratoria, tengan acceso a la enseñanza primaria gratuita y obligatoria y a la enseñanza en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado (...)” (...) para que el trabajo doméstico realizado por los niños no dificulte su educación” (pár. 57) Sobre esto debe tenerse presente que dicho aspecto había sido manifestado por el Comité de los Derechos del Niño sostiene que “Todo menor no acompañado o separado de su familia, independientemente de su estatuto, tendrá pleno acceso a la educación en el país de acogida”<sup>1095</sup>, aspecto que es reiterado al exponer que el menor separado o no acompañado debe tener acceso a los mismos derechos (educación, formación)” (pár. 90). El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General No. 18 interpreta que la necesidad de proteger al niño de la explotación económica, para permitirle aspirar a su pleno desarrollo y adquirir formación técnica y profesional” (pár. 15), así mismo en su Observación General No. 13<sup>1096</sup> ha que: “La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso” (pár. 1).

El Comité Europeo de Derechos Sociales<sup>1097</sup> se ha pronunciado sobre la importancia del derecho a la educación, conviene tener en cuenta la Decisión de Fondo a la Reclamación Colectiva No. 13 en la que se aborda el derecho a la educación de los niños con discapacidad. Sobre el derecho a la educación la Corte IDH<sup>1098</sup>, a propósito de los derechos económicos sociales y culturales sostuvo que: “Por vía de un protocolo Adicional no deberían incorporarse a los mecanismos y procedimientos dispuestos por el Pacto de San José sino aquellos derechos a los que resulte aplicable el sistema específico de protección que la misma Convención establece, es decir aquellos que puedan llegar a ser exigibles

---

<sup>1094</sup> Es posible encontrar referencias al derecho a la educación en los arts. 13 PIDESC, art.5.e.v, arts.5.2, 10, 14, 16.1.e CEDM, art. 20.3, 23.3, 24.1.e, 24.1.f, 28.1, 28.3, 29.1, 29.2, 32.1 CDN, art.24, art.7.1, 7.3 CSE 1961, art.7.1, 7.3, 15.1, 17.1a, art. 14 CDFUE,art.13 del Protocolo de San Salvador.

<sup>1095</sup> Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de país de origen*, 39 periodo de sesiones, 2005Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), de 27 de mayo de 2008, pár. 41

<sup>1096</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho a la educación*, 21° periodo de sesiones, 1999, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), de 27 de mayo de 2008, pár.1

<sup>1097</sup> Comité Europeo de Derechos Sociales, *Pro autismo Europa c. Francia*, Decisión de Fondo de 4 de noviembre de 2003.

<sup>1098</sup> CORTE IDH, *Informe anual 1985*, Doc. OEA/Ser. L/V/III.12 doc. 13 del 15 de agosto de 1985.

jurisdiccionalmente, como ocurre por ejemplo, con el derecho de los padres a escoger la educación de sus hijos (...)”(pár.18)

*c) Respeto a la identidad cultural.*

Se garantiza también el respeto a la identidad cultural de los trabajadores migratorios y de sus familiares (art.31.1). El Comité de Derechos Humanos interpreta el reconocimiento de este derecho según el PIDCP y pone de presente en la Observación General No. 15 que “En los casos en que los extranjeros constituyen una minoría, según se definen éstas en el artículo 27, no se les denegará el derecho a que, junto con otros miembros de su grupo, disfruten de su propia vida cultural, profesen y practiquen su propia religión y empleen su propio idioma” (pár. 7).

Es conveniente resaltar que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en la Recomendación General No. XXX en este aspecto ha manifestado que los Estados deben “Tomar las medidas necesarias para evitar las prácticas que nieguen a los no ciudadanos su identidad cultural, tales como la exigencia jurídica o de facto de que los no ciudadanos cambien de nombre para obtener la ciudadanía, y tomar medidas para permitir a los no ciudadanos conservar y desarrollar su cultura.” (pár. 37). No sobra recordar que el Convenio 143 de 1975 de la OIT ya incluía una disposición similar, de hecho dispone que los Estados deben tomar las medidas necesarias para “preservar su identidad nacional y étnica, así como sus vínculos culturales con su país de origen, incluyendo la posibilidad de que sus hijos reciban enseñanza de su lengua materna” (art.12.f).

De otra parte el citado Comité también ha puesto de manifiesto aspectos relacionados con la familia del trabajador migratorio, y resulta pertinente tener en cuenta que en la Recomendación General No. XXX ha planteado su preocupación debido a la “(...) discriminación múltiple con que se enfrentan los no ciudadanos, en particular respecto de los hijos y cónyuges de los trabajadores no ciudadanos” (pár. 4).

No sobra citar algunos casos de la Corte IDH en los que se aborda la identidad cultural de algunas minorías étnicas, sin embargo estos fallos no se aplican en sentido estricto a los extranjeros o a trabajadores migrantes<sup>1099</sup>.

*d) Derecho a transferencia de ahorros.*

La CTMF también reconoce el derecho de los trabajadores migrantes a transferir sus ingresos y ahorros (art.32). El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares, en la Observación General No. 1, ha manifestado que una de sus principales preocupaciones en lo que se refiere a la migración es “(...) la dependencia de los familiares que dejaron en su país de origen de las remesas enviadas por el migrante” (pár.7) .De ahí que invite a los Estados para que en la fase previa al viaje diseñe planes para capacitar a los futuros trabajadores migrantes sobre

---

<sup>1099</sup> CORTE IDH, caso *Comunidad Moiwana vs. Suriname*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 15 de junio de 2005, serie C. No. 124, *Comunidad indígena Yaky Axa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 17 de junio de 2005, serie C, No. 125, *Comunidad indígena Xákmok Káser vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de agosto de 2010, serie C, No.214.

“Conocimientos financieros, en particular información sobre las remesas de fondos y los planes de ahorro” (pár. 29). Conviene tener presente que este derecho ya se encontraba reconocido en el Convenio 97 de la OIT pero solamente a favor de los trabajadores migratorios en situación jurídica de legalidad (art. 9).

Como pudo evidenciarse el listado de los derechos económicos, sociales y culturales de los trabajadores migrantes en situación jurídica de irregularidad es mucho menor que el de los derechos civiles que han sido reconocido por la CTMF. Lo anterior pese a que gran parte de los consagrados en otros instrumentos internacionales se atribuyen a todas las personas. Sin embargo no puede olvidarse que en lo relativo a la entrada y permanencia de trabajadores migrantes en el territorio de un Estado de empleo, éstos son autónomos para definir su política migratoria y fijar los términos de la oferta laboral. Así mismo, ya se ha puesto de presente que respecto de los extranjeros proceden legítimamente las distinciones y esto impacta directamente en el ejercicio de los derechos, siempre y cuando no sea objeto de discriminación. Es así como el catálogo de derechos reconocido en la Parte III de la CTMF es solamente un conjunto de garantías mínimas que deben dispensarse a todos los trabajadores migratorios por el hecho mismo de ser personas humanas.

### **3. Derechos derivados de la relación laboral.**

A continuación se hará un estudio de los derechos contenidos en la CTMF, que si bien hacen parte de los derechos económicos, sociales y culturales, son aquellos que se derivan de la relación laboral. La razón por la que dedicamos un apartado especial a este aspecto radica en que a partir del reconocimiento de estos derechos se avanza hacia la igualdad de trato de los trabajadores migrantes, incluidos aquellos en situación jurídica de irregularidad y consideramos son evidencia del desarrollo progresivo en la protección de los migrantes.

#### **3.1. Condiciones de empleo.**

La CTMF reconoce a todos los trabajadores migratorios ciertas condiciones mínimas que se derivan del hecho mismo de desarrollar una actividad laboral en un Estado de empleo independientemente de su situación migratoria, es decir, sin que su estatus de trabajador en situación jurídica de legalidad o ilegalidad sea una consideración necesaria para que sean amparados por la disposición normativa. Establece que: “los trabajadores migratorios gozarán de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo en lo tocante a la remuneración (art.25.1), (...) horas extraordinarias de trabajo, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, fin de la relación de empleo, y otras condiciones de trabajo conforme a la legislación y la práctica nacionales (...)” (art.25.1.a).

Como puede notarse este primer grupo de garantías que se reconoce a todos los trabajadores migratorios no resulta ser un catálogo novedoso, toda vez que en anteriores instrumentos internacionales ya se contemplaban ciertas condiciones en el trabajo, como ocurre en el PIDESC (art.7), normas que resultan ser complementarias a la CTMF, toda vez que ésta se refiere a la igualdad de los trabajadores migratorios en lo atinente a la remuneración, sin entrar a describir cuáles deben ser esos elementos integrales de la misma. En razón a lo anterior, debe acudir al PIDESC el cual dispone que “la remuneración

proporciona (...) a los trabajadores un salario equitativo, e igual (...) condiciones de existencia dignas para ellos y sus familias, seguridad e higiene en el trabajo, igualdad de oportunidades para ser promovidos dentro de su trabajo, descanso, tiempo libre, limitación razonable de las horas de trabajo, vacaciones periódicas pagadas, remuneración de días festivos (art.7, a, b, c, d).

Como puede notarse gran parte de los elementos de las condiciones de trabajo son comunes con el derecho al trabajo y sus componentes según el PIDESC, sin embargo en la CTMF no se refiere expresamente de las condiciones de higiene en el trabajo a diferencia con el PIESC (art.7.b), aunque la Convención sí se hace referencia a las condiciones de seguridad en el mismo, y se refiere a “cualesquiera otras condiciones” (art.25. 1.a). El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General No. 18 ha puesto de manifiesto que el trabajo debe respetar “(...) los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de seguridad laboral y remuneración. También ofrecer una renta que permite a los trabajadores vivir y asegurar la vida de sus familias” (pár. 7).

Por su parte, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares, en la Observación General No. 1 analiza las condiciones de empleo de los trabajadores domésticos y pone en evidencia que frente a estos aspectos, que son considerados elementos mínimos, constitutivos de un “*trabajo digno*”<sup>1100</sup> se presentan reiteradas violaciones. Sostiene, que estas personas están con frecuencia sometidas a: “Excesivas horas de trabajo y a menudo sin definir (pár.13.b), insuficiente tiempo de descanso y esparcimiento (pár.13.c), salarios bajos pagados con retraso o no pagados” (pár. 13.e). Por otra parte, afirma que en muchos países “se excluye a los trabajadores domésticos de la protección de la legislación laboral sobre la base de determinados requisitos y de definiciones especiales (...)” (pár. 19).

Además de los abusos y difíciles condiciones de las que son víctimas los trabajadores migrantes domésticos, el Comité señala las acciones que deben adoptar los Estados, tendientes a fomentar el respeto de las condiciones de trabajo. En este sentido sostiene que: “Los derechos de los trabajadores domésticos migratorios deben abordarse en el marco más amplio de las disposiciones relativas al trabajo decente (...)” (pár. 37). Lo anterior supone que la protección laboral contenida en el derecho interno de los Estados debe amparar también a los trabajadores migrantes en lo que se refiere al “(...) salario mínimo, el horario de trabajo, los días de descanso, la libertad de asociación, la protección de la seguridad social (por ejemplo en el caso de maternidad), los derechos de pensión, los seguros médicos y otras disposiciones específicamente relacionadas con las circunstancias del trabajo doméstico” (pár. 37). De este modo los trabajadores migratorios deben gozar de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo” (pár. 38). Agrega el Comité que: “Además, los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias a fin de modificar la idea que se hace el público del trabajo doméstico para que éste se reconozca como trabajo y se reconozca también a los trabajadores domésticos como trabajadores con derechos fundamentales, incluidos los derechos laborales” (pár. 39).

---

<sup>1100</sup> Expresión empleada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 18, pár. 7

No puede olvidarse que este concepto de trabajo decente, que ha retomado el mencionado comité, es un concepto que ha desarrollado ampliamente la OIT, y por tal se entiende, tal y como fue señalado en el capítulo IV “el trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son protegidos, y que cuenta con remuneración adecuada y protección social”<sup>1101</sup>.

Adicional a esto, según criterio del mencionado Comité para dar cumplimiento al respeto de las condiciones mínimas de trabajo se debe “(...) garantizar que se comunique a los trabajadores domésticos migratorios, de manera explícita, por escrito y en un idioma que comprendan, las condiciones de empleo, con indicación de sus obligaciones específicas, el horario, la remuneración, los días de descanso y otras condiciones de trabajo, en contratos equitativos suscritos con su libre y pleno consentimiento” (pár. 40).

En la CERD tal y como fue estudiado en el capítulo IV se garantiza este derecho a todas las personas (art.5.i.e), y según la interpretación efectuada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en la Recomendación General No. XXX “todas las personas deberán poder disfrutar de los derechos laborales y de empleo (...)” (pár. 35). Lo anterior nos permite inferir que los extranjeros, o no ciudadanos (si se habla en los términos de la CERD) también están incluidos.

En lo que se refiere al contexto regional, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha precisado la importancia de que los Estados Parte garanticen el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, y considera que son necesarias “(...) las condiciones de trabajo equitativas” pues las partes contratantes se comprometen a fijar una razonable duración diaria y semanal de las horas de trabajo reduciendo progresivamente la semana laboral (art. 2.1 CSE revisada). El citado Comité también ha sostenido que “(...) el objetivo de la reducción de la duración del tiempo de trabajo es apropiado para dar cumplimiento al art.2, apartado 1”<sup>1102</sup>. Agrega que: “las medidas de flexibilización del tiempo de trabajo no son, como tales, contrarias a la Carta Social revisada.” (pár. 29). Adicionalmente precisa que las medidas de flexibilización de la jornada laboral deberán responder a tres criterios básicamente: “(i) impedir que la duración del tiempo de trabajo diario o semanal no sea irrazonable, (ii) estar establecidas en un marco jurídico que prevea garantías suficientes, (iii) prever periodos de referencia de una duración razonable para el cálculo de la duración media del tiempo de trabajo” (pár. 30). Dichos aspectos son reiterados también en la Reclamación Colectiva No. 16 de 2003.<sup>1103</sup>

En lo atinente al derecho al descanso garantizado en la CSE de 1961, como en la de 1996 (art.2.5), el Comité Europeo de Derechos Sociales ha subrayado que “(...) cada trabajador debe disfrutar de períodos de descanso suficientes que le permitan recuperarse de la fatiga generada por el trabajo y que revistan un carácter preventivo tendente a reducir los riesgos

---

<sup>1101</sup> Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en 1999. Disponible en <http://www.ilo.org/public/spanish>

<sup>1102</sup> Comité Europeo de Derechos Sociales, *Reclamación Colectiva No. 9/2000*, presentada por la Confederación francesa de directivos-Confederación general de ejecutivos, Decisión de fondo de 16 de noviembre de 2000, pár. 28

<sup>1103</sup> Comité Europeo de Derechos Sociales, presentada por la Confederación Francesa de directivos-Confederación General de Ejecutivos, contra Francia, Decisión de Fondo de 12 de octubre de 2004, pár. 32

de atentado a su salud susceptibles de resultar de la acumulación de períodos de trabajo sin el descanso necesario”<sup>1104</sup>. Así mismo, en lo que se refiere a la jornada laboral incluso con la acumulación de las horas extraordinarias de trabajo el Comité Europeo ha agregado que “(...) la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, incluidas las horas extraordinarias, calculada sobre la base de doce semanas consecutivas, no puede superar 44 horas, y en el curso de una misma semana no puede superar las 48 horas” (pár. 63).

Sobre el derecho a la salud y a la higiene en el trabajo reconocido en la CSE de 1961 y de 1996 (art.3) el Comité Europeo de Derechos Sociales lo ha encontrado muy vinculado al límite de la jornada laboral y al derecho al descanso de los trabajadores, tal y como quedó puesto de manifiesto anteriormente.

Como puede apreciarse el Comité Europeo de Derechos Sociales ha contribuido a la interpretación de lo que debe entenderse por condiciones de trabajo equitativas (Parte I.2, art.2, art. 4 CSE) y adecuadas, así como también a la seguridad y la higiene en el trabajo, (art.3 CSE) a través de sus pronunciamientos. En principio las disposiciones serían aplicables a todas las personas sin que pueda mediar discriminación (art. E CSE revisada). No obstante, no pueden olvidarse las precisiones que sobre este instrumento se realizaron en el capítulo sobre igualdad y no discriminación, en las que se puso de manifiesto que en lo que se refiere a las normas particulares sobre derechos de los trabajadores migrantes, (art.19) éstas solamente amparan a aquellos trabajadores que sean nacionales de cualquiera de las Partes de la CSE, por lo que los ciudadanos de otros países no podrán ostentar dichos beneficios, por lo que conviene recordar lo sostenido por los profesores **Bondía García y Bonet Pérez** respecto de que el artículo 19 destinado a la protección de los trabajadores migratorios “(...) se aplica únicamente a los nacionales de las partes contratantes de la CSE”<sup>1105</sup>. De lo anterior valdría la pena plantear la reflexión sobre si ¿es posible que de acuerdo con la CSE le sean aplicables los derechos consagrados en los artículos 2, 3 y 4 a los trabajadores migrantes una vez ya constituida una relación laboral pese a que sean nacionales de terceros Estados y se encuentren en situación jurídica de irregularidad?

La respuesta inicial a este interrogante podría ser positiva en razón a que estos primeros artículos no presentan restricción respecto de su campo de aplicación personal, y si se analiza la Parte I de la CSE ésta enuncia: “Todos los trabajadores tienen derecho a unas condiciones de trabajo equitativas” (Parte I.2), “Todos los trabajadores tienen derecho a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso” (Parte I.3). Conviene recordar que los principios de esta primera parte son “únicamente aplicables a los extranjeros residentes legales o que trabajen regularmente (como se estudiará en el capítulo VI), que sean nacionales del resto de los Estados Partes, sin perjuicio de que un Estado pueda de manera unilateral extenderlos a otras personas.”<sup>1106</sup>

---

<sup>1104</sup> Comité Europeo de Derechos Sociales, *Reclamación Colectiva No. 22/2003*, presentado por la Confederación General del Trabajo contra Francia, Decisión de Fondo de 8 de diciembre de 2004, pár. 34

<sup>1105</sup> BONDÍA GARCÍA, D. y BONET PÉREZ, J.: “La Carta Social Europea”, en *La protección Internacional de los Derechos Humanos, en los albores del siglo XXI*, (F. Gómez Isa, Dir.) Humanitarian Net, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, p. 456

<sup>1106</sup> BONET PÉREZ J.: *Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigrantes: un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español*, Ob. Cit. p. 55



Pese a lo anterior si se ahonda en la lectura y en el análisis de la CSE tal y como se ha puesto de manifiesto anteriormente, la protección dispensada a los trabajadores migrantes y a sus familias se restringe a: “(...) la protección y asistencia en el territorio de cualquier otra parte contratante (...)” (art.19) es decir que quedan excluidos los trabajadores de países que no son parte en la CSE

En el sistema interamericano la Corte IDH en la citada Opinión Consultiva No. 18 se refiere a los derechos de los migrantes indocumentados y en primer lugar afirma que: “Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio” (pár. 113). Y tras una serie de consideraciones sobre el derecho al trabajo agrega que: “Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna.” (pár. 113) “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” (pár. 134).

Las apreciaciones de la Corte IDH parten de la preocupación que se ha evidenciado respecto de las críticas condiciones laborales de las que son con frecuencia víctimas los trabajadores migrantes, la precarización de su empleo, y la vulnerabilidad agravada que están propensos a padecer. Esto no resulta ser novedoso pues ha sido denunciado por el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes<sup>1107</sup>, así como la OIT<sup>1108</sup>, la OIM<sup>1109</sup>, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares<sup>1110</sup>, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial,<sup>1111</sup> entre otros.

La responsabilidad por las posibles malas condiciones de trabajo de los migrantes indocumentados puede presentarse entre particulares o por parte del Estado cuando es empleador. Sobre este aspecto la Corte IDH en la Opinión Consultiva No. 18 ha estimado que: “Las relaciones laborales se establecen tanto en el derecho público como en el derecho privado, y en ambos ámbitos el Estado tiene un rol importante” (pár. 138), toda vez que “(...) la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción,

---

<sup>1107</sup> Ver *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante, 21 de marzo de 2011, pár. 10 y s.s., *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante, de 3 de agosto de 2010, pár. 42, *Informe sobre los derechos humanos de los migrantes presentado por la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos*, de 22 de septiembre de 2004, pár. 16, entre otros.

<sup>1108</sup> Organización Internacional del Trabajo, *Migración Laboral Internacional: un enfoque basado en los derechos*, resumen ejecutivo, p.2, disponible en [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms\\_160050.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_160050.pdf), Organización Internacional del Trabajo, *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*, informe IV, pár. 36, disponible en <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc92/pdf/rep-vi.pdf>

<sup>1109</sup> <http://www.iom.ch/jahia/Jahia/media/press-briefingnotes/pbnEU/cache/offonce/lang/es?entryId=29148>

<sup>1110</sup> Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observación General No. 1, párs. 11-14

<sup>1111</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General No. XXX, pár. 33

también proyecta sus efectos en las relaciones interindividuales.” (pár. 146). De esta forma es una obligación para los Estados “(...) no permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales” (pár. 148).

Debe tenerse presente que de acuerdo con lo interpretado por la Corte IDH en la Opinión Consultiva No. 18 los trabajadores migratorios son personas que deben estar protegidas por las normas jurídicas internas de los Estados, razón por la cual éstos son “(...) responsables por sí mismo tanto cuando funciona como empleador, como por la actuación de terceros que actúen con su tolerancia, aquiescencia o negligencia (...)” (pár. 152). Pese a lo anterior la Corte siguiendo lo sostenido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General No. 18 (pár. 6) se aparta de considerar que el derecho al trabajo sea un derecho absoluto al sostener que: “Es importante precisar que el Estado y los particulares en un Estado, no están obligados a brindar trabajo a los migrantes indocumentados. Los Estados y los particulares, tales como los empleadores, pueden abstenerse de establecer una relación de trabajo con los migrantes en situación irregular.”<sup>1112</sup> No puede olvidarse que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial sin entrar a ser tan explícito también había considerado algo similar.<sup>1113</sup>

La Corte IDH también ha sostenido en la misma Opinión Consultiva No. 18 que todos los trabajadores migrantes deben disfrutar del derecho “(...) a un salario justo por trabajo realizado, seguridad social, (...) duración de jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene), descanso e indemnización” (pár. 157) son “(...) derechos laborales fundamentales que garantiza al trabajador y a sus familiares el disfrute de una vida digna” (pár. 158). El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes manifiesta que “Comparte el contenido de la Opinión Consultiva en donde se examinan los derechos los trabajadores migrantes indocumentados”<sup>1114</sup>.

Sobre esta Opinión Consultiva se pronuncia el profesor **Chueca Sancho** y sostiene que la misma puede considerarse como el “(...) certificado de calidad de un Estado en materia de derechos humanos (...), pues reafirma “(...) el principio de igualdad y no discriminación a todas las personas dependientes de su jurisdicción, incluidos los extranjeros indocumentados”<sup>1115</sup>.

La importancia de que los empleadores tanto del sector público como del privado en un Estado de empleo respeten los derechos de los trabajadores migratorios una vez exista una relación laboral, fue también resaltada por la CIDH,<sup>1116</sup> en sus informes anuales<sup>1117</sup>, vale

---

<sup>1112</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva No. 18, pár. 135

<sup>1113</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General No. XXX, pár. 35

<sup>1114</sup> *Informe sobre los derechos humanos de los migrantes presentado por la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos*, 22 de septiembre de 2004, pár. 42

<sup>1115</sup> CHUECA SANCHO, A.: “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados: la OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Ob. Cit. p. 307

<sup>1116</sup> La preocupación por la situación de los trabajadores migrantes ha sido una constante de la CIDH, en razón a que su Relator Especial, año tras año, plantea necesidades en este sentido. En lo que se refiere al respeto de los derechos derivados de la relación laboral, vale mencionar el informe del año 2006, según el cual se da cuenta de que adicionalmente a su permanente labor de promoción y asesoramiento sobre el

rescatar el del año 2003, en el que sostuvo que “(...) el mecanismo adecuado para que los particulares cumplan con las obligaciones *erga omnes* de respeto por los derechos de los migrantes, consiste en que el Estado de empleo, cree una normativa que tenga el control suficiente para que en las relaciones individuales no se vulneren derechos, toda vez que como consecuencia de estas infracciones el Estado podría ser internacionalmente responsable por permitir las prácticas de terceros que sean discriminatorias contra los inmigrantes”<sup>1118</sup>.

Conviene tener en cuenta que **Hennebel**, considera que: “La Opinión Consultiva No. 18 dada por la Corte Interamericana marca un avance decisivo para el Derecho Internacional de los derechos del hombre en el sistema interamericano de protección. La Corte tiene un nivel de confianza y autoridad para poderse pronunciar de manera intachable sobre las cuestiones particulares referentes a los trabajadores clandestinos al tiempo que esboza el razonamiento jurídico, desafía el fundamento de Derecho Internacional.”<sup>1119</sup>. Por su parte el profesor **Cançado Trindade** al referirse a dicha opinión consultiva afirma que “(...) tuvo una influencia profunda en el continente americano primero y luego se extendió en el mundo entero pues propone una interpretación evolutiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”<sup>1120</sup>

Los derechos antes comentados podrían ser un buen ejemplo de que la protección en favor de los trabajadores migrantes camina hacia la igualdad de estándares, esto fue puesto de manifiesto en los trabajos preparatorios de la CTMF, en los que se sostuvo que “(...) las normas nacionales de los Estados eran insuficientes para proteger a los trabajadores migrantes en suelo extranjero, y teniendo en cuenta que uno de los principales propósitos de la acción internacional para mejorar la situación de estas personas, era concederles un

---

cumplimiento de los derechos de los trabajadores migrantes, se llevó a cabo el “Taller sobre trabajadores migrantes: protección de sus derechos laborales y programas de mercado de trabajo”, en dicho taller se buscó la promoción del diálogo de cooperación entre los ministros de trabajo de las Américas, y la promoción de derechos laborales, de los trabajadores migrantes. Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2006, capítulo II, bases jurídicas y actividades de la CIDH en el año 2006*, par. 92. Documento disponible en la página web <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/cap2.2006.sp.htm#Migratorios>

<sup>1117</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual de la Comisión IDH, 2006, Capítulo II: Relatoría Especial sobre los trabajadores Migratorios y miembros de sus familias*, Doc. OEA/Ser. L/V/II.127 Doc. 4 rev. 13 marzo 2007, par. 88 y ss. *Informe anual de la Comisión IDH, 2007, Capítulo II: Relatoría Especial sobre los trabajadores Migratorios y miembros de sus familias*, Doc. OEA/Ser. L/V/II.130, Doc. 22, rev. 1, 29 diciembre 2007, pars. 96, y ss. *Informe anual de la Comisión IDH, 2008, Capítulo II: Relatoría Especial sobre los trabajadores Migratorios y miembros de sus familias*, Doc. OEA/Ser. L/V/II.134, Doc. 5 rev. 1, 25 febrero 2009, pars. 103 y ss. *Informe anual de la Comisión IDH, 2009, Capítulo II: Relatoría Especial sobre los trabajadores Migratorios y miembros de sus familias*, Doc. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 51 corr.1, 30 diciembre 2009, pars. 87 y ss.

<sup>1118</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Quinto Informe de progreso de la Relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias*, Doc. OEA/Ser. L/V/II.118, 70 rev.2 de 29 de diciembre de 2003, par. 14

<sup>1119</sup> HENNEBEL, L.: “L’humanitation du droit international des droits de l’homme: commentaire sur l’avis consultatif n° 18 de la Cour interaméricaine relatif aux droits des travailleurs migrants”, en *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, No. 57, Janvier, Nemesis, Bruxelles, 2004, p. 751.

<sup>1120</sup> CANCADO TRINDADE, A.A.: “Le Déracinement et la protection des migrants dans le droit international des droits de l’homme” en *Revue Trimestrielle des droits del l’homme*, No. 74, Bruxelles, abril de 2008, p. 316.

trato similar al dispensado a los nacionales de los países de acogida era necesaria la adopción de una Convención”(…).<sup>1121</sup> No obstante, no puede ignorarse que esto no se aplica aún de manera absoluta, sino tal y como hemos señalado proceden legítimamente las distinciones y los parámetros de equiparación son aún un proceso en construcción<sup>1122</sup>.

En función de todo lo anterior es evidente que la CTMF es el tratado que plantea mayores beneficios para los trabajadores migratorios. Al parecer la tendencia de igualdad de trato en materia de trabajo es la razón por la cual la CTMF no ha sido ratificada por gran parte de los Estados de destino<sup>1123</sup>, toda vez que existe temor en torno a la obligación de garantizar el catálogo de derechos allí contenidos a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares independientemente de su situación jurídica, sin embargo, tal y como lo sostiene el profesor **Chueca Sancho** “ (...) la Convención ni realiza una política de puertas abiertas pues diferencia entre migrantes en situación regular y migrantes en situación irregular, ni soluciona todas las cuestiones que la inmigración ofrece hoy.”<sup>1124</sup> Adicionalmente este instrumento dispone que: “ninguna de las disposiciones de la presente Parte de la Convención (...) menoscabará las medidas encaminadas a asegurar las condiciones satisfactorias y equitativas para la migración internacional previstas en la parte IV (...)” (art.35), es decir las relativas a los derechos de los trabajadores en situación jurídica de regularidad.

No puede perderse de vista que a pesar de los derechos que puede llegar a reconocer un Estado de empleo en cumplimiento de la Parte III de la CTMF, esto no implica “(...) eximir a los trabajadores migratorios y a sus familiares de la obligación de cumplir las leyes y reglamentaciones de todos los Estados de tránsito y del Estado de empleo (...)” (art.34). Esta disposición puede llegar a interpretarse bajo el entendido de que todas las personas en principio deben respetar las leyes del Estado de empleo, incluidas naturalmente las de ingreso y permanencia, y que la disposiciones de protección a los trabajadores migratorios en situación jurídica de irregularidad se aplican en el caso extremo en el que los controles migratorios no hayan podido ser lo suficientemente eficientes para evitar el ingreso de personas sin el cumplimiento de los requisitos exigidos, razón por la cual podría llegar a

---

<sup>1121</sup>UN ESCOR, *Welfare of Migrants Workers and Their Families: progress Report of the Secretary-General, of the ( 2<sup>nd</sup>) Social Committee*, Doc. E/1981/47, May. 5 of 1981, par. 4

<sup>1122</sup> De otra parte no puede olvidarse que en los Convenios de la OIT ya se reconocían muchas de estas condiciones en el trabajo, y si bien no se refieren en sentido estricto a los trabajadores migrantes lo hacen en sentido genérico a “todo trabajador” tal y como ha ocurrido con el No. 100 sobre igualdad de remuneración, No. 106 sobre el descanso semanal, No. 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación, No. 120 sobre la higiene (comercio y oficinas), No. 132 sobre vacaciones pagadas, No. 152 sobre seguridad en higiene en los trabajos portuarios, No. 158 sobre la terminación de la relación de trabajo.

<sup>1123</sup> A la fecha la CTMF cuenta con 45 ratificaciones, la última de ellas efectuada por el Estado de Bangladesh el 24 de agosto de 2011, según información sobre el Estado de ratificaciones disponible en la página [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-13&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en) Si se efectúa una detallada revisión de este listado de Estados Parte en el instrumento, se puede observar que ninguno de los países de destino o de potencial empleo lo han ratificado. Entre los Estados de acogida de inmigrantes que la han ratificado se encuentran: Libia, México, Chile, Turquía, Uruguay. Debe resaltarse que Estados como los miembros de la Unión Europea y los Estados Unidos de América, los cuales reciben grandes flujos migratorios no han ratificado la CTMF.

<sup>1124</sup> CHUECA SANCHO, A.: “La Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, en *Revista de Derecho Migratorios y Extranjería*, Ob. Cit. p. 124.

generar una sensación de que el instrumento presenta contradicciones, las cuales se explican en la tensión que en términos del profesor **Carrillo Salcedo** se presenta entre la soberanía de los Estados y el respeto por los derechos humanos<sup>1125</sup> en este caso, representado en un estándar mínimo de protección a los trabajadores migratorios y a sus familiares.

De otra parte, la CTMF si bien reconoce un marco de derechos mínimos a todos los trabajadores migrantes, permite a los Estados de empleo que regulen los aspectos relacionados con la política migratoria pues “nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al derecho de cada Estado Parte a establecer los criterios que rijan la admisión de los trabajadores migratorios y de sus familiares (...)” (art. 79). Así mismo pese a que la CTMF exige a los Estados llevar a cabo medidas de control para “(...) impedir y eliminar los movimientos y empleo ilegales o clandestinos de los trabajadores migratorios en situación irregular (art.67.2), esto no conlleva necesariamente que los Estados deban proceder a “(...) la regularización de la situación de trabajadores migratorios o de familiares suyos no documentados o en situación irregular o el derecho a que su situación sea así regularizada (...) (art. 35).

Si bien esto es así, es pertinente tener presente que el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes ha puesto de manifiesto que los procesos de regularización generalizada pueden ser calificados como “buenas prácticas”<sup>1126</sup> en el marco de la gestión de la migración basada en derechos. El Relator estima que “(...) la creación de oportunidades para la regularización de la situación de migrantes no documentados constituye, a su juicio, una alternativa, basada en los derechos, a la gestión de la migración irregular sin recurrir a su penalización”(pár. 56). Por otro lado la adopción de estas iniciativas “(...) mejoran el disfrute de los derechos humanos por los migrantes, en particular los derechos económicos y sociales, y contribuyen a su integración en los países de destino” (pár. 57)

Todo lo anterior permite afirmar que los beneficios derivados en estricto sentido de la existencia de la relación laboral son consecuentes con el conjunto de medidas propuestas por la CTMF de “(...) promocionar que los procesos migratorios se desarrollen en las condiciones lo más satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas posibles,”<sup>1127</sup> lo que implica la necesidad de contrastar el respeto por los derechos humanos de los trabajadores migrantes sin perder la potestad de regulación de la política migratoria.

Finalmente las palabras del profesor **Cançado Trindade** conviene citarlas toda vez que preocupado por los derechos de los migrantes sostiene que en la problemática de la migración “se necesita un enfoque universal, una obligación *erga omnes* de protección de los emigrantes y la responsabilidad individual de los Estados no se puede disociar de la responsabilidad de la comunidad internacional. Por ende, es necesario un imperativo de

---

<sup>1125</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A.: *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional contemporáneo*, Ob. Cit. p. 107

<sup>1126</sup> *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante, de 3 de agosto de 2010, pár. 53

<sup>1127</sup> BONET PÉREZ, J.: *Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigrantes: una análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español*, Ob. Cit. p. 37

justicia social al nivel universal”<sup>1128</sup> lo que para el profesor **Pureza** implica concebir el Derecho Internacional como un “(...) poderoso instrumento de desmitificación de la horizontalidad en la que se basa el mismo, (...) y concebir la universalización de la sociedad internacional tomando la solidaridad entre los Estados como su valor-guía”.<sup>1129</sup>

### 3.2. Derecho a la seguridad social

El artículo 25 de la CTM dispone que los trabajadores migratorios tienen derecho a las condiciones de trabajo en igualdad de condiciones, y que los trabajadores migratorios así como sus familiares “gozarán en el Estado de empleo, con respecto a la seguridad social, del mismo trato que los nacionales en la medida en la que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables. Las autoridades competentes del Estado de origen y del Estado de empleo podrán tomar en cualquier momento las disposiciones necesarias para determinar las modalidades de aplicación de esta norma” (art.27.1).

“Cuando la legislación aplicable no permita que los trabajadores migratorios o sus familiares gocen de alguna prestación, el Estado de que se trate, sobre la base del trato otorgado a los nacionales que estuvieren en situación similar, considerará la posibilidad de reembolsarles el monto de las contribuciones que hubieren aportado en relación con esas prestaciones” (art.27.2).

Tal y como ocurre con un gran número de derechos que se reconoce a los trabajadores migratorios, la garantía del derecho a la seguridad social tampoco es una novedad de la CTMF, toda vez que en el PIDESC (art. 9) es posible encontrar una consagración normativa términos similares, así como en otros instrumentos internacionales<sup>1130</sup>.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General No. 19 interpreta el alcance de este derecho y hace constar que la seguridad social incluye “(...) a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo” (pár. 2). Muchas de estas prestaciones en algunos Estados se materializan en la práctica en virtud de las afiliaciones provenientes de la existencia de contratos laborales, pues se realizan aportes a los sistemas generales de seguridad social, toda vez que “Estos planes implican generalmente el pago de cotizaciones obligatorias de los beneficiarios, los empleadores y a veces el Estado, juntamente con el pago de las prestaciones y los gastos administrativos con cargo a un fondo común” (pár. 4) y “ (...) los planes no contributivos,

---

<sup>1128</sup> *Ibidem*, p. 326

<sup>1129</sup> PUREZA, J.M.: *El patrimonio común de la humanidad: ¿hacia un derecho internacional de la solidaridad?*, Trotta, Madrid, 2002, p. 377.

<sup>1130</sup> Art. 9 del PIDESC, art.5.e.iv, CEDR, art.11.e CEDM, art.26.1 CDN, art.28 CDPD, Parte I.12, arts.8.1, 12, 13 y 14 de CSE 1961 y Revisada, art.9 el Protocolo Adicional a la CADH.

como los planes universales” (pár.4.b), sin perjuicio de la existencia de otras modalidades de sostenimiento de la seguridad social<sup>1131</sup>.

La CTMF busca que se garantice este derecho en igualdad de condiciones que para los nacionales del Estado de empleo, aspecto que puede explicarse en que “la seguridad social, debido a su carácter redistributivo, desempeña un papel importante para reducir y mitigar la pobreza, prevenir la exclusión social y promover la inclusión social.”<sup>1132</sup> No sobra recordar que por la especial situación de vulnerabilidad de los trabajadores migratorios, sobre todo aquellos en situación jurídica de irregularidad, por lo general están excluidos y son parte de la población pobre en los Estados de destino.

Sobre el particular el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala en la Observación General que se viene comentando que “(...) los Estados deben prestar especial atención a las personas y los grupos vulnerables que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho (...) los trabajadores insuficientemente protegidos, las personas que trabajan en el sector no estructurado (...) los no nacionales.” (pár. 30) Para el Comité cuando “los no nacionales, entre ellos los trabajadores migratorios, han cotizado a un plan de seguridad social, deben poder beneficiarse de esa cotización o recuperarla si abandonan el país. Los derechos de los trabajadores migratorios tampoco deben verse afectados por el cambio del lugar de trabajo” (pár. 36). Agrega además que “Los no nacionales deben poder tener acceso a planes no contributivos de apoyo a los ingresos, y acceso asequible a la atención de salud y el apoyo a la familia. Cualquier restricción, incluido un período de carencia, debe ser proporcionada y razonable. Todas las personas, independientemente de su nacionalidad, residencia o condición de inmigración, tienen derecho a la atención médica primaria y de emergencia.” (pár. 37). Pese a lo anterior debemos señalar que consideramos que esta interpretación es aplicable a los trabajadores en situación jurídica de regularidad.

De otra parte, el reconocimiento de la seguridad social a los trabajadores migrantes y a los miembros de sus familias, incluso en situación jurídica de irregularidad, despliega una serie de derechos sociales que permite que se eleve el nivel de vida de este grupo de personas, toda vez que según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se compone de: la atención en salud (pár.13) enfermedad (pár. 14), vejez (pár. 15), desempleo (pár. 16), accidentes laborales (pár.17), prestaciones familiares (pár.18), maternidad (pár. 19), discapacidad (pár.20), sobrevivientes y huérfanos (pár. 21).

El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus familiares en la Observación General No. 1 reitera que los “Estados deben velar por que los trabajadores domésticos migratorios tengan acceso a las prestaciones de seguridad social

---

<sup>1131</sup> Entre ellos puede referenciarse los planes privados, las medidas de autoayuda u otras medidas como los planes comunitarios o los planes de asistencia mutua. Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 19, pár. 5

<sup>1132</sup> *Ibidem*, pár. 3

sobre la base del trato otorgado a sus nacionales” (pár. 42). En esta Observación General el Comité da una interpretación realmente breve a este derecho y no aborda más aspectos<sup>1133</sup>.

El Comité Europeo de Derechos Sociales tal y como lo ha puesto de manifiesto **Gori** “es el cuerpo responsable para interpretar y dar alcance a los derechos reconocidos en la Carta, y por supuesto el derecho a la seguridad social (...)”<sup>1134</sup>, sin embargo algunos casos fallados por el TEDH “(...) han tenido implicaciones de naturaleza social y económica.”<sup>1135</sup> Conviene recordar que esta apreciación la manifiesta el TEDH en el caso *Airey c. Irlanda* pues sostiene expresamente que “si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social (...) el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación; no existe una separación tajante entre esa esfera y el ámbito del Convenio.”<sup>1136</sup>, y esto se ha evidenciado en la protección de la seguridad social. También conviene tener presente los casos *Feldbrugge c. Países Bajos*<sup>1137</sup>, *Koua Poirrez c. Francia*<sup>1138</sup>, *Luczak contra Polonia*<sup>1139</sup>, *Antonakopoulos y otros c. Grecia*<sup>1140</sup>, *Wessels-Beergervoet c. Países Bajos*<sup>1141</sup>, *Willis c. Reino Unido*<sup>1142</sup>.

---

<sup>1133</sup> Pese a esto conviene tener en cuenta el Comité en mención sostiene que “(...) por lo general, los trabajadores domésticos migratorios corren un riesgo mayor de sufrir determinadas formas de explotación y maltrato. Su vulnerabilidad deriva principalmente de su situación de aislamiento y dependencia, que puede caracterizarse por los elementos siguientes: el aislamiento que representa la vida en un país extranjero, en el que a menudo se habla un idioma distinto, lejos de la familia; la falta de sistemas de apoyo básico y el desconocimiento de la cultura y la legislación nacional en materia de trabajo y migración; y la dependencia del migrante respecto del empleo y del empleador a causa de las deudas contraídas para migrar, su estatuto jurídico, las prácticas de los empleadores que restringen su libertad para abandonar el lugar de trabajo, el simple hecho de que su lugar de trabajo es también a veces su único alojamiento y la dependencia de los familiares que dejaron en su país de origen de las remesas enviadas por el migrante. Comité de Protección de los Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observación General No, pár. 7

<sup>1134</sup> GORI, G.: “Domestic Enforcement of the European Social Charter: the way forward”, in *Social Rights in Europe*, (G. de Burca and B de White. Coords.), Oxford University Press, 2005, p. 83

<sup>1135</sup> GÓMEZ HEREDERO, A.: *Social Security as a human right: the protection afforded by the European Convention on human rights*, Human rights files, No. 23, Council Europe Publishing, 2007, p. 6. Disponible en <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/C8CD250B-F472-485BBDDE87F31AEA07D/0/DG2ENHRFILES232007.pdf>

<sup>1136</sup> TEDH, (A. 6289/73), Sentencia de 9 de octubre de 1979, Serie A, no. 6 pár. 26

<sup>1137</sup> TEDH, (A. 8562/79), Sentencia de 29 de mayo de 1986, En el cual por la vía de la protección del derecho a un proceso equitativo reconocido en el CEDH (art.6.1) se ampara el derecho a la seguridad social en concreto a ciertas prestaciones que deben recibir las personas en caso de enfermedad. En el asunto estudiado por el TEDH la afectada alega la violación a un proceso equitativo para poder acceder a prestaciones sociales por enfermedad, prestación sanitaria que se deriva de la existencia de su contrato laboral.<sup>1137</sup> Dichas prestaciones suplirían el monto de su salario, por la imposibilidad física por enfermedad para poder trabajar. El TEDH considera que en el caso existe violación al proceso equitativo, pues la afectada no tuvo la posibilidad de llevar su caso ante el pleno de la Comisión de Apelaciones de su país y en consecuencia no pudo controvertir la negativa de ser beneficiaria de las prestaciones sociales alegadas, párs. 41-46.

<sup>1138</sup> TEDH, (A. 40892/98), Sentencia de 30 de septiembre de 2003, también es posible evidenciar la protección de una prestación por una incapacidad por considerarlo un derecho patrimonial. El TEDH afirma en este asunto que “El Tribunal recuerda asimismo que ya ha declarado que el derecho a un subsidio –en la medida en que esté previsto por la legislación aplicable– es un derecho patrimonial en el sentido del artículo 1, del Protocolo 1 Adicional al CEDH”, pár. 3



Así mismo hay que tener presente la Reclamación Colectiva No. 14 del Comité Europeo de Derechos Sociales toda vez que al abordar el derecho a la salud ha puesto de manifiesto que la ausencia de prestación del mismo “(...) en el presente asunto, afecta un derecho que reviste una importancia fundamental para el individuo, puesto que dicho derecho se encuentra ligado al mismo derecho a la vida y afecta directamente a la dignidad del ser humano.” (pár.30).

El cumplimiento de las condiciones atiende a los requisitos mismos para poder acceder a las prestaciones derivadas de la seguridad social, las cuales son determinadas por el Estado de empleo, y que tienen su fuente en varias de las normas de la OIT que regulan temas relativos a la seguridad social.<sup>1143</sup> No obstante esto, vale resaltar que los beneficios dispuestos por los Convenios suponen una protección más amplia y por ser específicamente dedicados a estos temas logran regular de manera más generosa estos aspectos. Así mismo debemos indicar que en el caso en el que los Estados Parte de la CTMF, lo sean también de los citados Convenios de la OIT, las disposiciones podrán aplicarse de manera complementaria y bajo el principio de aplicación de la norma más favorable al trabajador.

Frente a esto debe recordarse que la propia CTMF prevé la compatibilidad entre su texto y las demás normas que puedan ser de aplicación para los trabajadores migratorios, indicando que en los eventos en los que las normas prevean obligaciones de diferente naturaleza para los Estados, el conflicto entre ellas se resolverá con la aplicación del principio de la norma más favorable al individuo (art.81.1). Lo anterior supone que la CTMF será de aplicación preferente siempre y cuando proponga un criterio más extensivo de los derechos y libertades garantizados a los trabajadores migratorios y sus familias, o cuando reconozca nuevos derechos y libertades a éstos, prevaleciendo lo establecido en otro tratado internacional más favorable si por su redacción puede mostrarse la Convención un poco más restrictiva.<sup>1144</sup>

### **3.3. Derecho de asociación sindical**

El derecho de asociación sindical se encuentra reconocido para los trabajadores migratorios y sus familiares en la CTMF (art.26.1.a) independientemente de su situación jurídica en el

---

<sup>1139</sup> TEDH, (A. 77782/01), Sentencia de 27 de noviembre de 2007. En el cual se niega a un ciudadano francés de origen polaco la admisión al sistema de seguridad social establecido en particular para el caso de los granjeros, en razón a su origen nacional. El TEDH condena al Estado Polaco, pues logra probar que la negativa en la afiliación al sistema no se fundamenta en la ausencia de requisitos, sino que procede sin que existan motivos objetivos, razonables, y proporcionales. Lo anterior por cuanto “(...) la diferencia de tratamiento entre personas en situaciones análogas deben ser tratadas sin discriminación (...), pár. 41

<sup>1140</sup> TEDH, (A. 37098/97), Sentencia de 14 de diciembre de 1999,

<sup>1141</sup> TEDH, (A. 34462/97), Sentencia de 4 de junio de 2002,

<sup>1142</sup> TEDH, (A. 36042/97), sentencia de 11 de junio de 2002.

<sup>1143</sup> Convenios de la Organización Internacional del Trabajo-OIT- 102 sobre normas mínimas de seguridad social, 118, sobre igualdad de trato en materia de seguridad social, 121 sobre prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 128 sobre prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 130 sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, y 157 relativo a conservación de los derechos en materia de seguridad social.

<sup>1144</sup> BONET PÉREZ, J.: “La Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares” en *Un mundo sin desarraigo: el derecho internacional de las migraciones*, Ob. Cit. p.102.

Estado de empleo junto, con el derecho a participar en “(...) cualesquiera otras asociaciones establecidas conforme a la ley”. La razón de ser de este reconocimiento consiste en “(...) proteger sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole (...)”. Entre los elementos que componen este derecho se encuentra la posibilidad de que tanto los trabajadores migratorios como los miembros de sus familias puedan: “Afiliarse libremente a cualquier sindicato o cualquiera de las asociaciones (...)” (art.26.1.b), “solicitar ayuda y asistencia de cualquier sindicato o de cualquiera de las asociaciones citadas” (art.26.1.c). Y finalmente en la norma se contemplan las limitaciones que pueden ser impuestas al ejercicio de este derecho las cuales deberán estar “(...) previstas por 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. 26.2).

La importancia de este derecho radica en que por lo general los trabajadores hacen parte de los sindicatos una vez exista una vinculación laboral con un empleador, razón por la cual según la propia CTMF pueden pertenecer a este tipo de asociación de personas los trabajadores independientemente de la situación migratoria en la que se encuentren. Lo anterior les permite velar por sus intereses y también por la integridad de sus derechos laborales. Pese al reconocimiento de este derecho tal y como ocurre con otros, no se trata de un derecho absoluto, y proceden legítimamente las restricciones impuestas por el Estado en aras de preservar el orden público, la seguridad nacional, y el respeto por los derechos de las demás personas.

Este derecho ya se encontraba contemplado en el PIDESC (art.8.1)<sup>1145</sup> de manera más amplia que la norma contenida en la CTMF, toda vez que reconoce también el derecho de que una vez conformados los sindicatos, éstos puedan hacer parte de otras agrupaciones de sindicatos. De otra parte se reconoce también el derecho a la huelga. De lo anterior podría llegar a concluirse que estos derechos son complementarios de los que se encuentran reconocidos en la CTMF, pues como ha sido puesto de manifiesto a lo largo de todo este trabajo la Convención de 1990 es complementaria de los demás instrumentos del ámbito universal<sup>1146</sup>.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho de asociación sindical, hace algunas precisiones en la Observación General No. 18 y expresa que “La

---

<sup>1145</sup> Artículo 8.1.El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos; b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas; c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos; d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado (art. 8.2).

<sup>1146</sup> BONET PERÉZ, J.: “La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, en *Un mundo sin desarraigo: el Derecho Internacional de las migraciones*, Ob. Cit. p. 108

dimensión colectiva del derecho al trabajo se aborda en el artículo 8, que estipula el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al sindicato de su elección, así como el derecho de los sindicatos a funcionar libremente” (pár.2). Como puede verse uno de los elementos integrantes del derecho al trabajo (art.6 PIDESC), es el derecho de asociación sindical desde su perspectiva colectiva. Adicionalmente para el Comité tanto la dimensión individual como colectiva son interdependientes e indivisibles, así precisa que “Los artículos 6, 7 y 8 del Pacto son interdependientes” (pár.8), y que se hará referencia al derecho a la asociación sindical “(...) solamente cuando la indivisibilidad de estos derechos así lo requiera” (pár. 8).

De otra parte, en el contenido del derecho al trabajo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales entiende que dentro de la aceptabilidad y calidad del derecho al trabajo se encuentra el derecho de asociación sindical, pues sostiene que La protección del derecho al trabajo presenta varias dimensiones y “(...) el derecho a constituir sindicatos (...)” (pár.12.c), es una de ellas.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial también ha realizado su aporte en lo que se refiere a este derecho en la Recomendación General No. XXX sosteniendo que todas las personas “(...) deberán poder disfrutar de los derechos laborales y de empleo, incluida la libertad de reunión y sindicación, desde que se inicie hasta que se termine una relación laboral” (pár.35). Esto según el Comité debe ser aplicado incluso a los no ciudadanos que se encuentren en situación jurídica de irregularidad, pues si bien no deja de reconocer que los Estados “(...) pueden negarse a ofrecer empleo a los no ciudadanos que no posean un permiso de trabajo” (pár.35), una vez obtenido el trabajo este derecho será de titularidad de todas las personas.

En su lugar el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en la Observación General No. 1 ha puesto de manifiesto que dentro de las principales “lagunas legales” existentes en los ordenamientos jurídicos de los Estados y que redundan en la desprotección de los trabajadores migratorios domésticos, está que: “A menudo (...) se restringe la libertad de los trabajadores domésticos migratorios para sindicarse en defensa de sus derechos laborales.” (pár.20). En consecuencia las recomendaciones formuladas por este Comité a los Estados incluyen que dentro de las condiciones de trabajo “(...) la protección laboral prevista en la legislación nacional se debe hacer extensiva a los trabajadores domésticos para que se beneficien de una protección igual conforme a derecho, en particular las disposiciones relativas a (...) la libertad de asociación (...)” (pár.38). El Comité también resalta la importancia del derecho de sindicación para la negociación y protección colectivas y manifiesta que “El derecho de sindicación y de negociación colectiva es imprescindible para que los trabajadores domésticos migratorios puedan expresar sus necesidades y defender sus derechos, en particular a través de los sindicatos (...) y las organizaciones de trabajadores.” (pár.45).

El citado Comité va un poco más allá de la consagración normativa del artículo 26 de la CTMF, toda vez que recomienda que las leyes nacionales de los Estados de empleo reconozcan “a los trabajadores domésticos migratorios el derecho a fundar organizaciones y afiliarse a ellas, independientemente de su condición migratoria (...)” (pár.46) y también recomienda “(...) fomentar el ejercicio de este derecho.” (pár.46). No debe olvidarse que la

CTMF reconoce el derecho de fundar los sindicatos solamente a los trabajadores migratorios y a sus familiares que se encuentren en situación jurídica de regularidad (art.40), por lo que con la Observación General, el Comité busca dar una interpretación más favorable y extensiva a todos los trabajadores migratorios, incluso en situación jurídica de irregularidad.

De manera complementaria a este derecho de sindicación y de asociación el Comité en mención, en la Observación General No. 1 considera que los Estados para poder garantizar estos derechos deben facilitar “(...) información a los trabajadores domésticos migratorios sobre las asociaciones que puedan prestarles asistencia en el país de origen y de empleo” (pár. 47).

El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes no ha sido ajeno a la importancia del derecho de sindicación y de asociación, toda vez que ha expresado su preocupación en torno a que en el ejercicio de estos derechos se ha generado discriminación en contra de dichas personas. Ha manifestado que: “La discriminación contra los trabajadores migratorios en la esfera del empleo adopta muchas formas; por ejemplo (...) se les niega el derecho a participar en actividades sindicales”<sup>1147</sup>.

No puede olvidarse que previamente la OIT ya se había referido a la asociación sindical, así en su Constitución lo enuncia como principio al disponer el: “reconocimiento del principio de libertad sindical” como requisito indispensable para “la paz y armonía universales.”<sup>1148</sup>. De otra parte debe aludirse a los Convenios Nos. 87<sup>1149</sup> y 98<sup>1150</sup> en los cuales se realizan importantes precisiones sobre este derecho.

En los sistemas regionales también se reconoce este derecho y en particular en lo que se refiere al contexto europeo resulta pertinente traer en consideración alguna jurisprudencia tanto del TEDH como del Comité Europeo de Derechos Sociales ya que dan interpretación al artículo 11 del CEDH, el 5 de la CSE, así como también el derecho de negociación colectiva (art.6) de la CSE (1961 y 1996).

En primer término el TEDH ha sostenido en lo que se refiere al derecho de asociación reconocido en el CEDH (art. 11) en el *caso Plattform Ärzte für das Leben c. Austria* que el ejercicio efectivo de la libertad de asociación no puede “ser reducido a una mera obligación por parte del Estado de no interferir: un concepto solamente negativo no sería compatible con el objeto y propósito del artículo 11 (del Convenio Europeo), el cual en algunas ocasiones requiere la adopción de medidas positivas, aún en la esfera de relaciones entre particulares, si el caso así lo amerita”<sup>1151</sup>. En el mismo sentido se pronuncia en el *caso*

---

<sup>1147</sup> Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de 6 de enero de 2000, pár. 51. La posibilidad de que los trabajadores migratorios gocen del derecho a participar en sindicatos también se pone de presente en el Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, Doc. A/HRC/4/24, 14 de febrero de 2007, pár. 119

<sup>1148</sup> Preámbulo, pár. 2

<sup>1149</sup> Relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, adoptado en San Francisco, el 09 de julio de 1948, en vigor el 4 de julio de 1950.

<sup>1150</sup> Relativo a la aplicación de los principios de derecho de sindicación y de negociación colectiva, adoptado en Ginebra el 1 de julio de 1949, entrada en vigor el 18 de julio de 1951

<sup>1151</sup> TEDH, (A. 10126/82), sentencia de 21 de junio de 1988, Serie A, No. 139, pár. 32.

*Gustafsson, c. Suecia*, y agrega que “el artículo 11 del Convenio consagraba no solamente el derecho positivo de crear y afiliarse a un sindicato, sino igualmente el aspecto negativo de esta libertad, a saber, el derecho a no afiliarse a un sindicato o abandonarlo (...). Sin resolver la cuestión de si el aspecto negativo de este derecho está incluido en el artículo 11 al igual que el aspecto positivo, el Tribunal consideró que aunque forzar a alguien a afiliarse a un sindicato concreto puede no siempre vulnerar el Convenio, una forma de vulneración que en una situación concreta afecte a la sustancia misma de la libertad de asociación, tal y como la consagra este texto, vulnera dicha libertad”<sup>1152</sup>.

En la Reclamación Colectiva No. 4/1999 el Comité Europeo de Derechos Sociales hace precisión sobre el derecho a la negociación colectiva al afirmar que “(...) el derecho a la negociación colectiva debería ser garantizado a todos los trabajadores, incluidos los miembros de las fuerzas armadas”<sup>1153</sup>. En sentido similar se pronuncia el mismo Comité en la Reclamación Colectiva No. 5/1999.<sup>1154</sup> Por su parte el Comité en la Reclamación Colectiva No. 11/2000<sup>1155</sup>, estudia la presunta violación del derecho de asociación sindical (art.5 CSE) y precisa que en particular para su fundación se “(...) considera que el derecho a constituir sindicatos sólo puede ser ejercido eficazmente si el acto de constitución propiamente dicho, la afiliación a una asociación ya constituida, su eventual afiliación a otras organizaciones, y su organización y funcionamiento internos, se ven rodeados de las garantías apropiadas.” (pár.28) En este sentido los Estados se deben comprometer a eliminar “(...) cualquier disposición legislativa y reglamentaria o cualquier práctica administrativa que constituya un atentado contra la libertad de los empleadores o los trabajadores de constituir organizaciones profesionales o de afiliarse a ellas.” (pár.29).

De otra parte, el Comité Europeo de Derechos Sociales también recuerda que “(...) el principio de inscripción obligatoria de los sindicatos no es incompatible con el artículo 5, siempre que los interesados dispongan de garantías suficientes, de carácter administrativo y jurisdiccional, contra las denegaciones abusivas de inscripción en el registro.” (pár.30). Los anteriores elementos son a juicio de este Comité los elementos básicos del derecho de sindicación.

En lo que se refiere al sistema interamericano de protección a derechos humanos en la Opinión Consultiva No. 18 la Corte IDH también resalta la importancia del derecho de sindicación para los trabajadores migratorios y estima que “hay ciertos derechos que asumen una importancia fundamental y sin embargo son frecuentemente violados, a saber: (...) la asociación y libertad sindical, negociación colectiva (...)” (pár.157). En este sentido la Corte IDH sostiene que una de sus principales preocupaciones consiste en que “en muchas ocasiones los empleadores despiden a los trabajadores migratorios (...) por formar parte de sindicatos; y los amenazan con deportarlos entre otras situaciones.” (pár.159). Es así como para la Corte “(...) el ejercicio de los referidos derechos laborales fundamentales

---

<sup>1152</sup> TEDH, (A. 15573/89), sentencia de 25 de abril de 1996, pár. 45

<sup>1153</sup> Comité Europeo de Derechos Sociales, Federación Europea de Personas de los Servicios Públicos, contra Italia, Decisión de Fondo de 4 de diciembre de 2000, pár. 29

<sup>1154</sup> Comité Europeo de Derechos Sociales, Federación Europea del Personal de Servicios Públicos contra Portugal, Decisión de Fondo de 4 de diciembre de 2000, pár. 28

<sup>1155</sup> Comité Europeo de Derechos Sociales, Consejo Europeo de Sindicatos de policía contra Portugal, Decisión de Fondo de 21 de mayo de 2002.

garantiza al trabajador y a sus familiares el disfrute de una vida digna” (pár.158), tal y como ya se ha resaltado en otras oportunidades.

No sobra tener en consideración que en el caso *Baena Ricardo vs. Panamá* la Corte IDH realizó algunas precisiones sobre el derecho de asociación y la libertad sindical. Precisa que: “La libertad de asociación, en materia sindical, consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho. Por otra parte, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad”<sup>1156</sup>. Por otro lado la Corte afirma que “(...) la libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el *corpus juris* de los derechos humanos” (pár.158). La interpretación que da la Corte de este derecho proviene de lo consagrado en el artículo 16 de la CADH y el artículo 8.3 del Protocolo de San Salvador.

En el caso *Huilca Tecse vs. Perú* la Corte IDH estima que: “(...) el contenido de la libertad sindical, una forma de la libertad de asociación, implica la potestad de elección respecto de cómo ejercerla. En este sentido, un individuo no goza del pleno ejercicio del derecho a la libertad de asociación, si en realidad esta potestad es inexistente o se reduce de tal forma que no pueda ponerla en práctica. El Estado debe garantizar que las personas puedan ejercer libremente su libertad sindical sin temor de que serán sujetos a violencia alguna, de lo contrario, se podría disminuir la capacidad de las agrupaciones de organizarse para la protección de sus intereses”<sup>1157</sup>.

Por su parte en el asunto *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú* se retomaron las precisiones realizadas en el fallo anterior y la Corte IDH precisó que: “El artículo 16.1 de la Convención establece que quienes están bajo la jurisdicción de los Estados Partes tienen el derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del referido derecho. Además, gozan del derecho y la libertad de reunirse con la finalidad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar dicha finalidad. Al igual que estas obligaciones negativas, de la libertad de asociación también se derivan obligaciones positivas de prevenir los atentados contra la misma, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones de dicha libertad. Estas obligaciones positivas deben adoptarse, incluso en la esfera de relaciones entre particulares, si el caso así lo amerita. Como lo ha determinado anteriormente, la Corte considera que el ámbito de protección del artículo 16.1 incluye el ejercicio de la libertad sindical”<sup>1158</sup>. Así mismo agrega que “El Estado debe garantizar que las personas puedan ejercer libremente su libertad sindical sin temor de que serán sujetos a violencia alguna.” (pár.146).

---

<sup>1156</sup> Corte IDH, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C, No. 72, pár. 156

<sup>1157</sup> Corte IDH, fondo, reparaciones y Costas, Sentencia de 3 de marzo de 2005, Serie C, No. 121, pár. 77

<sup>1158</sup> Corte IDH, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 10 de julio de 2007, pár.

De lo anterior podemos afirmar que el derecho de asociación y en consecuencia la libertad sindical son garantías fundamentales para los trabajadores migratorios sea cual sea su situación migratoria, en el sentido que estas libertades se encuentran estrechamente vinculadas a sus derechos laborales y condiciones de trabajo. La posibilidad de participar de manera activa en estas agrupaciones de personas les permite acceder a la defensa de un estándar mínimo de garantías durante el desarrollo de su actividad laboral, aspectos que se vinculan a la materialización del principio de igualdad y no discriminación y de dignidad humana.

Como puede notarse bajo la vigencia de la CTMF se refuerza el catálogo mínimo de derechos que deben ser disfrutados por todos los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias que, en otros tratados internacionales, corresponden a la titularidad de “toda persona”. Sobre el particular conviene que realicemos una breve referencia a lo sostenido por el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa quien ha reiterado que los inmigrantes incluso en situación jurídica de irregularidad deben gozar de un mínimo de derechos, y entre ellos enumera: “insiste en que deben respetarse necesariamente (i) el derecho a la vida; (ii) la prohibición de tortura y otros tratos inhumanos o degradantes (estableciendo en este sentido además que los procesos de expulsión deben realizarse respetando el derecho a la dignidad); (iii) la prohibición de la esclavitud, servidumbre y trabajos forzados; (iv) el derecho a no ser sometido a detención, salvo que sea como último recurso, por un período de tiempo razonable y con autorización judicial; (v) el derecho al asilo y la prohibición de devolución (*non-refoulement*); (vi) el derecho a un procedimiento debido antes de la expulsión (por una autoridad competente, independiente e imparcial y con asistencia legal y lingüística); (vii) el derecho a la vida privada y familiar; (viii) el derecho a contraer matrimonio; y (ix) el derecho a la igualdad”<sup>1159</sup>. En sentido similar se pronunció la Corte IDH, en su referida Opinión Consultiva No. 18 al afirmar que los Estados partes del sistema interamericano debían reconocer un grupo de derechos básicos a todos los trabajadores migratorios independientemente de su situación jurídica.<sup>1160</sup>

---

<sup>1159</sup> Council of Europe Commissioner for Human Rights: Positions on the rights of migrants in an irregular situation, Estrasburgo (Francia), 25 de junio de 2010 [CommDH/PositionPaper (2010)]. Disponible en <https://wcd.coe.int/wcd/com.intranet.InstraServlet?Index=no&command=com.intranet.CmdBlobGet&IntranetImage=1738654&SecMode=1&DocId=1607900&Usage=2>, pars. 3-4.

<sup>1160</sup> La Corte IDH señala en la OC-18/03 que: “(...) 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”, pár. 134.

## CAPÍTULO VI

### DERECHOS DE LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS EN SITUACIÓN JURÍDICA DE REGULARIDAD.

#### 1. Los derechos reconocidos

En el capítulo V, nos referimos a los derechos de todos los trabajadores migratorios, lo que significó el estudio de los derechos de aquellas personas que no han cumplido con los requisitos de entrada y/ o de permanencia en un Estado de empleo, es decir los trabajadores en situación jurídica de irregularidad. Dichos derechos se reconocen también a los trabajadores en situación de regularidad, lo anterior, por cuanto hay un grupo de derechos mínimos que se reconoce a todo trabajador migratorio, independientemente de su situación migratoria.

Si bien, los derechos de los que disfrutaban las personas que se encuentran en situación jurídica de regularidad son mayores, tal y como se estudiará a continuación, se quiso comenzar por los derechos de “todos” los trabajadores migratorios para hacer énfasis en Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares<sup>1161</sup> (en adelante CTMF) en razón a que dicho instrumento eleva el nivel de protección de estas personas, pues si bien, tal y como se expuso anteriormente, muchos de los derechos consagrados en la CTMF estaban reconocidos en otros instrumentos internacionales y son atribuibles a toda persona, con la adopción de la CTMF se hacen explícitos dichos reconocimientos a este grupo de personas considerados en especial situación de vulnerabilidad.

#### 1.1. Protección previa a la CTMF

Debe recordarse que tal y como se puso de manifiesto en el capítulo anterior en el Convenio No. 21 de 1926 de la OIT no se aborda en concreto un catálogo de derechos a favor de las personas que son consideradas emigrantes de un buque, y que en su lugar, la única disposición que se refiere a derechos dispone que: “El inspector oficial velará por el respeto a los derechos que posean los emigrantes en virtud de la ley del país cuyo pabellón lleve el buque o de cualquier otra ley que sea aplicable, de los acuerdos internacionales y de los contratos de transporte”(art. 5.1)

El Convenio No. 66 de 1939 de la OIT reconocía una serie de garantías a favor del trabajador migrante una vez existiera un contrato de trabajo. De este modo el instrumento establecía que “todo miembro que ratifique el presente Convenio y disponga de un sistema para controlar los contratos de trabajo celebrados entre un empleador, o una persona que actúe en su nombre, y un trabajador migrante (...) se obliga” (...) (art.4.1) a que: “el contrato deba estar redactado o traducido en un idioma que comprenda el trabajador

---

<sup>1161</sup> Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, en vigor el 1 de julio de 2003



migrante (art.4.2), contenga cláusulas que especifiquen la duración, si es no renovable, modo de renovación, plazo de terminación (art.4.3.a), fecha y lugar precisos en que el trabajador migrante debe presentarse (art.4.3.b), forma en que se han de sufragar los gastos (art.4.3.c), descuentos de la remuneración del trabajador (art.4.3.d), condiciones de alojamiento cuando el empleador deba darlo o procurarlo (art.4.3.e), cualquier acuerdo adoptado para procurar el mantenimiento de la familia del trabajador que permanezca en el país de origen, especialmente a los efectos de evitar que el trabajador abandone su familia” (art.4.3.f).

A diferencia del Convenio 21 de 1926, en el No. 66 de 1939 se consagra un avanzado catálogo de derechos para la época. Debemos advertir que a la fecha de este Convenio de la OIT aún no se había adoptado la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH)<sup>1162</sup> en el escenario universal, y en todo caso ya se busca el amparo del trabajador migratorio en ciertas garantías mínimas contractuales para el desempeño de su trabajo en otro país. De otra parte, se consagra la protección a la familia del trabajador migrante, lo que denota el interés por preservar dicha institución pese a las adversidades laborales y a la separación entre sus miembros.

En el Convenio No. 66 de 1939 se incluyen aún más garantías para estas personas, tales como “el derecho a un empleo equivalente” en caso de no haber obtenido por una causa que no le sea imputable, aquel para el cual fue reclutado (...)” y a “(...) tomar las medidas necesarias para que no estén a su cargo los gastos ocasionados por su regreso (...)” (art.5). también establece la obligación de los Estados Parte de “(...) conceder a los extranjeros un trato no menos favorable que el que se aplique a sus propios nacionales (...)” en lo que respecta a “(...) las condiciones de trabajo y remuneración de servicios (art.6.1.a.i), derecho de afiliación a las organizaciones sindicales (art.6.1.a.ii), los impuestos, derechos y contribuciones que deba pagar, por concepto de trabajo (art.6.1.b), y acciones judiciales relativas a los contratos de trabajo (art.6.1.c).

El catálogo de derechos reconocidos nos lleva a considerar que es una lástima que dicho instrumento no haya entrado nunca en vigor, pues a través de él pudo haber tenido un marco de protección para los trabajadores migratorios hasta la adopción y entrada en vigor de instrumentos tan relevantes como los Convenios No. 97 de 1949, y No.143 de 1975, e incluso hasta la adopción de instrumentos internacionales del sistema universal de protección como la DUDH, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante PIDESC)<sup>1163</sup>, o La Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (en adelante CEDR)<sup>1164</sup>.

En cuanto al Convenio de la OIT No. 97 de 1949 dicho instrumento tuvo por objeto “(...) regular las condiciones de trabajo y de vida” de los trabajadores migrantes (art.1.b), “prestar ayuda a los trabajadores migrantes y, especialmente, proporcionarles información

---

<sup>1162</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, mediante la resolución 217 A (III).

<sup>1163</sup> Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 3 de enero de 1976.

<sup>1164</sup> Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, entrada en vigor el 4 de enero de 1969.

exacta” (art.2) sobre su colocación en un Estado que no es el su nacionalidad y así reducir el engaño en la salida de los trabajadores migratorios.

Respecto a los derechos concretos reconocidos en este instrumento a favor de los trabajadores migrantes se encuentra; el derecho a mantener los “servicios médicos apropiados (...) en el momento de su salida como en el de su llegada, la salud de los trabajadores migrantes y de los miembros de sus familias autorizados a acompañarlos o a reunirse con ellos (art. 5.a), velar por que los trabajadores migrantes y los miembros de sus familias gocen de una protección médica adecuada y de buenas condiciones de higiene en el momento de su salida, durante el viaje y a su llegada al país de destino”( art.5.b).

Este instrumento busca que los Estados Parte dispensen protección a los familiares de los trabajadores migrantes, pues tal y como se manifestó anteriormente la migración de la familia junto con el trabajador es una situación real que no ofrece ninguna novedad y a la cual el derecho no ha sido ajeno a través de su normatividad.

El Convenio No. 97 también consagra la igualdad de trato entre los trabajadores nacionales y los extranjeros, respecto de los “inmigrantes que se encuentren legalmente en el territorio” (art.6.1) y reconoce el principio de igualdad y no discriminación (como ya se estudió) como una obligación para los Estados Parte de la siguiente forma: “(...) se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con las siguientes materias:” (art.6.1) remuneración y subsidios familiares, horas de trabajo, vacaciones pagadas, limitaciones en cuanto al trabajo a domicilio, la edad, aprendizaje, trabajo de las mujeres y los menores (art.6.1.a.i), afiliación a organizaciones sindicales y disfrute de ventajas de los contratos colectivos (art.6.1.a.ii), vivienda (art.6.1.a.iii), seguridad social (art.6.1.b), impuestos (art.6.1.c), acciones judiciales relacionadas con las cuestiones mencionadas en el presente Convenio (art.6.1.d). Por otra parte, dispone que los Estados tengan “un servicio de empleo” (...) que “colabore con los servicios correspondientes a los demás miembros” (art.7.1) y a que las operaciones efectuadas por el servicio público de empleo “(...) no ocasionen gasto alguno a los trabajadores migrantes” (art.7.2).

Reconoce también protección en caso de accidente de tal forma que “el trabajador migrante que haya sido admitido a título permanente y los miembros de su familia que hayan sido autorizados a acompañarlo o a reunirse con él no podrán ser enviados a su territorio de origen o al territorio del que emigraron (art.8.1) pese a que el trabajador ya no pueda ejercer su oficio. Así mismo reconoce el derecho de los trabajadores migrantes a la transferencia de sus ganancias (art.9).

El mejorado y ampliado catálogo de derechos del Convenio No. 97 se reconoce sólo a los trabajadores que se encuentren en el territorio del Estado de manera legal, pues se precisa su ámbito de aplicación personal al abordar la definición de trabajador migrante “a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante” (art.11).

Por su parte el Convenio No. 143 de 1975 tiene como objetivo esencial la lucha en contra de la migración clandestina y en este sentido algunas de sus disposiciones se orientan a

identificar y consecuentemente sancionar los movimientos de trabajadores migrantes que se produzcan al margen de la ley. Dispone “Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio deberá tratar de determinar sistemáticamente si en su territorio se encuentran trabajadores migrantes empleados ilegalmente y si existen movimientos migratorios con fines de empleo provenientes o con destino a su territorio, o en tránsito por éste, en los cuales los migrantes se vean sometidos durante el viaje, a su llegada o durante su permanencia y empleo, a condiciones que infrinjan los instrumentos internacionales o acuerdos multilaterales o bilaterales pertinentes, o la legislación nacional” (art. 2.1).

Establece también que: “Todo Miembro deberá adoptar todas las medidas necesarias y convenientes, tanto en el ámbito de su propia jurisdicción como en colaboración con otros Miembros: para suprimir las migraciones clandestinas con fines de empleo y el empleo ilegal de migrantes (art.3.a), contra los organizadores de movimientos ilegales o clandestinos de migrantes con fines de empleo, que procedan de su territorio, se dirijan a él o transiten por el mismo, y contra los que empleen a trabajadores que hayan inmigrado en condiciones ilegales, a fin de evitar y suprimir los abusos a que se refiere el artículo 2 del presente Convenio (art.3.b).

Así mismo en este Convenio es posible hallar normas en las que se indica la naturaleza de las medidas que deben ser adoptadas por los Estados para poder identificar y erradicar la migración clandestina de trabajadores, entre ellas “(...) disposiciones en la legislación nacional para llegar a investigar eficazmente el empleo ilegal de trabajadores migrantes así como para la definición y aplicación de sanciones administrativas, civiles y penales, incluyendo la prisión, para el empleo ilegal de trabajadores migrantes (...)” (art.6.1). De la mano de este propósito de luchar en contra de la inmigración que se produce en situación de irregularidad prevé la necesidad de que para “Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se comprometa a respetar los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes” (art.1).

Sobre la base de lo anterior, el tratado contiene una serie de disposiciones que reconocen un significativo número de derechos a favor de aquellas personas que se encuentran regularmente en el territorio del Estado de empleo. En este sentido es pertinente comenzar por una disposición bastante garantista según la cual: “A condición de haber residido legalmente en el país con fines de empleo, el trabajador migrante no podrá ser considerado en situación ilegal o irregular por el hecho mismo de la pérdida de su empleo, la cual no deberá entrañar por sí misma el retiro de su permiso de residencia o, llegado el caso, de su permiso de trabajo” (art. 8). Esta disposición permite que si el trabajador migratorio pierde su empleo, o por circunstancias cesa su contrato de trabajo tenga la posibilidad de buscar otro empleo e incluso hacer las reclamaciones judiciales pertinentes en caso de tener pendiente el reconocimiento de sus salarios o prestaciones sin temor a ser denunciado, perder su permiso de residencia, y ser deportado por esta causa.

De igual forma, el Convenio No. 143 contempla otra garantía que refuerza la protección del trabajador migrante que ha sido admitido legalmente en el territorio del Estado y guarda estrecha relación con la anterior. Dispone la norma que: “Sin perjuicio de las medidas adoptadas para controlar los movimientos migratorios con fines de empleo, que aseguren que los trabajadores migrantes ingresen en el territorio nacional y sean admitidos al empleo

de conformidad con la legislación pertinente, el trabajador migrante deberá, en los casos en que dicha legislación no haya sido respetada y en los que su situación no pueda regularizarse, disfrutar, tanto él como su familia, de igualdad de trato en lo concerniente a los derechos derivados de empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad social y otros beneficios” (art.9).

Si bien se consagran una serie de garantías a favor de los trabajadores migratorios que se encuentran en situación jurídica de legalidad, del Convenio también reconoce un amplio margen de apreciación a los Estados en todo lo que se refiere al empleo. dispone que: “Todo Miembro podrá: a) subordinar la libre elección del empleo, sin dejar de asegurar el derecho a la movilidad geográfica, a la condición de que el trabajador migrante haya residido legalmente en el país con fines de empleo durante un período prescrito, que no deberá exceder de dos años o, si la legislación exige un contrato de duración determinada inferior a dos años, a que el trabajador haya cumplido su primer contrato de trabajo (art. 14.a). El Estado de empleo también podrá “reglamentar las condiciones de reconocimiento en el país de las calificaciones laborales adquiridas fuera de él, inclusive los certificados y diplomas obtenidos en el extranjero” (art.14.b), así como “restringir el acceso a categorías limitadas de empleos o de funciones, cuando así lo exija el interés del Estado.” (art.14.c)

De otra parte, este Convenio permite a los Estados excluir alguna parte del mismo pues dispone “Todo Miembro que ratifique el presente Convenio podrá, mediante una declaración anexa a su ratificación, excluir una de las partes I o II de su aceptación del Convenio” (art. 16.1). Esta situación varía con la adopción y entrada en vigor de la CTMF, pues ninguna de sus partes puede ser excluidas (art.88), tal y como ha sido señalado.

Los aportes del Convenio No. 143 de la OIT son bastante significativos, de un lado avanza hacia una definición más completa de trabajador migrante, como ya ha quedado puesto de manifiesto en el capítulo I. De otra, según lo sostenido por el profesor **Zanobetti** “(...) prevé que los Estados deben respetar los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios, independientemente de que existan cláusulas de reciprocidad de aplicación en sus países de origen.”<sup>1165</sup> Y según lo sostenido por el profesor **Bonet Pérez** el Convenio No. 143 “(...) supone un cambio cualitativo importante en la reglamentación jurídica internacional de la migración laboral (...) porque obliga a los Estados a respetar a todos los trabajadores migratorios (...) sin dejar, por ello, de autorizar a los Estados a adoptar medidas nacionales e internacionales para evitar la emigración y el tráfico de trabajadores extranjeros ilegales.”<sup>1166</sup> Para **Rodríguez Domínguez** una de las principales contribuciones del citado Convenio consiste en que “(...) los Estados deben adoptar y seguir una política que garantice la igualdad de trato en cuestiones como el empleo y la ocupación, la seguridad social y los derechos sindicales y culturales.”<sup>1167</sup>

---

<sup>1165</sup> ZANOBETTI, A.: *Il Diritto internazionali del lavoro. Norme Universali, regionali e comunitarie*, Patrón, Bologna, 2005, p. 54

<sup>1166</sup> BONET PÉREZ, J.: “La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Ob. Cit. p. 323.

<sup>1167</sup> RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, C.: “Análisis crítico de la normativa internacional de protección de los trabajadores migrantes: el papel de la OIT”, *Migraciones y Desarrollo*, Ob. Cit. p. 131

Si bien son evidentes los avances del Convenio No. 143 de 1975, pues amplían el espectro de protección de los trabajadores migratorios, según lo sostenido por **Bosniak**: “no protege a los miembros de la familia de los trabajadores migrantes, y los derechos humanos básicos que garantiza en general se consideran en un alcance limitado. Por otra parte, los derechos relacionados con el empleo que ofrece el Convenio de la OIT a los inmigrantes indocumentados sólo cubren empleos anteriores, lo que sigue siendo extremadamente restrictivo”<sup>1168</sup>.

Antes de entrar a realizar el estudio de la CTMF no puede olvidarse que la Recomendación No. 100 de la OIT<sup>1169</sup> pese a su ausencia de obligatoriedad para los Estados, marcó un avance en lo que se refiere a los trabajadores migrantes en situación jurídica de regularidad. reconoce el principio de igualdad y no discriminación entre los trabajadores que han sido legalmente admitidos al país de empleo e invita a los Estados para que “Toda discriminación contra los trabajadores migrantes deba ser eliminada” (pár. 5). La protección para los trabajadores migrantes y sus familias según la Recomendación debe ser dispensada “Durante sus Viajes de Ida y Regreso y con Anterioridad al Período de su Empleo” (pár.5.II). Para que esta protección sea efectiva los Estados deberían “adoptar medidas, por leyes o reglamentos nacionales o locales, por acuerdo entre gobiernos o por cualquier otro procedimiento (...)” (pár.6.1), tales como la “(...) la provisión (...) de medios mecanizados de transporte, inclusive servicios públicos de transporte de pasajeros” (pár.6.2.a), “la instalación (...) de estaciones de descanso donde puedan recibir alojamiento, alimentos, agua y los primeros auxilios indispensables” (pár.6.2.b).

Además tiene por finalidad la protección de los trabajadores migrantes y sus familias a través de la realización de los viajes en condiciones adecuadas (pár.7), contar con la posibilidad de tener reconocimiento médico (pár.8.1), contar con periodo de aclimatación en el empleo (pár.9.1). Garantiza también la repatriación del trabajador a su Estado de origen en caso de fallecimiento a cargo del empleador o reclutador (pár.12), derecho que puede ser renunciable conforme a ciertos requisitos (pár.13.1). Y sugiere medidas sobre la legalidad y los requisitos de los contratos de esto es, medidas para la adecuada colocación de los trabajadores migrantes (pár.15), y recomienda que los Estados dentro de su política diseñen mecanismos disuasivos para las migraciones cuando se producen en condiciones indeseables (pár. 16).

Por otra parte la Recomendación No. 100 de la OIT contiene un completo catálogo de derechos que deben ser respetados por los países durante el periodo del empleo. Entre ellos “(...) disfrute de condiciones de vida y de trabajo igualmente favorables que las previstas por la ley o la práctica para otros trabajadores ocupados en los mismos empleos (...)” (pár.20), así como apoyo para el alojamiento y la vivienda (pár.21), fijación de escalas de salarios dignas y adecuadas (pár. 22.c), admisión sin discriminación a empleos calificados (pár.36.d), garantía de las actividades sindicales (pár.41), condiciones de seguridad e

---

<sup>1168</sup> BOSNIAK, L.: “Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Migrants under the International Migrant Workers Convention International”, en *International Migration Review*, Vol. 25, No. 4, New York, 2010, p. 739.

<sup>1169</sup> Sobre la protección de los trabajadores migrantes en los países y territorios insuficientemente desarrollados, adoptada en Ginebra, 22 de junio de 1955.

higiene en el trabajo (pár.41.g). Consagra demás la regulación de las relaciones entre los trabajadores migrantes y los países de origen (pár.47.h), y recomienda el bienestar material e intelectual y moral de los trabajadores migrantes (pár.48.I), entre otras medidas.

La Recomendación No. 100 formula un esquema de protección bastante garantista para los trabajadores migratorios y sus familiares que a todas luces desbordan los parámetros propuestos por los Convenios que ya han sido estudiados. Pese a que tal y como ya se puso de manifiesto en el capítulo en el que se estudió la definición de trabajador migratorio, es aplicable solamente a los trabajadores en situación jurídica de regularidad debido a lo dispuesto en el apartado 3 de la Recomendación, pero teniendo presente el momento histórico de su adopción se evidencia la enorme preocupación de la OIT respecto de las condiciones de trabajo de los migrantes, por lo que sugiere a los Estados que quieran hacerlo adoptar una serie de medidas que garanticen los derechos de estas personas casi al mismo nivel que los nacionales.

Debe tenerse presente que con posterioridad otra de las Recomendaciones de la OIT destinada a la protección de los trabajadores migrantes y de sus familias es la No. 151 de 1975<sup>1170</sup>. En ella, se parte de la base de la necesidad de la garantía de los derechos de los trabajadores migrantes que ya ha regulada en los Convenios de la OIT sobre protección a estas personas. De otra parte, consagra un catálogo de derechos amplio a favor de las personas que “se encuentren legalmente en el territorio de un Miembro” (pár. 2), y propone el disfrute de “la igualdad de oportunidades y de trato con los trabajadores nacionales en lo relativo al acceso a los servicios de orientación profesional y colocación (pár.2.a), acceso a formación profesional y empleo de su elección de acuerdo con sus aptitudes profesionales (...) (pár.2.b), promoción (pár.2.c), seguridad de empleo, obtención de otro empleo, adopción de medidas y obras para absorber desempleo (pár.2.c), remuneración por trabajo de igual valor (pár.2.e), condiciones de trabajo, duración del trabajo, vacaciones pagadas, medidas de seguridad e higiene en el trabajo, otras medidas de seguridad social y servicios y prestaciones sociales (pár.2.f), afiliación a organizaciones sindicales, ejercicio de derechos sindicales (pár.2.g), derecho a adherirse a cooperativas (pár.2.h), condiciones de vida, alojamiento y acceso a los servicios sociales y a instituciones de docentes y sanitarias (pár.2.i).

Además de este grupo de derechos reconocidos en la Recomendación No. 151 prevé medidas para su cumplimiento tales como la colaboración entre los empleadores y los trabajadores (pár.4), aplicación de legislación nacional tendiente a adoptar estas garantías a favor de los trabajadores y sus familias (pár.5). No obstante el garantismo reflejado en esta Recomendación, se deja un amplio margen de regulación a los Estados para que legislen de acuerdo con las necesidades del país de empleo, toda vez que los Estados podrán sujetar el reconocimiento de estos derechos a la situación jurídica legal de las personas (pár.6.a), reglamentar la calificación para los empleos (pár.6.b), restringir el acceso a categorías de empleos o funciones cuando así lo exija el interés del Estado (pár.6.c). Para el correcto ejercicio de los derechos de los trabajadores se recomienda que los Estados de empleo: informen a los trabajadores sobre sus derechos en idioma que ellos comprenda (pár.7.a),

---

<sup>1170</sup> Sobre trabajadores migrantes, adoptada en Ginebra el 24 de junio de 1975.

mejorar el conocimiento del idioma del país de inmigración (pár.7.b), favorecer la adaptación a la sociedad de empleo (pár.7.c).

## 1.2. Bajo la vigencia de la CTMF.

Al margen de los Convenios de la OIT, ya se señaló en el capítulo V que muchos de los derechos reconocidos en la CTMF no constituían con la adopción y entrada en vigor de este tratado una novedad, sino que gran parte de los mismos ya estaban reconocidos en los tratados pertenecientes al núcleo duro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como también era posible encontrar referencias similares en los instrumentos de los dos ámbitos regionales estudiados.

En ese sentido, consideramos oportuno recordar que la aplicación del principio de igualdad y no discriminación es uno de los rasgos definitorios de la CTMF, y en ese sentido en dicho tratado es posible identificar que en función de la categoría de trabajador migratorio, esto es, atendiendo a su situación jurídica hay diferencias de trato, de tal modo que para aquellos trabajadores que cumplen los requisitos de entrada y permanencia se le reconocen más derechos que a aquellas personas que se encuentran en situación jurídica de irregularidad.

Tal y como ya fue señalado, la CTMF reconoce un mayor grupo de derechos para los trabajadores en situación jurídica de legalidad o regularidad, incluidas ciertas categorías como los trabajadores fronterizos (art. 58.1), de temporada (art.59), itinerantes (art.60), los trabajadores vinculados a un proyecto (art.61.1). Así en la Parte IV (art.36-56) consagra una serie de derechos adicionales a los enunciados en la Parte III los cuales son de aplicación general a todos los trabajadores migratorios.

El principal objetivo de estos derechos de la Parte IV según lo sostenido por el profesor **Bonet Pérez** es “(...) promocionar que el proceso migratorios del trabajador migrante y su familia se desarrolle en las condiciones más satisfactorias equitativas, dignas y lícitas posibles. Tras propugnar genéricamente con la consulta y cooperación entre los Estados en esta materia (...) Así mismo, “(...) mejorar su calidad de vida, así como la posibilidad de integración en una sociedad que puede resultarles social y culturalmente ajenas.”<sup>1171</sup>

Conviene recordar que la Asamblea General de la ONU ya había expresado especial atención sobre este aspecto, a través de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven<sup>1172</sup>, y en consecuencia se considera como uno de los primeros pasos en pro de lo que hoy es una regulación específica de las migraciones, dado que pese a que su texto es breve se fundamenta en la máxima de la protección del ser humano de forma general y en la concesión de un mínimo de derechos.<sup>1173</sup> En ella se dispone que: “Los extranjeros que residan legalmente en el

---

<sup>1171</sup> BONET PÉREZ, J.: “La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, (F. Gómez Isa, J.M. Pureza, Dirs), Humanitarian Net, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, p. 329 y p. 333.

<sup>1172</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución A/RES/40/144, de 13 de diciembre de 1985.

<sup>1173</sup> Organización Internacional para las Migraciones, *Migración y Protección de los Derechos Humanos*, Derecho Internacional sobre Migración, No. 4, Ginebra, 2005, p. 100

territorio de un Estado (...) gozarán con arreglo a las leyes nacionales (...) del derecho a condiciones de trabajo saludables y libres de peligros, a salarios justos, y a igual remuneración por trabajo de igual valor sin distinciones (...) (art.8.a).

### **1.2.1. Derechos civiles reconocidos a los trabajadores en situación jurídica de regularidad.**

Antes dar inicio al análisis de cada uno de los derecho que se reconoce en la Parte IV de la CTMF, es importante precisar que: “Los trabajadores migratorios y sus familiares que estén documentados o se encuentren en situación regular en el Estado de empleo gozarán de los derechos enunciados en la presente Parte de la Convención, además de los enunciados en la parte III” (art.36). Lo que confirma lo que hemos sostenido en el capítulo V en torno a que los derechos de la parte III corresponden a la titularidad de todos los trabajadores migratorios sin que afecte su situación jurídica en el Estado de empleo.

#### *a) Derecho a ser informados sobre las condiciones migratorias y poder ausentarse temporalmente.*

El catálogo de la parte IV de la CTMF inicia con el derecho que tienen los trabajadores migratorios para que “antes de su partida (...)” sean “(...) plenamente informados por el Estado de origen y empleo (...) de todas las condiciones aplicables a su admisión (...) las relativas a su estancia y a las actividades remuneradas (...) así como de los requisitos que deban cumplir (...)” (art.37). Este derecho a la información según el Comité de Protección de los Derechos de Todos los trabajadores Migratorios y sus Familiares en la Observación General No.1 es uno de los principales problemas a los que se enfrentan los trabajadores domésticos en la fase previa a la partida pues en la práctica “no se suele informar a los migrantes sobre sus derechos y la manera de denunciar los abusos”<sup>1174</sup>.

El derecho reconocido en el artículo 37 puede ser considerado como un aporte de la CTMF en lo que se refiere al ámbito universal toda vez que el mismo es específico a la particular situación de los trabajadores migrantes y de sus familias. No ocurre lo mismo en los ámbitos regionales, pues conviene tener en cuenta que en el contexto europeo el Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante<sup>1175</sup> reconoce este derecho en los siguientes términos. “Las Partes Contratantes intercambiarán entre sí y entregarán a los candidatos a la emigración informaciones apropiadas sobre su estancia, las condiciones y posibilidades de reagrupación familiar, el tipo de empleo, las posibilidades de concluir un nuevo contrato de trabajo una vez expirado el primero, las cualificaciones requeridas, las condiciones de trabajo y de vida (incluido el coste de vida, la remuneración, la seguridad social, la vivienda, la alimentación, la transferencia de los ahorros, el viaje, así como las cantidades deducidas del salario para la protección y seguridad sociales, impuestos, tasas y demás cargas). También podrán dar informaciones sobre las condiciones culturales y religiosas en el Estado de acogida” (art.6.1).

---

<sup>1174</sup> Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observación General No. 1, *Sobre los trabajadores domésticos migratorios*, Doc. CMW/C/GC/1, de 23 de febrero de 2011, párr. 9

<sup>1175</sup> Adoptado en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1977, entrada en vigor el 15 de mayo de 1983



Podemos resaltar que la información que debe darse a los trabajadores migrantes a la luz de este tratado es bastante completa, sin embargo no sobra reiterar que la aplicación personas de este Convenio es restringida, toda vez que se aplica únicamente a los trabajadores migratorios que sean admitidos por el Estado de empleo, y que “sea súbditos de una parte contratante” (art.1).

La importancia del derecho a la información sobre las condiciones de trabajo en el Estado de empleo es un aspecto que también es resaltado por la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes **Sra. Rodríguez Pizarro** al sostener que “(...) cree necesario que se informe previamente y capacite a los trabajadores migratorios sobre sus derechos, en razón a que en ocasiones las violaciones a los mismos se agudizan por la falta de conocimiento en este aspecto. De este modo anota que es necesaria “(...) una campaña informativa bien dirigida sobre los derechos de estos trabajadores donde se enfatice sobre qué son trabajos dignos, dignamente conseguidos, y donde se especifiquen sus derechos ya que, al recaer los contratos en el ámbito de lo privado, en muchos casos se mantiene a los empleados desinformados sobre sus derechos”<sup>1176</sup>.

La Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha resaltado la importancia de que todos los migrantes reciban la adecuada información, toda vez que cuando se carece de ella, “(...) con frecuencia las víctimas de tráfico son embaucadas por miembros de estas organizaciones criminales. Representantes de estas mafias, a menudo mujeres o personas de apariencia respetable que se hacen pasar por empresarios, establecen contacto con las víctimas y les ofrecen la posibilidad de trabajo en un país de destino. A muchas mujeres, por ejemplo, se les ofrece trabajar como bailarinas, meseras o niñeras. A menudo, la actividad se disfraza como una operación de exportación de migrantes”<sup>1177</sup>.

Otro de los derechos que se reconoce a favor de esta categoría de trabajadores consiste en que los Estados de empleo deberán hacer “(...) todo lo posible para autorizar a los trabajadores migratorios y a sus familiares ausentarse temporalmente sin que ello afecte a la autorización que tengan para permanecer o trabajar” (art.38.1), y “Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a ser informados plenamente de las condiciones en que estén autorizadas esas ausencias temporales (art.38.2). El reconocimiento de este derecho se vincula de manera estrecha con lo previsto en la CTMF sobre el derecho a la libertad de movimiento que pueden tener los trabajadores en el Estado de empleo (art.39.1).

Sobre este aspecto podemos anotar que es lógico que si los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias se encuentran en situación jurídica regular en el territorio de un Estado, puedan ausentarse por motivos de recreación, culturales, vacacionales, médicos, entre otros, del territorio en el que desempeñan su trabajo, sin que ello traiga consecuencias negativas sobre su vinculación laboral. La Observación General No. 1 del Comité de

---

<sup>1176</sup> Informe el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, Doc. E/CN.4/2001/83/Add.1, de 21 de diciembre de 2000, pág. 80.

<sup>1177</sup> Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, Capítulo VI, Estudios Especiales, Doc. OEA/Ser./L/V/II.114 . 5 rev. de 16 de abril de 2001, pág. 127

Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares sostiene que uno de los tropiezos padecidos por estas personas durante en el empleo es la “Restricción parcial, y en muchos casos total, de la libertad de circulación y de las comunicaciones con personas, incluidos los familiares en el país de origen, fuera de la casa” (pár. 13)<sup>1178</sup>

Por su parte el Comité de Derechos Humanos, al interpretar el artículo 12 del PIDCP en la Observación General No. 15 analiza situación de los extranjeros con arreglo al PIDCP habiendo precisado que “El consentimiento para la entrada puede otorgarse con sujeción a condiciones relacionadas, por ejemplo, (...) el empleo. Un Estado puede imponer también condiciones generales a un extranjero que se halle en tránsito. No obstante, una vez que se les permite entrar en el territorio de un Estado Parte, los extranjeros tienen todos los derechos establecidos en el Pacto” (pár. 6).

Así mismo, el Comité de Derechos Humanos en la Observación General No. 27 permite que se entienda el alcance de esta libertad reconocida por la CTMF, pues al referirse a quienes están legalmente en un territorio sostiene que: “El derecho de circular libremente se relaciona con todo el territorio de un Estado, incluidas todas las partes de los Estados federales (...) las personas tienen derecho a circular de una parte a otra (...) derecho no debe depender de ningún objetivo o motivo en particular de la persona que desea circular o permanecer en un lugar.” (pár.5).<sup>1179</sup> Lo manifestado por el Comité permite que infiramos que si un trabajador migrante se encuentra legalmente en el territorio del Estado de empleo, independientemente del motivo que tenga para ausentarse por un tiempo de su trabajo podrá hacerlo, pues estaría ejerciendo una libertad amparada en el PIDCP que también le es aplicable, y esto debe permitírsele sin que su relación laboral pueda verse menoscabada.

No puede olvidarse que la ausencia temporal del cargo puede implicar la salida del país de empleo, derecho que se garantiza a todas las personas. De este modo, el Comité de Derechos Humanos en la Observación General No. 27 hace constar que “La libertad de salir del territorio de un Estado no puede hacerse depender de ningún fin concreto o del plazo que el individuo decida permanecer fuera del país, (...)” y agrega, que es “importante que los Estados Partes informen de todas las restricciones jurídicas y prácticas que aplican al derecho de salida, tanto a nacionales como extranjeros” (pár. 8 y 10).

*b) Libertad de circulación y de residencia.*

Los trabajadores migratorios y sus familiares “(...) tendrán derecho a la libertad de movimiento en el territorio del Estado de empleo y a escoger libremente en él su residencia”. (art.39). “Los derechos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo no estarán sujetos a ninguna restricción, salvo las que estén establecidas por ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral

---

<sup>1179</sup> Comité de Derechos Humanos, *Libertad de circulación*, 67º Periodo de sesiones, 1999, Doc. HRI/GEN/Rev.9 (Vol. I), de 27 de mayo de 2008.

públicas o los derechos y las libertades de los demás, y sean congruentes con los demás derechos reconocidos en la presente Convención (art.39.2)<sup>1180</sup>.

La Observación General No. 1 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares se ha referido al derecho a la libertad de circulación en el caso particular de los derechos de los trabajadores migratorios domésticos. En relación con el mismo sostiene que “Los Estados deben proteger el derecho de los trabajadores domésticos migratorios a la libertad de circulación y residencia, entre otras cosas velando por qué no se les exija vivir con sus empleadores o permanecer en la casa durante su tiempo libre” (pár. 39).

Lo sostenido por el citado Comité en relación con el artículo 38 es reproducirse, en gran parte, a lo estipulado en el artículo 39 sin embargo se hará mención a las consideraciones adicionales según del Comité de Derechos Humanos en sus referidas Observaciones Generales 15 y 27. En ellas el Comité afirma que “El Pacto no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni de residir en él. En principio, corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio” (pár. 5).

Sobre este aspecto vale tener en cuenta lo sostenido por el profesor **Mariño Menéndez** toda vez que “El derecho de un Estado a admitir a sus propios nacionales es indiscutible, y en verdad sólo los nacionales de un Estado gozan en términos generales del derecho a ser admitidos en tal territorio (...) un Estado puede condicionar la entrada de extranjeros a su territorio al cumplimiento de requisitos definidos en general como de orden público: sus autoridades administrativas gozan así de un poder de apreciación muy amplio que les permite negar la autorización de entrada de modo individualizado a los solicitantes no deseados (...)”<sup>1181</sup>.

Por su parte, en la Observación General No. 27 el Comité de Derechos Humanos especifica que “Toda persona que se encuentre legalmente dentro del territorio de un Estado disfruta, dentro de ese territorio, del derecho de desplazarse libremente y de escoger su lugar de residencia (...).Es así como “Una vez que una persona se encuentra legalmente dentro de un Estado, todas las restricciones a sus derechos garantizados por los párrafos 1 y 2 del artículo 12, así como todo trato diferente del dado a los nacionales, deberán justificarse (...)” (pár.4). Es decir como dispone el PIDCP si “se hallan previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud, o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto” (art.12.3). Los trabajadores migrantes y sus familias legalmente establecidos en razón a que se les aplican las disposiciones del PIDCP. Precisa el Comité “(...) tienen derecho a circular de una parte a otra y a establecerse en el lugar de su elección (...) lo que “incluye la protección contra toda forma de desplazamiento interno forzado” (pár. 5, 6 y 7).

---

<sup>1180</sup> Norma similar es posible encontrar en art. 12 PIDCP, art.5.d.i CEDR, art.15.4. CEDM, art. 2 Protocolo Adicional No. 4 al CEDH, art. 22 CADH

<sup>1181</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, F.: “Los derechos de los extranjeros en el derecho internacional”, en *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Ob. Cit. p. 115

El derecho de entrada en el territorio de un Estado y el derecho a la libertad de circulación y de residencia son esos derechos sobre los cuales el Estado tiene un altísimo margen de apreciación para su regulación en derecho interno. Las disposiciones sobre política migratoria interna, las cuales son desarrolladas bajo el principio de soberanía de los Estados definen quienes entran y permanecen dentro del territorio de un Estado. Lo anterior obedece a que según lo sostenido por el profesor **Carrillo Salcedo** “(...) la cuestión de qué materias son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados es esencialmente relativa y depende del desarrollo del Derecho Internacional, por lo que jurídicamente es preciso distinguir tres categorías de materias, entre ellas: (...) cuestiones que corresponden en principio a la competencia exclusiva de los Estados, pero cuyo ámbito puede quedar restringido por convenios internacionales (como, por ejemplo, las relativas a la determinación de la nacionalidad o a la entrada y expulsión de extranjeros) en el territorio sobre el que se ejerce su soberanía.”<sup>1182</sup>

De otra parte, es necesario precisar que la limitación existente en torno a la entrada de los extranjeros al territorio de un Estado tiene sus raíces en la inexistencia de un derecho a inmigrar. Las posturas asumidas por la doctrina pueden clasificarse entre aquellos que consideran que este derecho puede llegar a inferirse de lo consagrado en la DUDH (art.13) como lo sostiene el profesor **Juste Ruiz**<sup>1183</sup>, pero que con posterioridad no es replicado en el PIDCP (art.12), sino que por el contrario se restringe. Hay quienes consideran que antiguamente existía el “*ius migrandi*”<sup>1184</sup> el cual significó un argumento contundente para la colonización de los nuevos territorios, toda vez que se tenía el derecho “a hacer las Américas,”<sup>1185</sup> y que conviene que en la actualidad los Estados reflexionen sobre la recuperación de esta garantía propia del ser humano como ocurre con los profesores

---

<sup>1182</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A.: *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Segunda edición, Tecnos, Madrid, 2001, p. 41

<sup>1183</sup> RUIZ JUSTE, J.: “Inmigración, nacionalidad y Extranjería: el marco jurídico internacional”, en *Estudios sobre derecho de extranjería*, Ob. Cit. p. 307.

<sup>1184</sup> Ver CHUECA SANCHO, A, y AGUELO, P.: “El novísimo derecho humano de las personas a migrar” en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 5, Ob. Cit. p. 291. El profesor **Chueca Sancho** al hacer un estudio sobre lo que se denomina “*ius migrandi*”, centra la reflexión en la existencia del “*ius humanitatis*”, concepto planteado por uno de los padres del derecho internacional, Francisco De Vitoria, este derecho formulaba la posibilidad de que las personas pudieran movilizarse de manera libre por el mundo y en este sentido fijar su residencia en cualquier lugar, acción que se consideró legítima desde el siglo XVI, hasta entrado incluso el S XX. Dentro de los elementos que deben componer hoy en día el “*ius migrandi*” según el citado profesor, al igual de **Ágüelo Navarro** están: “el derecho a no emigrar, el derecho a emigrar y el derecho a establecerse en un Estado distinto del propio. Ver AGUELO NAVARRO, P.: “Derechos y libertades de los extranjeros” en *La globalización y los derechos humanos*, IV Jornadas Internacionales de Derechos Humanos, (R. Lara Batllera, Coord.) Asociación pro derechos humanos de Andalucía, Sevilla, 2003, p. 98. El profesor Chueca Sancho amplía estos elementos y sostiene que el “*Ius migrandi*”, comprende “cuatro dimensiones: el derecho a no migrar, el derecho a migrar, el derecho a establecerse pacíficamente y el derecho a retornar”. CHUECA SANCHO, A.: “El *ius migrandi* en el derecho internacional de las migraciones”, en *Inmigración, Estado y Derecho*, en *Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas desde el siglo XXI*, (M. Balado Ruiz Gallegos Dir.), Bosch, 2008, p. 771.

<sup>1185</sup> CHUECA SANCHO, A y AGUELO NAVARRO, P.: “La Convención sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 10, noviembre de 2005, Lex Nova, Valladolid, p. 124.

**Chueca Sancho, Espada Ramos<sup>1186</sup> Águelo Navarro, Marmora<sup>1187</sup>, Doña Reveco.<sup>1188</sup>** Postura contraria sostienen otros profesores para quienes es absolutamente irrefutable que el derecho a inmigrar no existe en ningún instrumento internacional, entre ellos el profesor **Fernández Sánchez<sup>1189</sup>, Pastor Ridruejo<sup>1190</sup>, Quindimil López<sup>1191</sup>, Bonet Pérez<sup>1192</sup> Mariño Menéndez.<sup>1193</sup>**

Pese a que en la mayor parte de los instrumentos internacionales, (a excepción de la DUDH la cual no es explícita sobre la existencia de un derecho a inmigrar (art.13)), no se contempla esta garantía a favor de los extranjeros esto no implica que no sea necesario en la sociedad actual (dadas las circunstancias que han sido planteadas por la globalización) reflexionar sobre el reconocimiento de este derecho, pues tal y como lo sostiene el profesor **Gros Espiell** “las migraciones como concepto genérico relativo a los desplazamientos humanos, incluyen la llamada emigración, es decir, la salida de un país o región, caracterizada por ciertos elementos tipificantes y la inmigración, es decir el ingreso, que es la otra faz de la emigración”<sup>1194</sup>.

Conviene recordar las afirmaciones del profesor **Cançado Trindade** sobre la inexistencia del derecho a inmigrar, pues sostiene que “Nadie cuestiona (...) la existencia de un derecho a emigrar, como corolario del derecho a la libertad de movimiento. Pero los Estados aún no aceptan un derecho a inmigrar y a permanecer donde uno se encuentre. (...), Agrega que en lugar de realizarse un debate sobre la pertinencia de este derecho “(...) los Estados en su gran mayoría ejercen más bien una función policial de proteger sus fronteras y controlar los flujos migratorios sancionando los llamados inmigrantes *ilegales*”<sup>1195</sup>. La opinión del

---

<sup>1186</sup> ESPADA RAMOS.M.L.: “¿Europa, ciudad abierta? La inmigración y el asilo en la Unión Europea, Instituto Municipal de formación y empleo, Ayuntamiento de Granada, Granada, 1997, p. 30

<sup>1187</sup> MÁRMORA, L.: *Las políticas de migraciones internacionales*, Alianza Editorial, Buenos Aires, 1997.

<sup>1188</sup> DOÑA REVECO, C.: *Breve reseña y análisis de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias*, Documento de trabajo 001, OIM, Chile, 2003

<sup>1189</sup> FERNÁNDEZ SANCHEZ, P.A. “El control de la inmigración ilegal en las fronteras de la Unión Europea”, en *Las migraciones internacionales en el mediterráneo y en la Unión Europea*, (A. Chueca Sancho, V. L. Gutiérrez Castillo, I. Blázquez Rodríguez. Coords.), editorial Huygens, Barcelona, 2009, p. 165

<sup>1190</sup> PASTOR RIDRUEJO, J.A.: “Los derechos de los emigrantes en el sistema de la Convención Europea de Derechos Humanos”, en *Migraciones y Desarrollo*, Ob. Cit. p. 34

<sup>1191</sup> QUINDIMIL LÓPEZ, J.A.: “El viraje de la integración hacia el ser humano y la incardinación de las migraciones en el objetivo último del desarrollo social en América Latina y el Caribe”, en *Migraciones y Desarrollo*, Ob. Cit. p. 446

<sup>1192</sup> BONET PÉREZ, J.: *Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigrantes: un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español*, Cuadernos Deusto, No. 22, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, p. 22

<sup>1193</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, F.: “Los derechos de los extranjeros en el Derecho Internacional”, en *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Ob. Cit. p. 114

<sup>1194</sup> GROS ESPIELL, H.: “Derechos humanos y migraciones” en *Migraciones y Desarrollo*, Ob. Cit. p. 40

<sup>1195</sup> CANÇADO TRINDADE, A.A.: “Reflexiones sobre el desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal”, en *Doctrina Latinoamericana del Derecho Internacional*, Tomo II (A.A. Cançado Trindade, F. Vidal Ramírez. Coords.), Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2003, p. 50

profesor es coincidente con la postura que ya se ha expuesto de los profesores **Chueca Sancho**<sup>1196</sup> y **Ágüelo Navarro**<sup>1197</sup>.

En la jurisprudencia del TEDH, también es posible encontrar importantes pronunciamientos en torno a este tema, según la cual se define el contenido de la libertad de circulación (art.2.1, Protocolo Adicional al CEDH No. 4), y también de derecho de salida (art.2.2. Protocolo Adicional al CEDH No. 4). En el caso *Napijalo c. Croacia*, el TEDH estima que “ (...) el derecho a la libertad de circulación garantizada por los apartados 1 y 2 del artículo 2 del Protocolo n.º 4 está diseñado para asegurar a toda persona el derecho a la libertad de movimiento dentro de un territorio y para salir de ese territorio, lo que implica un derecho a salir de cualquier país de la elección de la persona a la que puede ser admitido” “(...) De ello se desprende que la libertad de movimiento queda prohibida cualquier medida que pueden atentar contra ese derecho, o restringir el ejercicio del mismo que no cumplan el requisito de una medida que puede ser considerada como "necesaria en una sociedad democrática" en la consecución de los objetivos legítimos a que se refiere en el tercer párrafo del presente artículo (...)”<sup>1198</sup>.

El ejercicio de este derecho implica que el derecho de la persona a tener la documentación necesaria, y sobre este aspecto precisa el TEDH, “(...) En concreto, una medida mediante la cual se deniega a una persona el uso de un documento de identidad que, de haber así lo deseaba, le habría permitido salir del país, equivale a una injerencia en el sentido del artículo 2 del Protocolo n.º 4”<sup>1199</sup>. En el caso *Bartik c. Rusia*, el TEDH, reitera varios de los argumentos de casos anteriores analiza las restricciones que pueden proceder a la hora de limitar este derecho<sup>1200</sup>.

Es importante tener en consideración que tal y como se viene sosteniendo por parte de la doctrina, el derecho de salida no comporta de manera automática y correlativa el derecho de entrada o permanencia de una persona en el territorio de otro Estado que no sea el de su nacionalidad y así lo ha afirmado el TEDH en el caso *Demir c. Francia*<sup>1201</sup>, según el cual se considera inadmisibles invocar la violación del art.2, del Protocolo Adicional No. 4 al CEDH, con ocasión a la negación de un visado. El Tribunal (...) constata que el artículo 2.1 del Protocolo 4 adicional al CEDH no confiere el derecho de los individuos de obtener un visado permanente de perdurar en un Estado (...). ”

Tanto las normas como la jurisprudencia han dejado claro que el ejercicio del derecho a la libertad de circulación de las personas depende de su estatus jurídico en el Estado de destino, esto significa que se deben encontrar en situación jurídica de regularidad para poder tener libertad de movimiento por todo el territorio del Estado y para poder

<sup>1196</sup> CHUECA SANCHO, A.: “La política de inmigración de la UE en el mediterráneo o el síndrome de las tres R”, en *Las migraciones internacionales en el mediterráneo y en la Unión Europea*, Ob. Cit. pp. 23-45

<sup>1197</sup> AGUELO NAVARRO, P.: “Derechos y libertades de los extranjeros”, en *La globalización y los derechos humanos*, pp. 91-102.

<sup>1198</sup> TEDH, (A. 66485/01) sentencia de 13 de noviembre de 2003, p. 68

<sup>1199</sup> *Ibidem*, p. 69. En sentido similar ha sido reiterado en los casos *Baumann contra Francia*, sección tercera A. no 33592/96, p. 62, sentencia de 22 de mayo de 2001, *Timishev contra Rusia* sección segunda, A. 55762/00 y / 55974. 00, sentencia de 13 de diciembre de 2005.

<sup>1200</sup> TEDH, (A. 5565/00), sentencia de 21 de marzo de 2007, págs. 43-53

<sup>1201</sup> TEDH, (A. 304/02), sentencia de 4 de abril de 2006, p. 23

seleccionar de manera autónoma su residencia. En este sentido vale tener en consideración el caso *Baumann c. Francia* según el cual “(...) el derecho a la libertad de circulación garantizado en los párrafos 1 y 2 del artículo 2 del Protocolo n. 4 está destinado a asegurar a toda persona el derecho a la libertad de movimiento dentro de un territorio, así como el derecho a dejar el mismo, lo cual implica un derecho a abandonar el país de elección de la persona donde esta pudo ser admitida”<sup>1202</sup>.

No sobra anotar, que en el Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante, el derecho de salida se reconoce de manera expresa para aquellos trabajadores que han sido autorizados a entrar en el Estado de empleo. Dispone la norma que “Cada Parte Contratante garantizara al trabajador migrante los derechos siguientes: (...) El derecho de salida del territorio de la Parte Contratante de la que es súbdito” (art.4.1). En su lugar como correlato de este derecho consagra un derecho de entrada, bajo los condicionamientos de la admisión. “El derecho de admisión en el territorio de una de las Partes Contratantes para desempeñar en él un empleo remunerado cuando, una vez obtenidos los documentos exigidos, el trabajador migrante haya sido previamente autorizado a hacerlo” (art.4.1).

Si bien se ha sostenido que en ningún tratado internacional es posible encontrar una norma que reconozca el derecho a una persona a entrar a trabajar a un territorio que no es el de su nacionalidad, este Convenio de 1977 crea una garantía de admisión a aquellos trabajadores que sean nacionales de alguna de las Partes Contratantes, y que cumpla con la documentación que soberanamente exija el Estado de empleo para el desempeño del trabajo. En este sentido, se requiere que previamente exista una autorización.<sup>1203</sup>

Adicionalmente, el mencionado Convenio establece una serie de requisitos previos para poder autorizar o considerar como admisible a un trabajador migratorio (art.3). Entre los condicionamientos ésta revisión médica y el examen profesional (art. 3.1), el cual tiene como propósito “(...) determinaran si el futuro trabajador migrante responde a las condiciones de salud y a las aptitudes técnicas necesarias para el empleo ofrecido y cerciorarse que el estado de salud del trabajador no presenta ningún peligro para la salud pública” (art.3.2).

Es conveniente tener presente que a la luz de este Convenio cada trabajador migrante que “haya obtenido un empleo, será provisto por el Estado de acogida, antes de su salida de Estado de origen, de un contrato de trabajo u oferta de empleo definida, los cuales podrán ser redactados en uno o varios idiomas en uso en el Estado de origen y en uno o varios idiomas en uso en el Estado de acogida” (art.5). Una disposición de esta naturaleza puede ser considerada como el reconocimiento de que los trabajadores migratorios no serán empleados en actividades distintas para las que fueron autorizados, minimizando así el riesgo de sufrir trabajo forzado, o ser sometidos a servidumbre. De otra parte, este reconocimiento reduce la posibilidad de que la migración de trabajadores se dé en condiciones de irregularidad, toda vez que el mencionado Convenio europeo es bastante estricto en el tratamiento de los flujos migratorios de personas.

---

<sup>1202</sup> TEDH, (A. 33592/96), sentencia de 22 de mayo de 2001, pág. 61

<sup>1203</sup> Debe aclararse en todo caso que la UE ha establecido el estatuto jurídico de ciudadano europeo, del que son titulares los nacionales de los Estados miembros.

La jurisprudencia del sistema interamericano nos ofrece algunas precisiones con respecto a este derecho en el caso de los inmigrantes y en la Opinión Consultiva No. 18 de 2003 la Corte IDH expresa que un Estado puede “(...) otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. Por ejemplo, pueden efectuarse distinciones (...) al establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana”<sup>1204</sup>.

En algunos casos contenciosos ha manifestado la Corte IDH que “(...) el derecho de circulación y residencia es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona y consiste, inter alia, en el derecho de quienes se encuentren legalmente dentro de un Estado a circular libremente en ese Estado y escoger su lugar de residencia.”<sup>1205</sup>

En lo que atañe al derecho a salir del país en el *caso Ricardo Canese vs. Paraguay* la Corte IDH ha puesto de manifiesto que “(...) en el sentido de que el derecho de circulación se trata del derecho de toda persona a trasladarse libremente de un lugar a otro y a establecerse libremente en el lugar de su elección. El disfrute de este derecho no debe depender de ningún objetivo o motivo en particular de la persona que desea circular o permanecer en un lugar. Se trata de una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona” y tomando en referencia los argumentos del Comité de Derechos Humanos, expuestos en la Observación General No. 27, interpreta el alcance del derecho de salida previsto en la CADH (art. 22.3) (párs. 115 y 117).

Otro de los derechos reconocidos en la CTMF a los trabajadores migrantes y que guarda estrecha relación con el artículo 39, es el derecho a que: “En los casos en que la legislación nacional exija autorizaciones separadas de residencia y de empleo, los Estados de empleo otorgarán a los trabajadores migratorios una autorización de residencia por lo menos por el mismo período de duración de su permiso para desempeñar una actividad remunerada” (art. 49.1).

Esta norma contrasta la protección de dos derechos; un derecho civil que consiste en la posibilidad de estar en posesión de un permiso de residencia que permita a los trabajadores migratorios la realización de otras libertades como la de circulación (anteriormente analizada) y de otra parte, la posibilidad de desempeñar una actividad laboral lo que implica el reconocimiento de un derecho económico, social y cultural. No obstante el citado artículo 49.1 los vincula estrechamente y favorece al trabajador migratorio en el sentido de

---

<sup>1204</sup> Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, pár. 119

<sup>1205</sup> Corte IDH, *caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de 15 de septiembre de 2005, serie C, No. 134, pár. 168; *caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 15 de junio de 2005, serie C. No. 124, pár. 110; *caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de 31 de agosto de 2004, serie C, No. 111 pár. 115, y *caso Masacres de Ituango c. Colombia*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 1 de julio de 2006, serie C, No. 142, pár. 206



poder impedir que la concurrencia de las dos autorizaciones pudiera generar una eventual situación jurídica de irregularidad.

Es conveniente tener presente que esta disposición se relaciona necesariamente con la obligación de los Estados de “(...) impedir y eliminar los movimientos y el empleo ilegales o clandestinos (...)” (art.68.1) para lo cual se deberán “(...) adoptar las medidas necesarias y efectivas para eliminar la contratación en su territorio de trabajadores migrantes en situación irregular (...)” (art. 68.2). Sobre este aspecto se ha pronunciado el Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares quien ha puesto de manifiesto que: “Con miras a prevenir la migración irregular, el tráfico ilícito de migrantes y la trata de seres humanos, los Estados partes deben velar por que los trabajadores domésticos migratorios tengan acceso a los canales ordinarios de migración sobre la base de la demanda efectiva” (pár. 51).

De esto puede inferirse que la finalidad del artículo 49 es que los Estados actúen de manera coherente frente a la migración de trabajadores permitiéndoles, tener un estatuto jurídico de regularidad lo que implica armonizar los permisos de residencia y de trabajo. Situación que impedirá que los trabajadores migratorios que cuenten con una sola de las autorizaciones, o una de ellas esté fijada por un tiempo mayor, puedan llegar a permanecer en situación de irregularidad, aspecto que según el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes en su informe de 2011 cita la “criminalización de la migración” toda vez que entre las tendencias generales asumidas por los Estados para el “(...) control de la migración(...)” se encuentra “(...) la penalización de la migración laboral”<sup>1206</sup>. Este aspecto es reiterado en el informe de abril de 2012<sup>1207</sup>.

Así mismo, la CTMF establece que en “(...) los Estados de empleo en que los trabajadores migratorios tengan la libertad de elegir una actividad remunerada, no se considerará que los trabajadores migratorios se encuentran en situación irregular, ni se les retirará su autorización de residencia, por el solo hecho del cese de su actividad remunerada con anterioridad al vencimiento de su permiso de trabajo o autorización análoga” (art.49.2). También consagra que: “A fin de permitir que los trabajadores migratorios mencionados en el párrafo 2 del presente artículo tengan tiempo suficiente para encontrar otra actividad remunerada, no se les retirará su autorización de residencia, por lo menos por un período correspondiente a aquel en que tuvieron derecho a prestaciones de desempleo” (art.49.3).

*c) Participar en los asuntos públicos de su país de origen.*

La CTMF reconoce a favor de los trabajadores migratorios en situación jurídica de regularidad un derecho político consistente en que “los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a participar en los asuntos públicos de su Estado de origen, y a votar y ser elegidos en elecciones celebradas en ese Estado, de conformidad con su legislación” (art.41.1). Para hacer efectiva esta garantía los Estados facilitarán el ejercicio de esos derechos (art.41.2). Por su parte, los trabajadores migratorios podrán disfrutar de

---

<sup>1206</sup> Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, marzo de 2011, pár. 15  
*Ibidem*, párs. 13 y 15.

<sup>1207</sup> Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau, Doc. A/HRC/20/24 de 2 abril de 2012, párs. 13-17-

derechos políticos en el Estado de empleo si ese Estado, en el ejercicio de su soberanía, les concede tales derechos (art.42.3).

El ejercicio del derecho de los trabajadores migrantes a participar en la actividad electoral de su país se explica en que los derechos políticos son por excelencia de titularidad de los nacionales de los Estados, así lo ha puesto de manifiesto el Comité de Derechos Humanos al sostener en la Observación General No. 15 que: “Excepcionalmente, algunos de los derechos reconocidos en el Pacto son expresamente aplicables sólo a los ciudadanos” (art. 25)” (pár. 72).

Por la misma naturaleza de que los derechos políticos están vinculados a la nacionalidad es que en la CTMF los garantiza pese a que los trabajadores migratorios se encuentren en el territorio otro Estado, puedan ejercer este derecho en el Estado de su nacionalidad. Sobre este aspecto el profesor **Bonet Pérez** sostiene que “(la redacción del artículo 25 del PIDCP es inequívoca, ya que considera como titulares de los mismos a todos los ciudadanos, lo que implica restringirlos a favor de quienes ostentan el estatuto de ciudadanía, es decir de nacionalidad”<sup>1208</sup>.

La Comisión de Derecho Internacional (en adelante CDI) ha sostenido que “Por norma general los derechos humanos protegen a todos los seres humanos independientemente de su nacionalidad; salvo algunos casos excepcionales, como el derecho a participar en elecciones. (...). Debe recordarse que es legítimo para el Derecho Internacional de los derechos humanos proceder a realizar distinciones, lo que no constituye discriminación, así quedo puesto de manifiesto en el capítulo III, y lo ha afirmado la CDI al sostener que (...) es razonable retener el ejercicio de derechos políticos a los extranjeros (...)”<sup>1209</sup>. No obstante, los Estados dentro de su inmensa discrecionalidad podrán decidir en qué casos los extranjeros pueden disfrutar de ciertos derechos políticos, y lo reglamentará a través de su legislación interna como ocurre en las constituciones de algunos Estados.

No sobra traer al análisis el caso fallado por el TEDH, *Piermont c. Francia*<sup>1210</sup>, en el que se alega la presunta violación del artículo 16 del CEDH. En este asunto una eurodiputada Alemana es invitada a Francia a participar en actos políticos en contra del gobierno y a favor de los movimientos independentistas. Con posterioridad se emite por parte de la autoridad francesa una orden de expulsión y se le prohíbe un nuevo ingreso al territorio francés. Se debe tener en consideración que el artículo 16 del CEDH, establece que “Ninguna de las disposiciones de los artículos 10, 11 y 14 podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe a las Altas Partes Contratantes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros”. De acuerdo a lo anterior, el reconocimiento de los derechos a la libertad de expresión, derecho de reunión de asociación y la prohibición de discriminación no podrán invocarse en conexión con el derecho a la participación en la

---

<sup>1208</sup> BONET PÉREZ, J.: : *Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigrantes: un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español*, p. 28

<sup>1209</sup> Comisión de Derecho Internacional, *Informe Expulsión de extranjeros*, Doc. A/CN.4/565, 10 de julio de 2006, párr.254 y 260

<sup>1210</sup> TEDH, (A. 1553/89), sentencia de 27 de abril de 1995.

actividad política, toda vez que este derecho es exclusivo de los nacionales de los Estados, y por lo tanto está sujeto a su regulación interna<sup>1211</sup>.

En el caso en cuestión, la señora Piermont argumenta que no se le puede aplicar el artículo 16, en razón a que ella es ciudadana europea y además eurodiputada, por lo cual, no proceden las restricciones a su actividad política. El TEDH, en ese sentido expone que “La Corte no puede aceptar el argumento de la existencia de una ciudadanía europea, toda vez que los tratados de la UE no reconocen la ciudadanía para el momento de la ocurrencia de los hechos” (pár. 64). En ese sentido, podríamos considerar que la afectada en dicho aspecto en particular recibe el tratamiento de una extrajera. Pese a lo anterior, dado que la señora Piermont pertenece a un “(...) Estado miembro de la Unión Europea y, además, tiene la calidad de diputada del Parlamento Europeo no puede oponerse a ella lo previsto en el artículo 16 de la Convención, más aún cuando la población de los territorios en los que ella se encontraba participan en la elección de diputados al Parlamento Europeo” (pár. 64).

De acuerdo con lo anterior la afectada recibe protección de su derecho por vía de su calidad de diputada del Parlamento Europeo, pero no por su condición de ciudadana de la Unión Europea. Así se reafirma que los Estados conservan la máxima discrecionalidad en lo que se refiere a los derechos políticos de los extranjeros.

En el sistema interamericano estimamos pertinente citar de nuevo la Opinión Consultiva No. 18 de la Corte IDH en la que ha sostenido que “(...) el Estado podrá otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. Por ejemplo, pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos” (pár.119).

Por el momento parece que no se pone en tela de juicio para la comunidad internacional que los derechos políticos son una facultad restringida a los nacionales de los Estados o por lo menos, hasta que cada Estado en particular así lo quiera. Sobre esto el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes ha puesto de manifiesto que: “Los Estados democráticos modernos han considerado tradicionalmente que la ciudadanía es un elemento fundamental en la distribución de importantes derechos y prestaciones. Sin embargo, muchos derechos de los que anteriormente sólo disfrutaban los nacionales se han otorgado a todos los habitantes, lo que ha dado lugar a una mayor participación política y a cierta confusión en los diferentes países de destino de los migrantes”<sup>1212</sup>.

En consecuencia para los “(...) Estados, muchos derechos que previamente sólo disfrutaban los ciudadanos se han desvinculado de la nacionalidad y se conceden ahora a los no ciudadanos, tomando como base la residencia y el empleo legales, o los derechos humanos universales. Entre esos derechos figuran el derecho a la libertad de expresión, el derecho de reunión pacífica, el derecho a la propiedad, el derecho a afiliarse a sindicatos y el derecho a

---

<sup>1211</sup> Ver BARTOLE, S, CONFORTI, B, RAIMONDI, G.: *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle liberta fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, p. 445.

<sup>1212</sup> Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, marzo de 2011, pár. 63

la atención de salud, la educación, la seguridad social, la vivienda y otros servicios sociales”. Hoy se plantea una reflexión frente a la titularidad de los derechos políticos, pues en palabras del Relator Especial “adquirir la nacionalidad del país de acogida ha sido siempre para los migrantes el paso más importante hacia la integración política (...). Es así como “es importante que los migrantes tengan la posibilidad de convertirse en ciudadanos del Estado en el que residan permanentemente, y se les debería alentar a que lo hicieran”<sup>1213</sup>.

La preocupación del Relator Especial radica en que los grupos de personas de “(...) origen migrante están con frecuencia insuficientemente representados en los procesos políticos (...). Al hacer una evaluación de la evolución pero sobre todo de las tendencias de los Estados con respecto al acceso a los derechos políticos por parte de los extranjeros, el Relator Especial invita a los Estados a dar apertura a este tema y permitir que por lo menos “(...) se conceda el derecho al voto local a los inmigrantes que han residido legalmente en el país durante varios años”<sup>1214</sup>.

La recomendación propuesta por el Relator al parecer obedece a que reconoce que las comunidades “son más vulnerables cuando se encuentran políticamente aisladas (...). Por lo anterior es necesario que de manera urgente los Estados examinen sus políticas migratorias y valoren las ventajas de la migración incluso en el tema concreto del acceso a la ciudadanía, toda vez que esto, podría contribuir “al desarrollo de nuevas formas de identidad”<sup>1215</sup>.

Conviene recordar que tal y como ha sido puesto de manifiesto con anterioridad en lo que respecta a los derechos de los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias, se ha buscado avanzar hacia la universalización de los derechos de este grupo de personas, sin embargo persiste la tendencia a la equiparación restringida

*d) Derecho a la familia.*

En la CTMF se reconoce la importancia de la familia y la califica como “(...) el grupo básico natural y fundamental de la sociedad” (art.44.1)<sup>1216</sup>. En función de esto, se le reconocen una serie de medidas de protección para propiciar “la reunión de los trabajadores con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador una relación (...) y produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con los hijos solteros menores de edad que estén a su cargo (art.44.2).

El Comité de Derechos Humanos al hacer una interpretación de la disposición del PIDCP sobre la familia, en la Observación General No. 19 sostiene que: “se reconoce que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Por otra parte, debe tenerse presente que para el Comité, los Estados deben brindar alternativas para favorecer la unidad familiar, de modo que: “(...) la

---

<sup>1213</sup> *Ibidem*.

<sup>1214</sup> *Ibidem*, pár. 68

<sup>1215</sup> *Ibidem*, párs. 69 y 75

<sup>1216</sup> Es posible hablar un derecho similar en los demás instrumentos internacionales art.23 PIDCP, art. 10 PIDESC, art.10. CDN, art. 23 CDPD, art. 8 CEDH, art.11.2 y art. 17 CADH.

posibilidad de vivir juntos implica la adopción de medidas apropiadas, tanto en el plano interno cuanto, según sea el caso, en cooperación con otros Estados, para asegurar la unidad o la reunificación de las familias, sobre todo cuando la separación de sus miembros depende de razones de tipo político, económico o similares”<sup>1217</sup>.

Por otra parte, el Comité de Derechos del Niño en la Observación General No. 6 ha precisado que “(...) debe procurarse por todos los medios que el menor no acompañado o separado se reúna con sus padres salvo cuando el interés superior de aquél requiera prolongar la separación” (pár. 81), Esta reunión del menor con su familia no necesariamente debe darse en el Estado de origen, razón por la cual este mismo Comité ha precisado que: “(...) Si no es posible la reunión familiar en el país de origen, sea a causa de obstáculos jurídicos que impidan el retorno, sea porque la ponderación del retorno contra el interés superior del menor inclina la balanza en favor de este último, entran en juego las obligaciones estipuladas en los artículos 9 y 10 de la Convención, que deben regir las decisiones del Estado de acogida sobre la reunión familiar en su propio territorio” (pár. 83). En razón a esto sugiere a los Estados los mecanismos para lograr la unificación de la familia en los Estados de acogida (párrs.89-90), sin perjuicio de que esto también pueda propiciarse en el Estado de origen (párrs. 84-88).

El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes también ha manifestado su preocupación en este aspecto y ha considerado que: “También es necesario adoptar medidas para favorecer la unidad de la familia y facilitar la reunión de los niños con sus padres en los países de destino para abordar de forma adecuada la protección y las necesidades especiales de los niños que quedaban atrás”<sup>1218</sup>.

Por otra parte, si bien el respeto por la Unidad de la familia es una garantía que se reconoce también a los trabajadores migratorios y a sus familiares, conviene tener en cuenta una precisión que realiza el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes y que se relaciona con los menores de edad involucrados en el proceso migratorio. Considera el Relator que: “(...) la detención de niños relacionada con la inmigración no debe justificarse sobre la base del mantenimiento de la unidad familiar (Insiste también en que la detención de niños relacionada con la inmigración no debe justificarse sobre la base del mantenimiento de la unidad familiar)”<sup>1219</sup>.

De otro lado, en caso de que un menor deba ser repatriado debe evaluarse el favorecimiento a la unidad familiar, no obstante el criterio para la determinación de cualquier situación que involucre a los menores de edad siempre deberá hacerse atendiendo al principio del interés superior del niño (art. 3.1 CDN) y así ha sido puesto de manifiesto por parte del citado Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes al sostener que: “Los niños

---

<sup>1217</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19, *La familia*, 39º Periodo de sesiones, 1990, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), de 27 de mayo de 2008, pár. 5

<sup>1218</sup> *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, marzo de 2011, pár. 28

<sup>1219</sup> *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante, Doc. A/65/222 de 3 de agosto de 2010, pár. 48

sólo deben ser repatriados si ello redundaría en su interés superior, es decir, para contribuir a la reunificación familiar y con las debidas garantías procesales”<sup>1220</sup>.

De lo anterior puede concluirse que el derecho a la protección de la familia, a la vida familiar y al respeto por la unidad de la misma, gozan de gran relevancia en la mayor parte de la jurisprudencia internacional, y este derecho es reconocido a los trabajadores migrantes, que en su posición de personas vulnerables ven afectada la estabilidad de esta institución por el hecho mismo de la migración. En consecuencia a familia del trabajador migratorio también se les reconoce un grupo de derechos en particular que permiten que su proceso de integración en el Estado de empleo del trabajador se facilite y reciban un trato similar al de los nacionales de dichos Estados.

El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares en la Observación General No. 1 ha puesto de manifiesto que uno de los principales problemas que tienen los trabajadores migratorios domésticos es la separación de su núcleo familiar. Ha sostenido el Comité que “(...) La ausencia prolongada de los trabajadores domésticos migratorios afecta negativamente a la unidad familiar y al bienestar social y psicológico de sus familiares y suele dar lugar a violaciones de los derechos de los hijos que se hayan quedado en el país de origen” (pár. 15).

Consciente de esta situación el Comité en mención, también sugiere a los Estados las medidas que debe adoptar para dar protección a la familia. De esta forma ha considerado que “Los Estados partes deben adoptar medidas apropiadas para proteger la unidad de la familia del trabajador doméstico migratorio que se encuentre en situación regular. En particular, los trabajadores domésticos migratorios deben tener oportunidades razonables de mantenerse en contacto con sus familias y gozar de la movilidad correspondiente, incluida la posibilidad de comunicarse con la familia que permanece en el país de origen, de viajar para participar en acontecimientos familiares ineludibles como son los entierros y, especialmente en el caso de los migrantes ausentes durante largos períodos, de visitar a sus cónyuges e hijos en otros países. Los Estados partes deben velar por que los niños separados de uno o ambos progenitores puedan mantener contactos directos con ellos de forma periódica” (pár. 54). Según el Comité de Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares “(...) los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para facilitar la reunificación de los trabajadores domésticos migratorios en situación regular con sus cónyuges e hijos (...)” (pár. 55).

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en lo que atañe al derecho a la familia y a la unidad de la familia ha puesto en evidencia la relación entre este derecho y la facultad que tienen los Estados para proceder a expulsar a los extranjeros. En la Observación General No. XXX ha expresado que es recomendable para los Estados “Evitar la expulsión de los no ciudadanos, especialmente de los residentes de larga data, que pueda tener como resultado una interferencia desproporcionada en el derecho a la vida familiar” (pár. 28).

---

<sup>1220</sup> Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, marzo de 2011, pár. 29

No cabe duda de la importancia del derecho a la familia y de preservar la unidad de la misma para los órganos de los tratados incluso en situaciones como las que deben enfrentar los trabajadores migratorios que por el hecho mismo del viaje se deben encontrar apartados de ella.

La CDI por su parte considera que “Existe un consenso universal en cuanto a que la familia, en su condición de unidad fundamental de la sociedad, tiene derecho a ser respetada y a recibir protección, asistencia y apoyo (...). La unidad familiar es la expresión que se utiliza generalmente para describir todos los derechos interrelacionados con ella y (...) abarcan cuestiones referentes a la admisión, la estancia y la expulsión. La unidad familiar también tiene un significado más específico en relación con las limitaciones que impone a la discreción del Estado para separar una familia intacta mediante la expulsión de uno de sus miembros.”<sup>1221</sup>. Esto es posible evidenciarlo en los numerosos casos abordados por la jurisprudencia en la que el respeto a la vida familiar y el mantenimiento de la unidad familiar han supuesto límites a la soberanía de los Estados a la hora de proceder a expulsar a un extranjero. Es así como se halla una estrecha relación entre la expulsión y el respeto a la vida familiar.

Sobre este aspecto conviene tener en cuenta el caso *Aleinikoff, Alexander T.* del Comité de Derechos Humanos en el que se impugnaba la deportación de un inmigrante por constituir una injerencia arbitraria e ilegal en la vida familiar (art.17 PIDCP). En este asunto, el Comité consideró que “(...) eran desproporcionados los efectos para la familia derivados de la expulsión en relación con el derecho del Estado a aplicar sus políticas de inmigración. Entre los factores que se han de tener en cuenta están el período de residencia; la edad de los hijos y el efecto de la expulsión de uno de los progenitores; el comportamiento del progenitor, y el interés del Estado en proteger la seguridad pública y promover el cumplimiento de las normas de inmigración. No obstante, al igual que en el contexto de la admisión al país, se ha reconocido que la expulsión no implica necesariamente la destrucción la unidad familiar, ya que puede dar lugar simplemente a la reinstalación de toda la familia en otro Estado”.

La jurisprudencia del TEDH es sin duda de las más relevantes en lo que se refiere al respeto de la vida de la familia y en consecuencia a la protección de su unidad a la luz de la potestad de expulsión que tienen los Estados Parte. En ella, uno de los centros de gravedad de la discusión es evaluar si la medida de expulsión es realmente necesaria en el contexto de una sociedad democrática, aspecto que según las palabras del profesor **Chueca Sancho** “(...) es consustancial a cualquier sistema de protección de derechos humanos”<sup>1222</sup>. De otro lado, debe buscarse el equilibrio entre el margen de apreciación que tienen los Estados para tomar una medida de expulsión y la proporcionalidad de sus actuaciones. La jurisprudencia es rica en este tema, sin embargo no será objeto de estudio detallado.

No obstante, es relevante tener en cuenta el caso *Moustaquim c. Bélgica*<sup>1223</sup>, en el cual el TEDH decidió respecto de la deportación de un extranjero y evaluó si dicha medida se

---

<sup>1221</sup> Informe CDI, 2006, p. 447

<sup>1222</sup> CHUECA SANCHO, A.: *La expulsión de los extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos*, Egido Editorial, Zaragoza, 1998, p. 76

<sup>1223</sup> TEDH, (A.12313/86), sentencia 18 de febrero de 1991, 41 a 46

ajustaba a las necesidades de una sociedad democrática. En este caso, se tuvo en consideración el largo periodo de tiempo que el afectado había residido en el país demandado, así como también los lazos establecidos por sus familiares en este territorio. De otra parte se evaluó también la infracción cometida por el afectado a la legislación interna y el tiempo que medió entre este hecho, y la orden de deportación emitida por las autoridades. Al fallar el caso el TEDH llegó a la conclusión de que existía violación a la vida familiar (art.8 CEDH) en razón a que la “(...) la medida no era necesaria en una sociedad democrática” en razón a que “no se había observado un equilibrio apropiado entre los intereses en cuestión y los medios empleados eran desproporcionados en relación con el fin legítimo perseguido” (pár. 46).

En el caso *Nasri c. Francia* también se ampara el derecho del artículo 8. El asunto versa sobre un nacional argelino quien tenía la mayor parte de sus familiares en Francia. Al realizar el examen de los hechos a la luz del CEDH el TEDH estimó que “Teniendo en cuenta la concurrencia de circunstancias especiales, en particular su condición de persona sordomuda que sólo es capaz de lograr un equilibrio social mínimo en el seno de su familia, cuyos miembros son en su mayoría franceses y no tienen lazos estrechos con Argelia, la deportación del demandante, si se llegara a ejecutar, no guardaría proporción con el legítimo objetivo que se espera conseguir, sería contraria al derecho a que se respete la vida en familia y, por ende, constituiría una violación del artículo 8” (pár. 46).<sup>1224</sup>

Son numerosas las sentencias que interpretan el artículo 8 del CEDH y que dan resguardo al derecho a la vida familiar incluso por encima de los intereses particulares de los Estados, y de lo que dispone su política migratoria interna en cuanto a la expulsión de los extranjeros.<sup>1225</sup> Pero no en todos los casos se obtiene una decisión a favor del interés del inmigrante, y también pueden identificarse algunos casos en los cuales no se ampara el derecho.<sup>1226</sup> En el caso *Boultif c. Suiza* el TEDH definió los criterios según los cuales es posible determinar si existe una injerencia en la vida familiar con ocasión a la existencia de una orden de expulsión en contra de una persona extranjera bajo el criterio de la necesidad en una sociedad democrática. Entre los aspectos que permiten establecer que hay violación al artículo 8 se encuentran; la gravedad del delito que ha sido cometido por la persona, el tiempo que la persona ha permanecido en el territorio de acogida, el tiempo en el que ha sido cometido el delito, los lazos existentes con la familia, inserción social, entre otros aspectos (pár. 48)<sup>1227</sup>.

---

<sup>1224</sup> TEDH, (A. 19465/92), sentencia de 13 de julio de 1995.

<sup>1225</sup> Ver Caso *Berrehab c. Países Bajos*, sentencia, 21 de junio de 1988, demanda 10730/84, párs. 19 a 29.

<sup>1226</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Cruz Varas and Otros c. Suecia*, sentencia (sobre el fondo), 20 de marzo de 1991, demanda 15576/89, párr. 88. Véase también *Caso of C. c. Bélgica*, sentencia (sobre el fondo), 7 de agosto de 1996, demanda 21794/93, párs. 32 a 36. En este caso se valoraron los lazos que el demandante había mantenido con su país de origen y la gravedad de los delitos cometidos contra la legislación de estupefacientes. En consecuencia el TEDH consideró que no existía evidencia suficiente que “indicase que las autoridades belgas hubiesen actuado de manera arbitraria o irracional, o que hubieran incumplido su obligación de mantener un justo equilibrio entre los intereses pertinentes. La expulsión del demandante no se podía considerar desproporcionada en relación con el legítimo objetivo que se perseguía”.

<sup>1227</sup> TEDH, (A. 54273/00), sentencia de 2 de agosto de 2001.



Con relación al derecho a la familia es oportuno tener en cuenta la disposición del Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante, según el cual el permiso de residencia “(...) se aplicará, asimismo, a los miembros de la familia del trabajador migrante autorizados para la reagrupación familiar de conformidad con el Artículo 12 de este Convenio” (art. 9.3).

Por su parte el Comité Europeo de Derechos Sociales también se ha referido a la importancia de la familia y a la necesidad de que los Estados le brinden la debida protección. Ha puesto que manifiesto al analizar la aplicación del artículo 16 y del preámbulo de la CSE Revisada que “el derecho a la familia (...) supone el logro “(...) de condiciones de vida indispensables para su pleno desarrollo (...)”<sup>1228</sup>. Por otra parte al igual como ha sido puesto de manifiesto en jurisprudencia de otros órganos se cataloga a la familia como la “(...) célula fundamental de la sociedad, por lo que las partes contratantes se comprometen a fomentar la protección económica, jurídica y social (...)” (pár. 16). El Comité Europeo agrega que “el artículo 16 establece desde este punto de vista obligaciones similares a las enunciadas en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos” (pár. 25).

En el contexto del sistema interamericano no es posible encontrar una riqueza jurisprudencial entorno a la unidad familiar como la del TEDH, sin embargo pueden hacerse algunas referencias puntuales respecto a la protección de la familia. La Corte IDH en el *caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*, ha puesto de manifiesto que la CADH (art.17) reconoce que existe un ámbito personal que debe estar a salvo de intromisiones por parte de extraños y que el honor personal y familiar, así como el domicilio, deben estar protegidos ante tales interferencias” (pár.193).<sup>1229</sup> En el *caso Gelman vs. Uruguay* también se ha afirmado la importancia del derecho a la protección a la familia y al haber precisado la Corte que “(...) el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella (...) conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Por ende, la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales” (pár. 125)<sup>1230</sup>.

En lo que se refiere en estricto sentido a los trabajadores migratorios en el caso *Vélez Loor vs. Panamá* se hace una breve pero importante referencia al derecho a la unidad familiar. En el asunto la Corte IDH pone de manifiesto que “Si bien la privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal, en caso de personas privadas de libertad exclusivamente por cuestiones migratorias, los lugares de detención deben encontrarse diseñados a los fines de garantizar condiciones materiales y un régimen adecuado para su

---

<sup>1228</sup> Comité Europeo de Derechos Sociales, *Reclamación Colectiva No. 15/2003* presentada por el Centro de Derechos para los Gitanos Europeos contra Grecia, Decisión de fondo de 8 de septiembre de 2004, pár. 16

<sup>1229</sup> Corte IDH, sentencia de 1 de julio de 2006, Excepciones preliminares, reparaciones, fondo, costas, Serie C, No. 148.

<sup>1230</sup> Corte IDH, sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y reparaciones, Serie C, No. 221.

situación legal, y cuyo personal esté debidamente cualificado, evitando en lo posible la desintegración de los núcleos familiares” (pár. 209)<sup>1231</sup>. Debido a esto la Corte sugiere a los Estados “adoptar determinadas medidas positivas, concretas y orientadas, para garantizar no sólo el goce y ejercicio de aquellos derechos cuya restricción no resulta un efecto colateral de la situación de privación de la libertad, sino también para asegurar que la misma no genere un mayor riesgo de afectación a los derechos, a la integridad y al bienestar personal y familiar de las personas migrantes” (pár. 209).

No obstante esto a la hora de pretender el amparo de este derecho debe probarse los vínculos familiares, así como los existentes en el Estado de destino, estos lazos constituyen una limitación al reconocimiento del derecho. Por otra parte la unidad familiar no puede obrar en perjuicio de los propios menores lo que constituye también un límite razonable a este derecho.

*e) Derecho a elegir actividad remunerada.*

La CTMF reconoce un derecho de gran importancia a los trabajadores migratorios en situación jurídica de regularidad que si bien comporta un derecho civil, también incluye un importante elemento de un derecho económico, social y cultural. El artículo 51 dispone: “No se considerará que se encuentren en situación irregular los trabajadores migratorios que en el Estado de empleo no estén autorizados a elegir libremente su actividad remunerada, ni tampoco se les retirará su autorización de residencia por el solo hecho de que haya cesado su actividad remunerada con anterioridad al vencimiento de su permiso de trabajo, excepto en los casos en que la autorización de residencia dependa expresamente de la actividad remunerada específica para la cual hayan sido aceptados. Dichos trabajadores migratorios tendrán derecho a buscar otros empleos, participar en programas de obras públicas y readiestrarse durante el período restante de su permiso de trabajo, con sujeción a las condiciones y limitaciones que se establezcan en dicho permiso”.<sup>1232</sup>

Esta norma se refiere parcialmente al derecho de residencia sin embargo se presenta condicionado al permiso de trabajo o al hecho mismo de que el trabajador migratorio haya desempeñado una actividad laboral en el Estado de destino. La protección reconocida impide que los trabajadores migratorios que han entrado dando cumplimiento de los requisitos exigidos por el Estado, y han permanecido así, y que por circunstancias ajenas a su voluntad ha terminado su relación laboral puedan convertirse en trabajadores migrantes en situación jurídica de irregularidad de manera sobrevenida.

El efecto del artículo 51 es consecuente con la misma finalidad de la CTMF de “(...) evitar y eliminar los movimientos y el tránsito clandestinos de los trabajadores migratorios” (preámbulo pár. 11), toda vez que puede considerarse como un mecanismo eficaz para disminuir la inmigración irregular, en razón a que no se incrementa el número de inmigrantes irregulares por el hecho de haber dejado de trabajar y esto emite un mensaje positivo en el entendido que la pérdida del empleo no constituye un delito, lo que puede

---

<sup>1231</sup> Corte IDH, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 218.

<sup>1232</sup> No puede olvidarse que con anterioridad el Convenio 143 de la OIT ya consagraba una garantía en este mismo sentido (art. 8).

incidir de manera favorable en dejar de concebir la inmigración irregular como un crimen aspecto que ha sido una constante preocupación del Relator Especial sobre los derechos de los migrantes al evidenciar el creciente aumento de la penalización de la migración<sup>1233</sup>.

Por otra parte debe anotarse que según el artículo 51 de la CTMF se otorga al trabajador migratorio “(...) tiempo suficiente para encontrar otra actividad remunerada”<sup>1234</sup> y se le permite buscar otro empleo. Esta garantía llama la atención toda vez que en principio los Estados no tienen el deber de ofrecer empleo a los extranjeros y correlativamente estas personas no tienen derecho a que se les garantice, así ha sido puesto de manifiesto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, citado en reiteradas oportunidades según el cual “El derecho al trabajo no debe entenderse como un derecho absoluto e incondicional a obtener empleo”<sup>1235</sup>.

En la práctica esto se ha presentado en algunos Estados, y el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes ha celebrado que “. En los casos de contratos de residencia de trabajo subordinado, la pérdida de empleo no supone para el trabajador la anulación del permiso de residencia. El trabajador podrá inscribirse en las listas de desempleo y se le dará preferencia en la contratación respecto a otros trabajadores extracomunitarios (...) La inscripción tendrá una vigencia igual al período remanente del permiso de residencia, y a excepción de los permisos de trabajo estacional, no podrá ser inferior a 6 meses.”<sup>1236</sup>

Si bien en algunos Estados se brinda esta condición para los trabajadores migratorios, el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes también ha evidenciado que la regla general es que se presente un problema por la falta de compatibilidad temporal entre el permiso de trabajo y el de residencia, lo que incrementa la irregularidad de las personas. Sostiene que: “En general, se observa en los países de tránsito y destino una gran presencia de extranjeros que, a pesar de carecer de permiso de residencia, mantienen una vinculación laboral. Estas personas se hallan en una situación en la que no pueden regularizar su situación por estar empleados en la economía sumergida, y no consiguen empleo legal por su condición administrativa irregular”<sup>1237</sup>.

El Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante consagra de manera separada los permisos de trabajo y de residencia. Así establece que “Cada Parte Contratante que admita a un trabajador migrante para que ocupe un empleo remunerado, le otorgará o renovará (salvo en caso de dispensa) un permiso de trabajo en las condiciones previstas en su legislación” (art.8.1), dicho permiso es temporal pues “no podrá, por regla general, vincular al trabajador (...) por un periodo superior a un año” (art.8.2) y en caso de “(...) de

---

<sup>1233</sup> Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, Sr. Jorge Bustamante, Doc. A/HRC/17/33, de 21 de marzo de 2011, párs. 10-25

<sup>1234</sup> VANHEULE, D.: “The International Convention on the Protection of the rights of all Migrant workers and the members of their Families”, en *International Human Rights Law in a Global Context*, Ob. Cit. p. 484

<sup>1235</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 18, pár. 6.

<sup>1236</sup> Informe presentado por la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, Doc. E/CN.4/2004/76/Add.2, 14 de enero 2004, pár. 30

<sup>1237</sup> Informe sobre los derechos humanos de los migrantes presentado por la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos, marzo 22 de 2004, pár. 54.

renovación del permiso de trabajo deberá tener (...) una duración de al menos un año, siempre y cuando la situación y evolución del mercado del trabajo lo permitan” (art.8.3).

Según la norma reproducida, el permiso de trabajo es bastante limitado, pues si bien previamente a su concesión ya se ha examinado el cumplimiento de varios requisitos tal y como fue puesto de manifiesto, una vez obtenido el permiso para trabajar este será concedido de manera temporal, y en todo caso siempre se consultará la necesidad del Estado y del mercado de trabajo.

Por otra parte, el Convenio también determina que el Estado “(...) otorgará, si su legislación nacional lo exige, un permiso de residencia a los trabajadores migrantes que hayan sido autorizados a ocupar un empleo remunerado en su territorio (...)” (art.9.1). De acuerdo con esto, al parecer se puede llegar a establecer por parte de un Estado un doble trámite, toda vez que si se considera que además del permiso de trabajo, el inmigrante deberá también contar con un permiso de residencia, se tendrá que dar cumplimiento a este requisito, en aras de no incurrir en alguna infracción a la norma que derive en una situación de irregularidad por la permanencia al margen de la ley en el Estado de empleo.

El citado artículo 9 en su apartado 2º también establece que “El permiso de residencia se otorgará, según las condiciones previstas en la legislación nacional, y se renovará, si fuera preciso, por una duración igual, por regla general, a la del permiso del trabajo. Cuando no se haya determinado la duración del permiso de trabajo, el permiso de residencia será, en general, otorgado y si fuera preciso renovado, por un período de al menos un año”. Según esta disposición el Convenio busca establecer una compatibilidad entre los dos permisos. Sin embargo lo dispuesto en este Convenio es mucho más restrictivo que lo consagrado en la CTMF, toda vez que en aquel no es posible que en principio la estancia de la persona se prolongue por más de un año, toda vez que permiso de trabajo tiene esta limitación cuando esta es otorgada por primera vez, y no está previsto que una vez cese el trabajo la persona pueda mantener un permiso de residencia para poder buscar otra actividad remunerada.

Bajo el único supuesto en el que le será permitido a un trabajador permanecer el territorio del Estado de empleo con el solo permiso de residencia es el evento en el que “ (...) el trabajador migrante ya no desempeñe un empleo, bien por incapacidad temporal para trabajar a consecuencia de una enfermedad o de un accidente, bien por encontrarse en paro involuntario, debidamente comprobado por las autoridades competentes, estará autorizado, en virtud de las disposiciones del Artículo 25 de este Convenio, a permanecer en el territorio del Estado de acogida por un período que no debería ser inferior a cinco meses” (art.9.4). En función de lo anterior queda puesto de manifiesto lo rígido de las disposiciones de este Convenio.

Por otro lado, según la CTMF los trabajadores migratorios en situación jurídica de regularidad también tendrán derecho en el Estado de empleo a “(...) elegir su actividad remunerada (...)” (art.53.1). Como fue expuesto en el capítulo en el que analizó el derecho al trabajo uno de los elementos esenciales de éste es la libertad para elegir la actividad remunerada que se va a desempeñar, y así lo establecen no sólo la mayor parte de los instrumentos internacionales que reconocen este derecho, sino que también es interpretado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General

No. 18 (pár. 2). No obstante, este derecho se restringe en el caso de los extranjeros, o más específicamente de los trabajadores migrantes a aquellos que están en situación jurídica de legalidad, pues tal y como lo resalta el Comité de Eliminación contra todas las Formas de Discriminación Racial “(...) los Estados Partes pueden negarse a ofrecer empleo a los no ciudadanos que no posean un permiso de trabajo (...)” (pár. 35).

No obstante, según la CTMF aquellos que se encuentren en situación de regularidad sí debería reconocérseles ese derecho, sin embargo no resulta ser absoluto toda vez que los Estados podrán imponer limitaciones en este sentido, tales como “restringir el acceso a categorías limitadas de empleo, funciones, servicios o actividades (...) en beneficio del Estado” (art.52.2.a), “restringir la libre elección (...) a las condiciones de reconocimiento de calificaciones profesionales adquiridas fuera del territorio del Estado de empleo” (art.52.2.b), “subordinar el derecho a la libre elección de una actividad remunerada a la condición de que el trabajador migratorio haya residido legalmente en el territorio del Estado de empleo para ejercer actividad remunerada por un y tiempo determinado (...) que no sea superior a dos años” (art.53.3.a), “limitar el acceso del trabajador (...) a una actividad remunerada en aplicación de una política de otorgar prioridad a sus nacionales o a las personas que estén asimiladas a sus nacionales (...)” (art. 53.3.b). Así mismo el Estado de empleo podrá fijar las “condiciones en virtud de las cuales un trabajador migratorio que haya sido admitido para ejercer un empleo podrá ser autorizado para realizar trabajos por cuenta propia” (art.53.4).

Las excepciones establecidas en virtud de las cuales el Estado de empleo puede limitar la libre elección de la actividad remunerada de los trabajadores migratorios evidencia que a pesar del reconocimiento de este derecho en todo caso el Estado conserva un amplio margen de discrecionalidad en el que podrá favorecer sus intereses particulares, lo que en palabras del profesor **Juste Ruiz** significa que existe “capacidad de maniobra para delimitar el ámbito de aplicación material de esos derechos”<sup>1238</sup>, no obstante esto deberá estar previsto en una ley interna que regule las limitaciones (art.53).

Es importante tener presente que dado que la CTMF también se aplica a ciertas categorías de trabajadores como ocurre con los trabajadores fronterizos (art.2.2.a) y que en consecuencia los derechos tanto de la Parte III, como la IV les amparan, éste instrumento dispone que si bien dichas personas no tienen establecida su residencia habitual en el Estado de empleo, “(...) éste podrá considerar favorablemente la posibilidad de otorgar (...) el derecho a elegir libremente una actividad remunerada luego de un periodo determinado.” (art.58.2).

### **1.2.2. Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconocidos a los trabajadores en situación jurídica de regularidad.**

- a) *Derechos de asociación, acceso a la orientación profesional, enseñanza, salud y vivienda, inclusión en planes sociales.*

---

<sup>1238</sup> JUSTE RUIZ J.: “Inmigración, nacionalidad y extranjería”, en *Estudios sobre derecho de extranjería*, Ob. Cit. p. 312

La CTMF reconoce con mayor amplitud el derecho de asociación sindical a los trabajadores migratorios en situación jurídica de regularidad que a los que no lo están. De esta forma dispone que estas personas podrán “(...) establecer asociaciones y sindicatos en el Estado de empleo para el fomento y la protección de sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole” (art.40.1), y “no podrán imponerse restricciones al ejercicio de ese derecho, salvo las que prescriba la ley y resulten 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.40.2).

La amplitud de la regulación radica en que este derecho contempla para aquellos trabajadores que cumplen con los requisitos de empleo y de permanencia de un Estado, no sólo participar de estos espacios, sino que podrán ser los fundadores de los sindicatos.

Así mismo dentro de los derechos que la CTMF reconoce a los trabajadores en situación jurídica de regularidad está el “derecho a la igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo” (art.43.1) en lo relativo al acceso a instituciones y servicios de enseñanza, conforme a ciertos requisitos de admisión (art.43.1.a), acceso a servicios de orientación profesional y colocación (art.43.1.b)<sup>1239</sup>, acceso a servicios e instituciones de formación profesional y readiestramiento (art.43.1.c)<sup>1240</sup>, acceso a la vivienda, con inclusión de los planes sociales y protección contra la explotación en materia de alquileres (art.43.1.d)<sup>1241</sup>, acceso a los servicios sociales y de salud, siempre que se hayan satisfecho los requisitos establecidos (art.43.1.e) También se encuentra el derecho al acceso a la vida cultural (art.43.1.g).

Los Estados Parte deberán promover las condiciones para que estos derechos se garanticen, siempre que las condiciones establecidas para su estancia, con arreglo a la autorización del Estado de empleo satisfagan los requisitos (art. 43.2). Los Estados Partes promoverán condiciones que garanticen una efectiva igualdad de trato, a fin de que los trabajadores migratorios puedan gozar de los derechos enunciados en el párrafo 1 (art.43.3) Como disponen las citadas disposiciones, para que pueda efectuarse se tendrán que cumplir los requisitos exigidos por los Estados de empleo. Si bien según la propia CTMF los derechos de esta Parte IV se aplican también a los trabajadores vinculados a proyectos y a los trabajadores con empleo concreto, el derecho al acceso a la orientación profesional y a la colocación, así como a las instituciones de formación profesional y readiestramiento no les son aplicables por exclusión expresa de este instrumento (art.61.1 y art.62.1).

Con respecto al servicio de colocación y la formación técnico profesional en su Observación General No. 18 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha expuesto que para que el derecho al trabajo se haga efectivo los Estados “habrán de adoptar medidas entre las que deberá figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones

---

<sup>1239</sup> Este artículo en particular no es aplicable a los trabajadores con empleo concreto (art.62.1)

<sup>1240</sup> Al igual que el anterior esta norma tampoco cubre a los trabajadores con empleo concreto (art.62.1)

<sup>1241</sup> Se excluye a los trabajadores con empleo concreto (art.62.1)

que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana” (pár. 2).

Sobre el derecho a la salud, y los servicios sociales el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares en la Observación General No. 1 ha puesto de manifiesto que “Los Estados deben velar por que los trabajadores domésticos migratorios documentados o en situación regular gocen del mismo trato que sus nacionales en el acceso a los servicios sociales y de salud” (pár. 44). Agrega dicho Comité que de conformidad con el PIDESC los Estados están obligados a “tomar medidas apropiadas para asegurar a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, sean o no inmigrantes, el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, así como asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad” (pár. 44).

En este aspecto es pertinente tener en cuenta que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General No. 20 expone que: “Los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todos, incluidos los no nacionales, como los refugiados, los solicitantes de asilo, los apátridas, los trabajadores migratorios y las víctimas de la trata internacional, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean” (pár. 30)<sup>1242</sup>. Esto debe contrastarse con lo que sostiene en su Observación General No. 4 en la que hace notar que: “En particular, el disfrute de este derecho no debe estar sujeto, según el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, a ninguna forma de discriminación” (pár. 6)<sup>1243</sup>. El derecho a la vivienda constituye uno de los elementos del derecho a un nivel de vida adecuado. Así lo pone de manifiesto el Comité en la Observación General No. 4 al precisar que se “(...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia” (pár.1), derecho que se integra entre otros componentes del derecho a la vivienda. Este mismo Comité, en la Observación General No. 7<sup>1244</sup> amplía la interpretación de este derecho a la vivienda en el caso particular de los desalojos. Conviene tener en cuenta que con el propósito de ampliar el estudio sobre el nivel de vida adecuado se puede acudir a los estudios de la profesora **Salado Osuna** sobre el particular (pár. 61).

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en su Recomendación General No. XXX, también se pronuncia sobre la importancia de estas garantías y sugiere a los Estados “Suprimir los obstáculos que impidan a los no ciudadanos disfrutar de los derechos económicos, sociales y culturales, sobre todo en las esferas de la educación, la vivienda, el empleo y la salud” (pár. 29). Sobre el derecho a la vivienda adecuada este Comité también ha considerado la necesidad de “Garantizar la igualdad en el disfrute del derecho a una vivienda adecuada a los ciudadanos y los no ciudadanos, especialmente evitando la segregación en materia de vivienda y velando por que las agencias inmobiliarias se abstengan de utilizar prácticas discriminatorias” (pár. 32).

---

<sup>1242</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*, Doc. E/C.12/GC/20, de 2 de julio de 2009.

<sup>1243</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho a una vivienda adecuada*, 6º Periodo de sesiones, 1991, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I) de 27 de mayo de 2008.

<sup>1244</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos*, 16º Periodo de sesiones, 1997, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I) de 27 de mayo de 2008.

Se debe tener en cuenta así mismo la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la cual afirma que: “El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud” (pár. 3)<sup>1245</sup>.

Al igual que como ocurre con lo expuesto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General No. 20 se refiere a la protección de todas las personas sin discriminación al indicar que “El Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, (...) origen nacional” (pár.18), lo que resulta ser complementario a que los “(...) bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados” (pár. 12.b). La vulnerabilidad de los trabajadores migrantes y los miembros de sus familias ha quedado suficientemente afirmada en este trabajo.

Conviene tener en cuenta que el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes en su informe de 2011 señala la importancia de la salud y la vivienda adecuada para este grupo de personas, y sostiene que “ (...) el disfrute de esos derechos por todos los miembros de la sociedad, sea cual fuere su ciudadanía, nacionalidad y situación de inmigración, no sólo era un fin en sí por una cuestión de titularidad, sino un medio esencial de asegurar un desarrollo humano equitativo y la integración social de los migrantes en las sociedades de acogida”<sup>1246</sup>. El Relator llega a esta conclusión dado que “(...) los migrantes recién llegados encuentran diversos obstáculos para acceder a la atención de la salud o a la vivienda, habida cuenta de sus limitados conocimientos del idioma del Estado de acogida y su desconocimiento de las leyes y los sistemas vigentes en ese país” (pár.36).

En cuanto al derecho a la seguridad social debe acudir al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en la Observación General No. 19 reitera varios de los argumentos consignados en las demás observaciones generales con respecto a la prohibición de discriminación. “El Pacto prohíbe toda discriminación, de hecho o de derecho, directa o indirecta, por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional.” (pár. 29)<sup>1247</sup> Por ello, los Estados deben prestar especial atención a las personas y los grupos que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, en particular las mujeres, los desempleados, los trabajadores insuficientemente protegidos por la seguridad social, las personas que trabajan en el sector no estructurado, los trabajadores enfermos o lesionados, las personas con discapacidad, las personas de edad, los niños y adultos a cargo, los trabajadores domésticos,

---

<sup>1245</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, 22º Periodo de sesiones, 2000, Doc. Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I) de 27 de mayo de 2008.

<sup>1246</sup> *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*. Sr. Jorge Bustamante, Doc. A/HRC/17/33, de 21 de marzo de 2011, pár. 35

<sup>1247</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 19, *El derecho a la seguridad social*, 39º Periodo de sesiones, 2007, Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I) de 27 de mayo de 2008, 29



las personas que trabajan en su domicilio, los grupos minoritarios, los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos, los repatriados, los no nacionales, los presos y los detenidos” (pár. 31).

Pese a que el Comité en esta Observación General no se refiere expresamente de los trabajadores migratorios, dichas personas en efecto cumplen varias de estas condiciones, pues en muchos casos realiza un trabajo informal o de la economía desestructurada, pueden ser grupos minoritarios, por lo general son trabajadores insuficientemente protegidos por la seguridad social, se pueden desempeñar en trabajos domésticos, entre otras situaciones. Así, lo ha señalado el Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares en la ya citada Observación General No. 1<sup>1248</sup>, y el Relator Especial sobre los derechos humanos de migrantes en varios de sus informes<sup>1249</sup>.

El Convenio Europeo Relativo al Estatuto del Trabajador Migrante al referirse a la acogida establece que “(...) los trabajadores migrantes y los miembros de sus familias disfrutarán de la ayuda y asistencia de los servicios sociales y organismos de utilidad pública del Estado de acogida, así como de la ayuda prestada por las autoridades consulares de su Estado de origen (art.10.2). Y tendrán derecho a beneficiarse “(...) con el mismo derecho que los trabajadores nacionales, de la ayuda y asistencia de los servicios de empleo. Sin embargo, cada Parte Contratante se esforzará en asegurar, cuando así lo exija la situación, servicios sociales especializados para facilitar o coordinar la acogida de los trabajadores migrantes (...)” (art. 10.2).

El TEDH, se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre las garantías derivadas de la seguridad social para los extranjeros desde la aplicación de la prohibición de discriminación por origen nacional (art.14), en combinación con el derecho a la propiedad privada, (art.1 Protocolo Adicional No. 1 al CEDH), tal y como fue puesto de manifiesto en el capítulo III, relativo a los principios de igualdad y no discriminación.

El caso *Gaygusuz c. Austria*, es ilustrativo en este sentido, toda vez que se niega al afectado por parte de “(...) las autoridades austriacas a concederle la ayuda de emergencia sobre el terreno por que no poseían la nacionalidad austriaca (...)” (pár. 33). Al resolver este caso el TEDH pone de manifiesto que “el derecho a la asistencia de emergencia (en la medida prevista en la legislación aplicable) es un pecuniario para los efectos del artículo 1 del Protocolo n° 1. Esta disposición es aplicable, sin que sea necesario para confiar únicamente en la relación entre el derecho a la asistencia de emergencia y la obligación de pagar "impuestos u otras contribuciones (...)” (pár. 41). De acuerdo a lo anterior, estima el Tribunal que dado que “(...) el Sr. Gaygusuz ha residido legalmente en Austria y trabajó allí en determinados momentos el pago de las contribuciones al fondo de seguro de

---

<sup>1248</sup> Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Observación General No. 1, párs. 8, 9, 10, 11, 12, 42, 43, 44 entre otros.

<sup>1249</sup> *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*. Sr. Jorge Bustamante, marzo de 2011, párs.36 y 37, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante, Doc. A/HRC/4/24/Add.3, 2 de marzo de 2007, pár.2 *Informe presentado por la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, enero de 2001, pár.54, *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, enero de 2000, pár. 51,

desempleo en la misma capacidad y en las mismas condiciones que los nacionales austriacos (...)" (pár. 46) "(...) Se observa que la negativa de las autoridades a concederle la ayuda de emergencia se basa exclusivamente en el hecho de que él no tenía la nacionalidad austriaca (...)" (pár. 47), razón por la cual ha habido violación del CEDH (pár.51).

En el caso *Koua Poirrez c. Francia*<sup>1250</sup> el TEDH al referirse a ciertas prestaciones sociales considera que "(...) ya se ha declarado que el derecho a la asistencia de emergencia (en la medida prevista en la legislación aplicable) es un pecuniario a los efectos del artículo 1 del Protocolo n° 1" (pár. 37). "En opinión del Tribunal, el hecho de que el país de origen del solicitante de la asistencia de emergencia no hubiera firmado un acuerdo de reciprocidad no hace que pueda ser excluido del beneficio, toda vez que el demandante había sido beneficiado con la tarjeta de minusválidos, y había residido en Francia legalmente, por ser el hijo adoptivo de un ciudadano francés que residía y trabajaba en Francia y, por último, había previamente recibido el beneficio mínimo de bienestar previsto para las personas con discapacidad (...)" (pár. 39). Es así como "Teniendo en cuenta todas las consideraciones que anteceden, el Tribunal declara que el demandante tenía un derecho patrimonial a los efectos del artículo 1 del Protocolo n° 1 y que el artículo 14 de la Convención es también aplicable en el presente caso" (pár. 42). El TEDH en el *caso Luczak c. Polonia*, también protege el derecho de un extranjero a la obtención de un subsidio que se otorga a los granjeros<sup>1251</sup>, tal y como fue señalado en el capítulo III.

En lo que se refiere al sistema interamericano podemos retomar la Opinión Consultiva No. 18 de la Corte IDH en la que se ocupa de los derechos de los trabajadores migrantes. A este respecto precisa que: "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." (pár. 148).

---

<sup>1250</sup> TEDH, (A. 40892/98), Sentencia de 30 de septiembre de 2003. examina la situación de un ciudadano de Costa de Marfil, con residencia en París, quien alega la violación del artículo 14 en consonancia con el artículo 1 del Protocolo 1° (protección a la propiedad) en razón a la denegación de un subsidio de minusvalía

<sup>1251</sup> TEDH, (A. 77782) de 27 de noviembre de 2007. En este caso el afectado es un nacional francés de origen polaco, residiendo en una provincia de Polonia, allí trabaja y se encuentra afiliado al sistema de seguridad social. Junto con su esposa deciden mudarse al campo y constituir una granja, terminando así el contrato de trabajo existente para trabajar de manera independiente, solicita continuar vinculado como trabajador autónomo al sistema de protección de seguridad social para granjeros polaco, y esta vinculación le es negada por ser nacido en el Estado francés. La presunta víctima tras agotar los recursos judiciales internos alega ante el TEDH la violación del artículo 14 del CEDH y del artículo 1° del Protocolo 12, al igual que los casos anteriores. En el fallo una vez verificado que la ley del Estado polaco dispone que todos nacionales y los residentes legales tienen derecho a disfrutar de sus bienes y del derecho a la propiedad, el disfrute de este derecho del CEDH se dará sin que obre discriminación alguna, en este caso por motivos de origen nacional. Se comprueba que este derecho no es limitado a personas en circunstancias similares al peticionario (párrs. 49 y 50).

Agrega la Corte que “En muchas ocasiones los trabajadores migrantes deben acudir al aparato estatal para la protección de sus derechos. Así, por ejemplo, los (...) trabajadores también utilizan muchas veces los servicios de salud estatales o cotizan para el sistema estatal de pensiones. En todas estas ocasiones el Estado también está involucrado en esta relación entre particulares como garante de los derechos fundamentales, puesto que se requiere la prestación de un servicio determinado de su parte” (pár. 151). En consecuencia lo más lógico en virtud del respeto del principio de igualdad es que puedan verse beneficiados de las prestaciones sociales.

### **1.2.3. Derechos reconocidos de manera particular a los familiares de los trabajadores migratorios en situación jurídica de regularidad.**

La CTMF reconoce a la familia de los trabajadores migratorios en situación jurídica de regularidad el derecho a recibir “(...) igualdad de trato respecto de los nacionales (...) en relación con (art.45.1): el acceso a instituciones y servicios de enseñanza, con sujeción a los requisitos de ingreso (...)” (art.45.1.a), “el acceso a instituciones y servicios de orientación y capacitación vocacional (...)” (art.45.1.b). Este artículo excluye a los trabajadores vinculados a proyecto (art.61.1). Se reconoce también el “acceso a servicios sociales y de salud (...)” (art.45.1.c) “a condición de que cumplan los requisitos”. Se les reconoce además “acceso a la vida cultural y participación en ella” (art. 45.1.d). A tales efectos el Estado de empleo se compromete a que “en colaboración con los Estados de origen (...) aplicarán una política encaminada a facilitar la integración de los hijos de los trabajadores migratorios en el sistema escolar” (art.45.2). A los hijos de los trabajadores migratorios se les facilitará “(...) la enseñanza de su lengua y cultura maternas (art.45.3), y se podrán establecer por parte de los Estados “planes especiales de enseñanza” (art.45.4) de dicha lengua.

En lo que se refiere a esta serie de derechos económicos, sociales y culturales garantizados a los familiares de los trabajadores migratorios son perfectamente aplicables los criterios interpretativos de los diferentes Comités (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité de Eliminación para la Discriminación Racial y Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares) que ya han sido puestas de manifiesto en el acápite anterior.

Por otro lado la CTMF contemplan una serie de derechos económicos a favor de los trabajadores migratorios y sus familias consistentes en beneficios fiscales y tributarios (art.46 y art. 48), el derecho a transferir sus ingresos y ahorros “(...) para el sustento de sus familiares” (art.47). Sobre este aspecto en particular el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares ha expresado en la Observación General No. 1 que entre las medidas de sensibilización y de cooperación que los Estados deben adoptar está diseñar planes para fomentar los “Conocimientos financieros, en particular información sobre las remesas de fondos y los planes de ahorro.” (pár. 29.d). Sobre las remesas la OIT en uno de sus informes resalta que después de las

inversiones extranjeras directas, la fuente más importante de financiación exterior de los países en desarrollo son las remesas de los emigrantes<sup>1252</sup>.

Otro de los derechos que se relaciona con la familia y que propende por la protección de la misma es el relativo a que en caso de fallecimiento de un trabajador migratorio o de disolución del matrimonio, el Estado de empleo considerará favorablemente conceder autorización para permanecer en él a los familiares de ese trabajador migratorio que residan en ese Estado en consideración de la unidad de la familia; el Estado de empleo tendrá en cuenta el período de tiempo que esos familiares hayan residido en él. (art.50.1). Sin perjuicio de que “Se dará a los familiares a quienes no se conceda esa autorización tiempo razonable para arreglar sus asuntos en el Estado de empleo antes de salir de él”. (art.50.2). Además, “No podrá interpretarse que las disposiciones de los párrafos 1 y 2 de este artículo afectan adversamente al derecho a permanecer y trabajar concedido a esos familiares por la legislación del Estado de empleo o por tratados bilaterales y multilaterales aplicables a ese Estado”. (art.50.3) Este punto obedece a la aplicación del principio *pro omine* dispuesto en la misma CTMF según el cual “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a ningún derecho o libertad más favorable que se conceda a los trabajadores migratorios y a sus familiares (...)” (art.81.1), también denominado “cláusula de maximización”<sup>1253</sup>.

El artículo 50 otorga una garantía adicional a los familiares de los trabajadores migratorios en lo que se refiere a su derecho de residencia y de empleo si han permanecido en situación jurídica de legalidad. La consagración de esta garantía permite que los familiares de los trabajadores migratorios que una vez establecidos en el Estado de acogida por la muerte del trabajador no tengan forzosamente que salir de este Estado. Sobre el particular el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares ha considerado que “En caso de fallecimiento o de divorcio de un trabajador migratorio en situación regular, los Estados partes deben considerar favorablemente conceder una autorización de residencia independiente a los familiares de ese trabajador” (pár. 55).

De otra parte el reconocimiento de este derecho excluye la posibilidad de que los familiares de los trabajadores migratorios que han fallecido puedan llegar a ser considerados como trabajadores en situación jurídica de irregularidad, y evita que estas personas puedan ser criminalizadas, pues tal y como lo señala el Relator Especial sobre los derechos humanos de todos los trabajadores migrantes existen grupos de personas “(...) que no pueden ser considerados como migrantes irregulares.”<sup>1254</sup>

Los familiares de un trabajador migratorio también tendrán derecho cuando su “(...) autorización de residencia o admisión no tenga límite de tiempo o se renueve automáticamente a elegir libremente una actividad remunerada en las mismas condiciones aplicables a dicho trabajador migratorio de conformidad con el artículo 52 de la presente Convención” (art.53.1). En una primera lectura este derecho reconocido a los familiares de

---

<sup>1252</sup> Organización Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, Informe VI *en busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*, Ginebra, 2004, pár. 78

<sup>1253</sup> VANEULE, D.: “The international Convention on the Protection of the rights of all Migrant Workers and Members of their Families”, en *Human Rights Law in the Global Context*, Ob.Cit. p. 478

<sup>1254</sup> Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, marzo de 2011, pár. 22

los trabajadores migratorios, así como a los mismos trabajadores al parecer los equipará a los derechos concedidos en este mismo sentido a los nacionales de un Estado. No obstante al igual que como ocurre con los trabajadores migratorios este derecho se puede restringir por parte del Estado de empleo en función de sus intereses particulares y de su situación nacional de empleo. Así lo dispone esta norma al establecer que la actividad remunerada se sujetará a lo dispuesto en el artículo 52.

Entre las restricciones que legítimamente puede imponer el Estado se encuentra: restringir el acceso a categorías limitadas de empleo, funciones, servicios y actividades cuando sea necesario en beneficio del Estado y esté previsto en la legislación (art.52.2.a), restringir esta actividad de conformidad con las condiciones de reconocimiento de calificaciones profesionales adquiridas (art.52.2.b), al hecho de haber residido legalmente en territorio del Estado de empleo por un periodo de tiempo determinado en la legislación (art.52.3.a), limitar el acceso (...) en aplicación de una política de otorgar prioridad a sus nacionales o a las personas que estén asimiladas a sus nacionales (art.52.3.b), El Estado fijará las condiciones (...) para que un trabajador migratorio que haya sido admitido pueda ejercer un empleo y pueda ser autorizado a realizar trabajos por cuenta propia (art.52.4).

En cuanto a los familiares de un trabajador migratorio a quienes no se les permita elegir libremente su actividad remunerada, los Estados Partes considerarán favorablemente darles prioridad, a efectos de obtener permiso para ejercer una actividad remunerada, respecto de otros trabajadores que traten de lograr admisión en el Estado de empleo, con sujeción a los acuerdos bilaterales y multilaterales aplicables. (art.53.2). Esta norma en todo caso no es aplicable a los familiares de los trabajadores con empleo concreto (art.62.2)<sup>1255</sup>.

Esta norma al parecer establece un rango jerárquico para el acceso al empleo entre los nacionales, quienes siempre tendrán la prioridad, los familiares de los trabajadores migratorios en situación de legalidad que ya han residido en el Estado de empleo quienes estarían en segundo lugar de prioridad y los extranjeros que aspiran a encontrar trabajo en el Estado de destino quienes estarán en el tercer lugar.

En relación con lo anterior, estimamos relevante tener en cuenta los derechos que según el Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante pueden ser disfrutados por sus familiares, los cuales al igual que el trabajador deberán ser previamente autorizados para poder residir en el territorio del Estado de empleo. Entre los derechos reconocidos conviene tener presente el derecho a ciertas prestaciones sociales pues “los trabajadores migrantes y los miembros de sus familias disfrutarán de la ayuda y asistencia de los servicios sociales y organismos de utilidad pública del Estado de acogida, así como de la ayuda prestada por las autoridades consulares de su Estado de origen” (art.10.2), también al

---

<sup>1255</sup> De acuerdo con la CTMF, el trabajador con empleo concreto comprende: todo trabajador migratorio:

i) Que haya sido enviado por su empleador por un plazo limitado y definido a un Estado de empleo para realizar una tarea o función concreta; ii) Que realice, por un plazo limitado y definido, un trabajo que requiera conocimientos profesionales, comerciales, técnicos o altamente especializados de otra índole; o iii) Que, a solicitud de su empleador en el Estado de empleo, realice por un plazo limitado y definido un trabajo de carácter transitorio o breve; y que deba salir del Estado de empleo al expirar el plazo autorizado de su estancia, o antes, si deja de realizar la tarea o función concreta o el trabajo a que se ha hecho referencia (art.2.g).

momento de la llegada al Estado de empleo “los miembros de sus familias recibirán todas las informaciones y consejos apropiados, así como toda la asistencia necesaria para su instalación y adaptación” (art.10.1), los Estados se comprometen a asegurar tanto al trabajador, como a los miembros de su familia “ (...)la libertad de practicar el culto correspondiente a su confesión; les facilitará, dentro de los medios disponibles, la práctica de este culto” (art. 10.3), también se reconoce el derecho a percibir los dineros derivados de las pensiones alimenticias “La condición de trabajador migrante no debe ser obstáculo para la percepción de sumas debidas a personas residentes en el Estado de origen a causa de una obligación de alimentos derivada de relaciones de familia, parentesco, matrimonio o afinidad, incluidas las obligaciones de alimentos de un hijo no legítimo” (art. 11.1). Conviene tener presente que el derecho a transferir las remesas o dineros está previsto en la CTMF para todos los trabajadores migratorios, no solamente para aquellos que se encuentren en situación jurídica de regularidad.

El citado Convenio también reconoce el derecho a la reagrupación familiar, en los siguientes términos “El cónyuge del trabajador migrante, empleado legalmente en el territorio de una Parte Contratante, y sus hijos no casados, mientras se les considere como menores por la legislación pertinente del Estado de acogida, y que dependan del trabajador migrante, están autorizados, en condiciones análogas a las estipuladas en el Convenio para la admisión por la legislación o por acuerdos internacionales, a unirse con el trabajador migrante en el territorio de una Parte Contratante, siempre que éste disponga para su familia de una vivienda considerada como normal para los trabajadores nacionales en la región donde esté empleado. Cada Parte Contratante podrá supeditar la autorización mencionada a un plazo de espera que no podrá exceder de 12 meses” (art. 12). Conviene recordar que las consideraciones efectuadas en torno a este derecho fueron abordadas en el capítulo V de esta tesis, y que este derecho se reconoce también a todos los trabajadores migrantes.

Siguiendo con el mencionado Convenio hay que tener presente que se reconoce así mismo que: “Los trabajadores migrantes y los miembros de sus familias legalmente admitidos en el territorio de una Parte Contratante gozarán, con el mismo título y en las mismas condiciones que los trabajadores nacionales, de la enseñanza general y profesional, así como de la formación y reeducación profesionales y tendrán acceso a la enseñanza superior, de conformidad con las disposiciones que rijan, de manera general, el acceso a las distintas instituciones del Estado de acogida” (art. 14.1). En este aspecto en particular, la disposición de este Convenio es coincidente con la CTMF.

En este cuerpo normativo se regulan las condiciones de trabajo y en ese sentido el Convenio dispone que “En cuanto a las condiciones de trabajo, los trabajadores migrantes autorizados a desempeñar un empleo disfrutarán de un tratamiento no menos favorable que el que se reserve a los trabajadores nacionales, en virtud de las disposiciones legislativas o reglamentarias, de los convenios colectivos de trabajo o de las costumbres” (art. 16.1). En este sentido como fue estudiado en el capítulo V, el disfrute de las condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes es reconocido a todos los trabajadores, incluidos aquellos en situación jurídica de regularidad.

Se hace también necesario hacer notar que el Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante reconoce derechos derivados de la seguridad social (art. 18), asistencia social y médica (art.19), garantías aplicables a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (art. 20), entre otros derecho, todos ellos aplicables única y exclusivamente a los trabajadores migratorios en situación jurídica de regularidad.

## **2. Normativa de la UE y reconocimiento de derechos a los trabajadores migrantes en situación jurídica de regularidad.**

Como ha quedado puesto de manifiesto a lo largo de los demás capítulos de esta tesis el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE)<sup>1256</sup> establece en su preámbulo que la misma se inspira “(...) en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona (...)” (preámbulo, pár. 2). Si bien lo anterior nos permitiría inferir que todas las personas bajo la jurisdicción de los Estados Miembros que hacen parte de esta organización de integración estarían cobijadas por los derechos allí reconocidos, no puede olvidarse que respecto de las personas pertenecientes a terceros Estados se establecen ciertas restricciones al ejercicio de sus derechos.

En este sentido, mediante la constitución de “(...) un espacio de libertad, seguridad y justicia (...)” el cual se desarrolla “(...) dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros (...)” (art. 67) el cual está previsto en el título V del TFUE, en el que se regula todo lo relativo a “(...) los visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas” (art. 79) La Política sobre control en las fronteras, asilo e inmigración tiene como objetivos: “garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores, garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores, instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de fronteras exteriores (art.77.1).

Bajo este contexto se desarrollan las normas aplicables a los nacionales de terceros Estados, toda vez que el TFUE dispone que “La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas” (art.79.1).

Por lo anterior, corresponde al Parlamento Europeo y al Consejo adoptar “(...) las condiciones de entrada y residencia y las normas relativas a la expedición por los Estados miembros de visados y permisos de residencia de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar, la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros, la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación ilegal (art.79.2).

---

<sup>1256</sup> Adoptado en Lisboa el 12 de diciembre de 2007, entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009.

Adicionalmente “La Unión podrá celebrar con terceros países acuerdos para la readmisión, en sus países de origen o de procedencia, de nacionales de terceros países que no cumplan o que hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, presencia o residencia en el territorio de uno de los Estados miembros” (art.79.3).

Como podemos observar la UE presenta un enfoque de favorecimiento a la migración en condiciones de regularidad y así mismo establece medidas para contrarrestar los flujos migratorios que se puedan presentar al margen de las exigencias legales. El TFUE también evidencia un gran interés por adoptar “(...) medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros destinada a propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio (...)” (art.79.4) o anterior sin que implique que se “(...) afectará el derecho de los Estados miembros a establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países procedentes de terceros países con el fin de buscar trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia” (art.79.5).

Si bien en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE) hay derechos que están reconocidos a toda persona (arts. 1-15.1)<sup>1257</sup>, otros se reconocen sólo a los ciudadanos, y en ocasiones también a los extranjeros que se hallen en situación jurídica de regularidad. A estos efectos cabe aludir al artículo 15.2 en cuyo texto: “Todo ciudadano de la Unión tiene libertad para buscar un empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro”. Este derecho consideramos que está reconocido a determinados los no ciudadanos toda vez que de conformidad con el artículo 15.3: “Los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas de que disfrutaban los ciudadanos de la Unión”.

De aquí colegimos tal y como lo veníamos sosteniendo que de parte la UE se busca favorecer la inmigración legal y sobre todo la permanencia en situación de regularidad al interior de los países que la conforman, tanto así que las condiciones de trabajo de los extranjeros serán equivalentes a las de los nacionales siempre y cuando sean documentados y cumplan con los requisitos dispuestos por la UE y por los Estados miembros.

En el listado del capítulo II pueden seguirse hallando derechos que se reconocen a toda persona como la libertad de empresa (art.16), derecho a la propiedad (art.17), el derecho de asilo (art. 18). Reviste gran importancia el derecho reconocido en el artículo subsiguiente toda vez que se reconoce la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros, la devolución y la extradición (art.19). Sobre este último aspecto de acuerdo con lo sostenido el profesor

---

<sup>1257</sup> La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE) enuncia un catálogo de derechos que se reconocen a toda persona; entre ellos la dignidad humana (art.1), derecho a la vida (art.2), derecho a la integridad personal (art.3), prohibición de tortura, y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes (art.4), prohibición del la esclavitud y del trabajo forzado (art.5), derecho a la libertad y a la seguridad (art.6), respeto de la vida privada y familiar (art.7), protección de datos de carácter personal (art.8), derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia (art.9), libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art.10), libertad de expresión y de información (art.11), libertad de reunión y de asociación (art.12), libertad de las artes y de las ciencias (art.13), derecho a la educación (art.14), libertad profesional y derecho a trabajar (art.15).



**Chueca Sancho** “(...) se está ante una norma incompleta porque no exige que la expulsión deba ser motivada (...) ni tampoco afirma que se respetará el derecho a la vida familiar”<sup>1258</sup>

En el capítulo III se encuentran también una serie de garantías reconocidas a toda persona tales como la igualdad ante la ley (art.20) no discriminación (art. 21), diversidad cultural religiosa y lingüística (art.22), igualdad entre hombres y mujeres (art.23), derechos del menor (art. 24), de las personas mayores (art. 25) y de las personas con discapacidad (art.26), entre otros derechos.

Merece especial atención el derecho a la seguridad social, (art.34.2) toda vez que bajo la redacción de este artículo dispone “Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales”. Bajo la redacción de este artículo sustentamos que en el derecho de la UE se busca favorecer la migración en condiciones de regularidad. Del mismo modo, la CDFUE reconoce la libertad de circulación en los siguientes términos “Podrá concederse libertad de circulación y de residencia, de conformidad con lo dispuesto en los Tratados, a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembros” (art. 45.2).

La normativa desarrollada en el seno de la UE, se fundamenta en la promoción de la migración regular, así lo pone de manifiesto el Pacto Europeo sobre inmigración y asilo<sup>1259</sup>, según el cual “(...) la Unión Europea no dispone de medios para acoger dignamente a todos los emigrantes que esperan hallar en ella una vida mejor. Una inmigración mal controlada puede perjudicar la cohesión social de los países de destino. La organización de la inmigración debe pues tener en cuenta la capacidad de acogida de Europa en términos de mercado laboral, alojamiento, servicios sanitarios, escolares y sociales, y proteger a los emigrantes del riesgo de ser explotados por redes criminales”<sup>1260</sup>.

De acuerdo a lo anterior se hace necesario “organizar la inmigración legal teniendo en cuenta las prioridades, las necesidades y la capacidad de acogida determinadas por cada Estado miembro, y favorecer la integración” y así mismo “combatir la inmigración irregular, garantizando, entre otras cosas, el retorno a su país de origen o a un país de tránsito de los extranjeros en situación irregular”<sup>1261</sup>. En este sentido en aras de promocionar la migración en condiciones de regularidad recuerda “(...) que corresponde a cada Estado miembro decidir las condiciones de admisión en su territorio de los emigrantes legales y fijar en su caso, su número. La determinación de los contingentes que de ello pueden resultar podría hacerse en colaboración con los países de origen”<sup>1262</sup>.

---

<sup>1258</sup> CHUECA SANCHO, A.G.: “Un derecho migratorio cada días más incompatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Derechos Humanos, inmigrantes en situación jurídica irregular y Unión Europea*, (A. G. Chueca Sancho. Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 138.

<sup>1259</sup> De 24 de septiembre de 2008

<sup>1260</sup> Consejo de la Unión Europea, *Pacto Europeo sobre inmigración y Asilo*, Doc. 13440/08, de 24 de septiembre de 2008, p.3, disponible en <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/08/st13/st13440.es08.pdf>

<sup>1261</sup> *Ibidem*, p. 4

<sup>1262</sup> *Ibidem*, p. 5

En desarrollo de lo anterior, recordamos los ya referidos Reglamentos 568/2006 de 15 de marzo<sup>1263</sup>, el Reglamento 1030/2002 (CE), de 13 de junio de 2002<sup>1264</sup>, y el Reglamento 2007/2004 de 26 de octubre<sup>1265</sup>, modificado por el Reglamento 2414/2001, de 7 de diciembre, y por el 453/2003 de 6 de marzo.

En lo que atañe a los derechos reconocidos en el ámbito de la UE a los nacionales de terceros Estados conviene tener en cuenta la Directiva 2000/43/CE de 29 de junio, relativa al principio de igualdad de trato entre personas sin tener en cuenta su origen racial o étnico. En ella, se expresa un deseo de dar cumplimiento a las propósitos de los que para ese momento es la Comunidad Europea, entre los cuales está el respeto por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sin embargo expresa también que “Con este fin, cualquier discriminación directa o indirecta por razón de origen racial o étnico en los ámbitos cubiertos por él la presente Directiva debe prohibir en toda la Comunidad. Esta prohibición de la discriminación debe también se aplican a los nacionales de terceros países, pero no cubrir las diferencias de trato basadas en la nacionalidad y es sin perjuicio de las disposiciones que rigen la entrada y residencia de nacionales de terceros países y su acceso con el empleo y la ocupación” (§13), lo que implica que si bien se busca promover la igualdad de trato, esto queda sometido a lo que internamente dispongan los Estados.

Así mismo, la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, según la cual se establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Los considerandos de esta Directiva se exponen en forma similar a la anterior y también se precisa su campo de aplicación respecto de los nacionales de terceros Estados “(...) Esta prohibición de discriminación se aplicará asimismo a los nacionales de terceros países, pero no cubre las diferencias de trato basadas en la nacionalidad y se entiende sin perjuicio de las disposiciones que regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y su acceso al empleo y la ocupación” (§12). Lo anterior permite inferir que su aplicación es más evidente en los casos en los que el trabajador migratorio se encuentre en situación jurídica de regularidad, y que las diferencias de trato estarán fundadas en los llamados motivos objetivos y razonables (estudiados en el capítulo III).

La Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, establece que: “El objetivo de esta Directiva es fijar las condiciones para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros” (art.1), esto sin duda beneficia a los trabajadores migrantes documentados.

La Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre<sup>1266</sup> busca la concesión de derechos a los nacionales de terceros países de larga duración que residan legalmente en el territorio de la

---

<sup>1263</sup> Por el que se establece un Código Comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras, también el llamado Código Schengen,

<sup>1264</sup> Por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países

<sup>1265</sup> Por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa de las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores

<sup>1266</sup> Relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración

UE. De acuerdo a esto aquellas personas que sean residentes de larga duración<sup>1267</sup> se les reconoce el derecho a la igualdad de trato en varios aspectos tales como “el acceso al empleo como trabajador por cuenta ajena y por cuenta propia, siempre que (...) no suponga una participación en el ejercicio del poder público, y las condiciones de empleo y trabajo, incluidos el despido y la remuneración (art.11.1.a). Se reconoce también el derecho “(...) a la educación y la formación profesional (...)” (art.11.1.b), reconocimiento de diplomas profesionales, certificados y otros títulos (...) (art. 11.1.c), “prestaciones de seguridad social, de la asistencia social y de la protección social (...)” (art. 11.1.d), beneficios fiscales (art. 11.1.e), “libre acceso a la totalidad del territorio del Estado miembro (...) (art.11.1.h), entre otros tantos derechos.

Pese a ello, la Directiva contempla que “Los Estados miembros podrán restringir la igualdad de trato con sus nacionales en los casos siguientes: los Estados miembros podrán mantener restricciones al acceso al empleo como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia cuando, de conformidad con la legislación nacional o comunitaria vigente, dicho acceso esté reservado a los nacionales o a los ciudadanos de la Unión Europea (UE) o del Espacio Económico Europeo (EEE) (art.11.3.a), los Estados miembros podrán exigir que se acredite un nivel lingüístico adecuado para acceder a la educación y la formación. El acceso a la universidad podrá supeditarse al cumplimiento de requisitos previos educativos específicos” (art.11.3.b).

Según lo anterior, podría pensarse que si bien se busca cierta equiparación entre los derechos de los ciudadanos europeos y los nacionales de terceros Estados en situación de regularidad, existen ciertos casos en los que dicha igualdad no se da, por lo que allí procedería aparentemente una diferencia de trato fundada en motivos objetivos y razonables. Pues este mismo artículo prevé que “Los Estados miembros podrán limitar la igualdad de trato a las prestaciones básicas respecto de la asistencia social y la protección social” (art.11.4)

En nuestra opinión, esta diferenciación no parece ser tan razonable, toda vez que la limitación no se refiere a nacionales de terceros Estados que se encuentren en situación jurídica de irregularidad, sino que aquellas personas que aparentemente cumplen con todos los requisitos también pueden ver limitados sus derechos en lo que a la protección social se refiere. La Directiva también contempla ciertos derechos a la familia del trabajador migrante (art.16), el derecho a reunirse con el trabajador (art.16.2), a la presentación de permiso de residencia (art.16.3). Lo anterior de conformidad con la Directiva 2003/86, de 22 de septiembre de 2003 sobre derecho a la reunificación familiar (ya referida).

En este capítulo merece traer a colación la Directiva 2004/81/CE, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes, toda vez que si bien dichas personas en un primer momento se encontraban en situación jurídica de irregularidad, con posterioridad se les otorga de parte de la UE un permiso para poder

---

<sup>1267</sup> Según la Directiva se entiende por residente de larga duración: “cualquier nacional de un tercer país que tenga el estatuto de residente de larga duración a que se refieren los artículos 4 a 7” (art.2.b)

permanecer de manera regular en el territorio de un Estado miembro. Dentro de los considerandos de la Directiva se resalta la cooperación para luchar contra la llamada inmigración ilegal y se afirma que los Estados podrán no solo beneficiar mediante sus disposiciones a las personas que han sido víctimas de trata sino que también los “(...) Estados miembros podrán ampliar el alcance de dicha Directiva, a aquellos nacionales de terceros países que hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, para quienes el permiso de residencia constituye un incentivo suficiente para cooperar con las autoridades competentes, e incluye al mismo tiempo determinadas condiciones para evitar abusos” (§ 9).

Los permisos de residencia de la directiva se conceden de manera temporal (art.1). Con ocasión a la expedición de este permiso se despliega el reconocimiento de una serie de derechos tales como “disfruten de un nivel de vida que les garantice la subsistencia y el acceso a tratamiento médico de urgencia” (art.7), asistencia médica especial a personas “(...) como mujeres embarazadas, personas discapacitadas o víctimas de violencia sexual u otras formas de violencia y, en el supuesto de que los Estados miembros hagan uso de la posibilidad” (art.9.2), reconocimiento de derechos a los menores de edad (art.10), se reconoce además el derecho al trabajo a la educación y a la formación profesional (art.11), y a partir de estas garantías cada Estado miembro “ (...) definirá las normas por las que se autorizará a los titulares del permiso de residencia a acceder al mercado de trabajo, a la formación profesional y la educación (art.11.1). Por su parte “(...) Las condiciones y procedimientos de autorización del acceso al mercado de trabajo, a la formación profesional y a la educación serán determinadas, en virtud de la legislación nacional, por las autoridades competentes” (art.11.2). En complemento de lo anterior, la Directiva prevé “(...) cursos concebidos para mejorar sus aptitudes profesionales, o a que preparen su retorno asistido a sus países de origen” (art.12.1).

Evidenciamos en esta Directiva, así como en otras el alto margen de discrecionalidad del Estado para definir mediante su política interna la concesión a los derechos de los inmigrantes.

Reviste especial importancia la Directiva 2011/98/UE, de 13 de diciembre de 2011, toda vez que en ella se establece un procedimiento único para la solicitud del permiso de residencia y de trabajo para los nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, y adicionalmente establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro.

En los considerandos de la referida Directiva se pone de manifiesto que “Con vistas a la instauración progresiva de un espacio de libertad, seguridad y justicia, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), prevé la aprobación de medidas en materia de asilo e inmigración y protección de los nacionales de terceros países” (§ 1). En esta Directiva se reitera el interés de la UE de fomentar que la migración hacia los Estados miembros ocurra en condiciones de regularidad, por lo cual se busca la creación de “(...) la expedición de un título combinado de permiso de residencia y de trabajo (...)” (§ 3). Con dicho permiso simplificado se permite a “(...) los migrantes y a sus empleadores disponer de un procedimiento más eficaz que facilite el control de la legalidad de su residencia y empleo” (§3).

La parte dispositiva de la Directiva 2011/98/UE, establece “(...) un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro, con independencia de los fines de su admisión inicial en el territorio de dicho Estado miembro, basado en la igualdad de trato con los nacionales de dicho Estado miembro” (art.1.b). La determinación de este catálogo de derechos mínimos, sin perjuicio de “(...) las competencias de los Estados miembros para regular el acceso de nacionales de terceros países a sus mercados laborales” (art.1.2).

Los derechos conferidos por el permiso único “(...) habilitará a su titular, durante su periodo de validez como mínimo a: entrar y residir en el territorio del Estado miembro (...) siempre que el titular reúna todos los requisitos de admisión de conformidad con el derecho nacional (art.11.a), gozar de libre acceso al territorio del Estado miembro de conformidad con el derecho nacional (art.11.b), ejercer la actividad laboral específica autorizada en virtud del permiso único de conformidad con el Derecho nacional (art.11.c), estar informado de sus propios derechos asociados al permiso conferidos en virtud de la presente Directiva o del Derecho nacional (art.11.d).

Además de estos derechos, la Directiva promueve el derecho a la igualdad de trato de los trabajadores de terceros países con respecto a los nacionales del Estado miembro. Entre dichas condiciones se reconocen: “(...) condiciones laborales, incluso en materia de salario y despido, así como en materia de salud y de seguridad en el trabajo” (art.12.1.a).

Nos llama especial atención la redacción de la Directiva, toda vez que si bien la misma solamente es aplicable a los trabajadores de terceros Estados en situación jurídica de regularidad, al parecer no es claro que bajo dicho supuesto las personas extranjeras puedan ser verdaderas titulares del principio de igualdad y no discriminación. De lo anterior podríamos afirmar que el estándar de protección es muchísimo menor que el planteado por el sistema universal de derechos humanos, en virtud de la CTMF (según los derechos reconocidos en la parte III del tratado).

Otro de los derechos de los que pueden disfrutar los nacionales de terceros Estados en igualdad de condiciones es la “libertad de asociación y de afiliación y participación en una organización de trabajadores o empresarios o en cualquier organización profesional, incluidas las ventajas conferidas por dichas organizaciones, sin perjuicio de las disposiciones nacionales en materia de orden público y seguridad pública (art.12.1.b). En el ejercicio de este derecho también se pone en evidencia la limitación del derecho para el extranjero a partir de la inclusión de los conceptos jurídicos indeterminados de orden público y seguridad pública. En ese sentido un Estado Miembro de la UE podría considerar en cualquier momento, que el hecho mismo de que un nacional de un tercer Estado documentado pertenezca a una de estas organizaciones puede resultar lesivo para el Estado, y pues en la directiva no están muy definidos los criterios para poder restringir el ejercicio de este derecho.

Se reconocen los derechos de educación formal y formación profesional (art.12.1.c), reconocimiento de diplomas, certificados y otros títulos profesionales (art.12.1.d), acceso a la seguridad social (art. 12.1.e), beneficios fiscales (art.12.1.f), acceso a bienes y servicios y

la obtención de bienes y servicios ofrecidos al público (art.12.1.g), servicios de asesoría ofrecidos por las oficinas de empleo (art.12.1.h).

En la Directiva se consagran unos derechos a favor de los familiares de los trabajadores migratorios que residan en un país distinto de aquel en el que reside el trabajador extranjero. A estos efectos dispone que tales personas “(...) recibirán las pensiones legales por vejez, invalidez o fallecimiento derivadas del empleo anterior de tales trabajadores (...) en las mismas condiciones y en las mismas cuantías que los nacionales de los Estados miembros de que se trate cuando se trasladen a un país (art.12.4). Este derecho nos permite recordar la CTMF (art.50.1), ya que en la misma reconoce estos derechos a los familiares de los trabajadores documentados.

En la Directiva también establece en qué casos los Estados miembros podrán restringir la igualdad de trato. En el caso concreto del derecho reconocido en el art. 12.1.c, es decir el acceso a la educación formal y la formación profesional, cuando “(...) los trabajadores de terceros países tienen un empleo o que lo hayan tenido y estén inscritos como desempleados” (art.12.2.a.i), “(...) trabajadores de terceros países que han sido admitidos de conformidad con la Directiva 2004/114/CE” (art.12.2.a.ii), es decir aquellos nacionales de terceros países admitidos para efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado. Así mismo, la igualdad de trato también se podrá limitar en lo relativo a “créditos y becas de estudio y de manutención u otros tipos de créditos o becas” (art.12.2.a.iii).

Las limitaciones al ejercicio del derecho de acceso a la educación formal y a la formación profesional también podrán estar fundados en virtud del “establecimiento de requisitos previos específicos como (...) el conocimiento de la lengua, y el pago de las tasas de matrícula de conformidad con el Derecho nacional, con respecto al acceso a la universidad y a la enseñanza postsecundaria así como la formación profesional que no está directamente relacionada con la actividad laboral específica.

Nos inquieta un poco la redacción de esta norma, toda vez que si bien, la limitación al acceso a la formación es perfectamente comprensible desde los requisitos de cualificación, destrezas y dominio de una lengua en particular, por parecer motivos generadores de distinción objetivos y razonables, no ocurre lo mismo con la limitación de acceso a estudios que no guarden estrecha relación con el trabajo desarrollado por el extranjero, toda vez que la capacitación educativa es un complemento del desarrollo de la personalidad de cualquier ser humano y así ha quedado puesto de manifiesto por diversos órganos<sup>1268</sup> y no parece ser muy evidente cual puede llegar a ser la afectación para el Estado de empleo, el hecho de

---

<sup>1268</sup> Conviene tener en cuenta que según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General No. 18 *relativa al derecho al trabajo*, Doc. E/C.12/GC/18, de 6 de febrero de 2006, al referirse a la obligación de aplicar de parte de los Estados que han ratificado el PIDESC se sostiene que para la efectiva garantía del derecho al trabajo se deben “aplicar planes de enseñanza técnica y profesional para facilitar el acceso al empleo” (pár. 27). Este mismo Comité también expone la importancia del derecho a la enseñanza técnica y profesional en la Observación General No. 13, sobre *el derecho a la educación*, 21° periodo de sesiones (1999), Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 27 de mayo de 2008 y afirma que “La enseñanza técnica y profesional forma parte del derecho a la educación y del derecho al trabajo (párrafo 2 del art. 6)” (pár. 15).

que un nacional de un tercer Estado aprenda otra habilidad o simplemente se quiera capacitar en algo de su preferencia. Nos planteamos entonces ¿Por qué en este caso no puede tener un extranjero el mismo trato que un nacional? ¿Acaso está en riesgo el orden público o la seguridad del Estado por acceder a formación?

Por su parte, las limitaciones que según la Directiva proceden en lo que respecta al derecho al acceso a la seguridad social, no son muy claras, y parecen que son genéricas, de hecho, en esta disposición solamente se excluyen de la limitación al derecho “(...) los trabajadores de terceros países que tienen un empleo o que lo hayan tenido durante un periodo mínimo de seis meses y que estén registrados como desempleados” (art. 12.2.b). En nuestra opinión, esta diferencia de trato podría sustentarse de manera objetiva y razonable a partir del deber económico de sostener por medio de contribuciones la seguridad social, por lo que un trabajador que ha efectuado aportes por un tiempo menor a seis meses no podría verse beneficiado del sistema. Valdría la pena cuestionarnos si esta restricción no incrementa la vulnerabilidad de los nacionales de terceros Estados.

Así mismo, las prestaciones derivadas de la seguridad social familiares podrán ser limitadas por los Estados miembros a los “(...) nacionales de terceros países que hayan sido autorizados a trabajar (...) por un periodo no superior a seis meses, y a los nacionales de terceros países que hayan sido admitidos para cursar estudios, y a los nacionales de terceros países a trabajar en virtud de un visado” (art.12.2.b).

En torno a los beneficios fiscales el Estado miembro podrá limitar su aplicación en aquellos casos “(...) en los que el lugar de residencia registrado o habitual de los miembros de la familia (...) se encuentren el territorio de un Estado miembro del que se En cuanto al acceso de bienes y servicios y la obtención de bienes, también se establece una limitación “(...) a los trabajadores de terceros países que tienen un empleo” (art.12.2.d.i), y también está restringiendo el acceso a la vivienda (art.12.2d.ii).

Adicionalmente a las limitaciones en el ejercicio de los derechos reconocidos en la Directiva, la misma dispone que “el derecho a la igualdad de trato establecido en el apartado 1 se entenderá sin perjuicio del derecho del Estado miembro a retirar o denegar la renovación del permiso de residencia expedido con arreglo a la presente Directiva, el permiso de residencia expedido con fines distintos del trabajo o cualquier otra autorización para trabajar en un Estado miembro (art.12.3).

Las normas transcritas ponen de manifiesto la altísima discrecionalidad de los Estados miembros de la UE que ya se ha venido comentando. Si bien, en los considerandos de la Directiva se hace referencia a la necesidad de que los Estados reconozcan un catálogo mínimo de derechos a los trabajadores migratorios en situación de regularidad (§7), en todo caso las limitaciones a dichos derechos son casi equivalentes con el listado de los derechos, y en algunos de los casos no es posible encontrar los motivos objetivos y razonables que justifiquen la diferencia de trato. La normativa de la UE pone de manifiesto su interés de desestimular la migración en condiciones de irregularidad, sin embargo las restricciones a los derechos envían el mensaje de que se busca también desestimular todo tipo de migración, incluso aquella en condiciones de regularidad, toda vez que un trabajador de un tercer Estado en virtud de la legislación interna de cada Estado o de las disposiciones de la

UE no podrán llegar a tener en casi ningún supuesto derecho a una verdadera igualdad de trato.

Finalmente conviene referirse a la inclusión de la cláusula de las Disposiciones más favorables, según la cual “la presente Directiva se aplicará sin perjuicio de las disposiciones más favorables del derecho de la Unión, incluidos los acuerdos bilaterales o multilaterales celebrados entre la Unión o la Unión y sus Estados miembros, por una parte, o varios terceros países por otra parte (art.13.1.a), y de los acuerdos bilaterales o multilaterales concluidos entre o varios Estados miembros y uno o varios terceros países (art. 13.1.b).

Según esta disposición, de existir otras normas más favorables aplicables a los trabajadores pertenecientes a terceros Estados adoptadas en la UE o acuerdos bilaterales, estos deberán preferirse a las normas de la presente Directiva. Naturalmente de este marco normativo está excluida la CTMF, toda vez que ningún Estado miembro de la UE, es parte de este instrumento, es más ni siquiera ha sido firmado por ninguno de dichos Estados<sup>1269</sup> y sus disposiciones no forman parte del derecho de la Unión, lo que en temas de protección de derechos de los migrantes es una desventaja toda vez que dicho instrumento fija los estándares más altos de protección de los trabajadores migratorios, incluso de aquellos en situación jurídica de irregularidad.

No obstante tal y como se ha venido sosteniendo en los demás capítulos de esta tesis, los derechos contenidos en la CTMF no son una novedad y es posible hallar un estándar de protección similar por vía de los demás tratados del sistema universal, que reconocen una serie de derechos a “todas las personas”<sup>1270</sup> y en estos tratados sí son Parte, en la mayoría de ellos, los Estados miembros de la UE. Así mismo, pueden ser aplicables las disposiciones de los Convenios de la OIT, y los tratados del sistema de protección regional europeo del que son Parte, en la mayoría de los casos, los Estados Miembros de la UE.

En el ámbito de la UE es posible encontrar una riqueza normativa inmensa relativa a temas migratorios, toda vez que tal y como lo señala el profesor **Fernández Sánchez** “(...) la Unión Europea se fija como objetivo el mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que esté garantizada (...) la adopción de las medidas adecuadas relativas a las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia”<sup>1271</sup>.

En razón a ello, tal y como se señaló en el capítulo IV es posible hallar una serie de Directivas relativas a erradicar la inmigración irregular, entre ellas se pueden referenciar la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, Directiva 2008/115/CE, de 24 de diciembre de 2008, relativa a las normas y procedimientos de comunes en los Estados miembros para el retorno de nacionales de terceros países en

---

<sup>1269</sup> [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-13&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en)

<sup>1270</sup> *Ibidem*

<sup>1271</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: “El control de la inmigración ilegal en las fronteras de la Unión Europea”, en *las migraciones internacionales en el Mediterráneo y Unión Europea*”, (A.G. Chueca Sancho, V.L. Gutiérrez Castillo, I. Blázquez Rodríguez, Coords), Huygens Editorial, Barcelona, 2009, p. 168.



situación irregular, Directiva 2009/52/CE de 18 de junio, que establece normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular.

## CONCLUSIONES

### I

El estudio abordado en esta tesis sobre los derechos de los trabajadores migratorios puede ser considerado como un proceso en el que se ha ido avanzando hacia la progresiva equiparación de derechos entre nacionales y extranjeros. Esta evolución ha contado con los aportes normativos de la OIT, así como con la ingente labor de la ONU a través de la aprobación de instrumentos internacionales que han consagrado el reconocimiento de los derechos para todos los seres humanos.

La protección a favor de los trabajadores migratorios consideramos que tiene su fundamento en que los derechos humanos han constituido una restricción a la soberanía de los Estados tal y como señalamos al retomar los planteamientos del profesor **Carrillo Salcedo**, toda vez que el alto grado de discrecionalidad de los Estados a la hora de regular su relación con las personas extranjeras y más específicamente de los trabajadores migratorios, debe respetar un estándar mínimo de protección de derechos humanos, sobre todo si se analiza desde la perspectiva de la CTMF de 1990.

### II

Las precisiones conceptuales fueron de gran utilidad en este trabajo toda vez que a partir de ellas fue posible delimitar el objeto de estudio y pese a que no existe en muchos casos una definición universalmente aceptada, se ha podido evidenciar que han tenido un desarrollo dirigido hacia la progresiva protección de los derechos de las personas que se encuentran inmersas en el proceso migratorio.

En esta investigación se ha asumido una posición inclinada hacia el sentido restringido de los términos. De ahí que se entienda por migración los movimientos de personas que se realizan teniendo una finalidad económico-laboral, quedando excluidos los refugiados, los apátridas, los desplazados forzados, estudiantes, turistas, miembros de misiones diplomáticas y consulares, y grandes inversionistas. Estas personas entran dentro de la categoría de extranjeros, al igual que el migrante con finalidad económico-laboral. No obstante, si bien todo inmigrante es extranjero, no todo extranjero es inmigrante.

En razón a lo anterior, al aludir al término migrante nos hemos referido a la expresión genérica del concepto el cual abarca el emigrante, entendiendo como tal a la persona que abandona un territorio de origen sea de su nacionalidad, residencia habitual o de tránsito con el propósito de dirigirse a otro con la intención económico-laboral de establecerse allí en busca del mejoramiento de sus condiciones de vida personales y las de su familia, convirtiéndose de este modo en inmigrante.

Dentro de las clasificaciones que se hacen de la migración, se incluye la interna y la internacional. La primera de ellas no fue objeto de estudio en este trabajo, pero sí la segunda debido a que es la que resulta relevante para el Derecho Internacional Público, disciplina en la que se enmarca esta tesis.

Uno de los elementos que, según gran parte de la doctrina, caracteriza a la migración con contenido económico-laboral es la voluntariedad de la persona de querer abandonar un territorio para dirigirse a otro Estado para desempeñar una actividad remunerada. En este contexto hemos cuestionado: ¿podría considerarse realmente voluntaria la migración impulsada por las difíciles condiciones económicas que estuvieran afectando a los nacionales de un Estado, y esta situación fuera una circunstancia internacionalmente conocida y comprobada? En nuestra opinión, dudosamente se pueda calificar de migración voluntaria cuando las personas no encuentran otro camino que abandonar el Estado de su nacionalidad o de residencia habitual para aventurarse a forjar un futuro mejor en el exterior.

Lo anterior es una realidad evidenciada por el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes quien expresa su constante preocupación en torno a las causas más recurrentes de la migración, entre las que se encuentran la pobreza, la marginalidad, la exclusión social, la discriminación y los conflictos armados. Esto también lo anota el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares, y ha sido denunciado por parte de la OIT, la OIM, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en algunos de sus informes.

La falta de voluntariedad podría ser encuadrada en el novedoso planteamiento del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación quien propone el concepto de “*refugiados del hambre*”, entendiéndolo por tal, aquellas personas que cruzan la frontera de un Estado para salvaguardar su vida de las crudas condiciones de hambre y desnutrición que pueden estar padeciendo en el Estado de su nacionalidad o residencia habitual. Pero al margen de las reflexiones de este Relator Especial, no hay mayor cosa por hacer en este tema hasta la fecha, toda vez que ni siquiera existe una postura internacionalmente aceptada para reconocer como refugiados por causas relacionadas con la pobreza, razón por la cual se está realmente distante de una postura que entre a cuestionar si en realidad las migraciones con finalidades no económico-laborales obedecen a motivación voluntarias.

De todas formas consideramos que es internacionalmente conocido que en algunos lugares del mundo la debilidad de ciertos Estados que se reputan democráticos es tan cuestionable que no tienen capacidad para brindar a sus nacionales ni siquiera los bienes más básicos que les permita tener una vida digna. Tampoco es desconocido que gran parte de los movimientos migratorios que se producen, y que son calificados como voluntarios, obedecen a la disparidad mundial en términos de desarrollo, progreso y garantías de derechos básicos. Que en todos los casos la migración con motivos económico-laborales sea valorada bajo el criterio de la voluntariedad puede ocasionar discriminación y exclusión social, siempre que se considere, como es nuestro caso, que en ocasiones (quizás muchas) tales personas han partido de los Estados de nacionalidad o de residencia habitual debido a que allí no contaban con lo necesario para subsistir dignamente, razón por la cual pueden ser considerados como marginados y excluidos de sus países de origen.

El problema radica en que al llegar al Estado de destino y encontrarse al margen de las leyes migratorias que determinan los requisitos de entrada y permanencia, replican su condición de excluidos y marginados, dado que en el país de destino no podrán acceder a

los derechos en las mismas condiciones que aquellos que se encuentren en situación jurídica de regularidad, por tal razón serán fácilmente objeto de abusos laborales e incluso sociales que incrementan su vulnerabilidad. Pero el problema se agrava si el Estado de destino es uno de aquellos que tienen legislación migratoria rígida y sancionan penalmente la inmigración irregular. Esto nos lleva a considerar que estas personas cargan sobre sus hombros el peso de la marginalidad, siendo éste un modelo que les persigue como si fuera intrínseco a su propia naturaleza. El estigma de la irregularidad puede generar socialmente esquemas de violencia, lo que encuadra al inmigrante en situación jurídica de irregularidad en una posición siempre indeseable para la sociedad, que difícilmente les permitirá avanzar en la escala social, creando casi un esquema de castas entre los extranjeros.

Con lo anterior en modo alguno pretendemos que los Estados no puedan regular y controlen su política migratoria, sino que las sanciones derivadas de una falta administrativa deben ser consecuentes y proporcionales, y no elevar a la categoría delictiva comportamientos que no lesionan a la sociedad del Estado de destino.

### III

Otro de los conceptos analizados en esta tesis y que consideramos que denota un desarrollo progresivo es la noción de trabajador migratorio. En los Convenios de la OIT, en particular en los No. 97 y No. 143, se introduce formalmente a nivel universal dicha expresión que avanza hacia la protección de los derechos de estas personas, hasta llegar a la CTMF, instrumento internacional más completo en este sentido, toda vez que dispone que los trabajadores migratorios son aquellas personas que se encuentran en situación jurídica de regularidad y también aquellas que se encuentran en situación jurídica de irregularidad. Sin perjuicio de que incluye categorías de trabajadores que en otros tratados internacionales habían sido desconocidas (trabajadores por cuenta propia, fronterizos, de temporada, marinos, en estructura marina, itinerantes, vinculado a proyecto o con empleo concreto).

Dentro de los avances logrados por la CTMF está la ampliación del ámbito de aplicación no sólo el personal (al cobijar una gran cantidad de trabajadores antes ignorados o expresamente excluidos), también el temporal toda vez que se refiere a diversos momentos, es decir a los trabajadores que estén desarrollando una actividad remunerada, la hayan realizado o la vayan a realizar.

Sobre estas definiciones la CTMF establece que el migrante en situación jurídica de regularidad es la persona autorizada a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese territorio. Y la situación jurídica de irregularidad hace referencia a quienes no cumplen las condiciones de ingreso, permanencia y trabajo establecidas por el Estado de destino.

Para alguna parte de la doctrina la situación de irregularidad es sinónimo de ilegalidad, y con frecuencia se habla de trabajador o inmigrante ilegal. Sobre este aspecto coincidimos con la postura del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes quien ha cuestionado de forma decidida el empleo inadecuado de la expresión trabajador o inmigrante ilegal, en razón a que atenta contra la dignidad de la persona, la estigmatiza, y

niega de plano que las personas humanas por su propia naturaleza no pueden ser ilegales. De hecho lo que es constitutivo de ilegalidad son los actos. Ello pone de manifiesto que las personas nacionales de un Estado, así como las extranjeras, son susceptibles de cometer actos reprochables jurídica y penalmente, sin embargo esas actuaciones no los convierten *per se* en personas ilegales, sino que denota que son personas que han infringido la ley. Si somos conscientes de que las personas no son ilegales por su propia naturaleza, se pueden avanzar hacia unas prácticas de los Estados más acordes con el DIDH y, en consecuencia, con la dignidad de la persona.

Por otro lado, la definición de familiares del trabajador migratorio ha sido introducida en la CTMF. Si bien en otros instrumentos internacionales se ha hecho alusión a la familia en sentido genérico (DUDH, PIDCP, PIDESC, CEDH, CSE, CADH, Protocolo de San Salvador) y a los familiares de los trabajadores migrantes de forma más concreta (Convenios No. 97 y No. 143 de la OIT y Convenio Europeo sobre el Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante), sin embargo, en los mismos no se encuentra una definición, pues dichos tratados se limitan a referirse a este grupo o simplemente reconocen algunos derechos a los familiares de los trabajadores migrantes, como ocurre en los tratados citados en segundo lugar.

El concepto de familia incorporado en la CTMF es amplio e incluye no sólo a aquellas personas con vínculo matrimonial reconocido por la ley del Estado de empleo, sino también otras formas de familia, como aquella que se conforma por la convivencia de la pareja, es decir, las uniones de hecho; también quedan incluidos los hijos y las demás personas a su cargo. La relevancia de la inclusión redonda en los derechos que son reconocidos a estas personas toda vez que en este instrumento es posible hallar garantías en favor de las mismas que variarán conforme a la situación jurídica que tenga el trabajador migratorio. A pesar de ello, desde el momento en que la Convención hace depender la definición (y por ende los derechos) a la realidad jurídica de los Estados de que se trate, salvo tratados bilaterales o multilaterales al respecto (art. 4), puede suceder que a pesar de las buenas intenciones de la misma ciertos familiares no tengan tal consideración de conformidad con la legislación interna que les resulte aplicable.

#### IV

Los avances en la protección de los derechos humanos experimentados a partir de la Carta de la ONU de 1945 evidencian la importancia del principio de dignidad humana pues constituye uno de los grandes aportes al proceso de humanización del Derecho Internacional el cual para ese momento histórico resulta ser un planteamiento revolucionario y transformador, al quedar modificada la lógica y la razón de ser de las tradicionales relaciones existentes entre las personas y los Estados.

Podría llegar a afirmarse, y de hecho así lo hace la doctrina mayoritaria, que la persona humana cobra un papel protagonista del que antes carecía, y se formulan nuevos retos a los Estados pues este tratado constitutivo tiene tal alcance que llega a establecer que las personas, sean nacionales o extranjeras, son titulares de un catálogo mínimo de garantías que escapan de la discrecionalidad de los Estados pues los mismos asumen una serie de

deberes de respeto y protección, sin que esto implique restarle todo su valor a otro principio, el de soberanía de los Estados pues es innegable su naturaleza de fundamento básico que marca la existencia del Derecho Internacional Clásico.

La DUDH es según postura unánime de la doctrina, el primer instrumento de derechos humanos proveniente de una Organización Internacional universal. La Declaración de 1948, refuerza el contenido normativo de la Carta de la ONU y da inicio al desarrollo de derechos fundamentado entre otros principios en el reconocimiento de la dignidad y el valor de la persona humana (Preámbulo, párs. 1 y 5 y art. 1). Posteriormente se adoptan una serie de instrumentos internacionales en el contexto universal y en los regionales que tienen como referente la citada Declaración y que definen el alcance de las obligaciones de los Estados en la promoción y salvaguarda de los derechos humanos, los cuales tienen una vocación de universalización. Esta característica hace que sean aplicables a todas las personas, sin que pueda mediar alguna consideración respecto de su origen nacional o racial. Sin embargo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos autoriza la existencia de distinciones entre grupos de personas

Sobre el particular, la doctrina es coincidente en que la dignidad de la persona humana ha significado no sólo el punto de partida para el reconocimiento universal de los derechos humanos, sino también un gran aporte a nivel jurídico y político, toda vez que el centro de gravedad de la actuación de los Estados ya no sólo se ubica en su propio interés sino que se ha reivindicado el valor del individuo en sí mismo considerado por lo que la producción normativa se ha orientado a darle un lugar más importante, el cual se traduce en los catálogos de derechos que tienen origen en la DUDH y es replicado en otros instrumentos internacionales.

En nuestro estudio hemos podido comprobar que la mayor parte de las Observaciones y Recomendaciones Generales y Finales de los Comités de Naciones Unidas, justifican en numerosas oportunidades la obligación de respetar los derechos humanos en la dignidad humana como atributo de las personas, y tal y como es resaltado por la profesora **Salado Osuna** como el fundamento del DIDH. La jurisprudencia de los tribunales regionales también evidencia esta tendencia pues afirma el carácter informador del imperativo universalista de la dignidad humana como uno de los grandes valores del DIDH y como presupuesto justificativo de la existencia y protección de los derechos humanos que son objeto de su aplicación e interpretación.

De acuerdo a lo anterior, no cabe duda de que la dignidad humana resulta ser el principio inspirador que permite que se hagan realidad los derechos consagrados en los instrumentos internacionales, y esto lo resaltamos al comprobar que en la mayor parte tales instrumentos sus preámbulos aluden a la dignidad humana como principio básico a partir del cual se reconocerán los derechos. Sin perjuicio de algunos tratados contienen en su parte dispositiva referencias a dicho principio.

La dignidad humana al ser considerada como un atributo de todas las personas, ampara también a los extranjeros y a los trabajadores migratorios y sus familiares, lo que redundará en el pleno ejercicio de los derechos humanos, sin que ello implique que no se admitan las

distinciones y restricciones a ciertos derechos de los que son titulares sólo los nacionales de los Estados.

De gran valor consideramos los aportes del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes pues en la mayoría de sus informes ha puesto de manifiesto la importancia de que los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias independientemente de la situación jurídica en la que se encuentren sean tratados conforme a su dignidad humana, de tal forma que la política interna migratoria definida por los Estados deberá ser consecuente con el reconocimiento de este principio. En definitiva la dignidad humana en tanto que atributo de las personas se aplica de manera uniforme a todas ellas (y no sólo a los nacionales), que sean extranjeros, trabajadores migratorios y los miembros de sus familias, toda vez que no se pone en tela de juicio el reconocimiento de este principio a quienes comparten la naturaleza humana.

## V

El principio de igualdad y no discriminación -del mismo modo como ha ocurrido con el principio de dignidad humana-, es un aporte característico del proceso de internacionalización de los derechos humanos, y a su vez de la humanización del Derecho Internacional, que deja como consecuencia que la persona humana sea motivo de interés para la Comunidad Internacional. Si se hace una lectura de los instrumentos internacionales podría llegar a afirmarse que la dignidad, la igualdad y la no discriminación parecen ser principios inescindibles pues son la base del reconocimiento de los demás derechos, y fundamentos de la libertad, la justicia y la paz.

De este modo, tanto en los postulados de la Carta de la ONU, como en el preámbulo y en la parte dispositiva de la DUDH, se proclaman: “(...) los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” (preámbulo, pár. 1), lo que nos permitió inferir que todos los derechos que forman parte de este instrumento deben ser garantizados a todas las personas sin importar su nacionalidad a excepción de los derechos políticos, los cuales en la propia DUDH de 1948 se atribuyen a los nacionales de los Estados.

En esta investigación estudiamos la consagración no sólo de la igualdad, sino de la no discriminación y de la no distinción. Hemos analizado si estos dos últimos conceptos eran o no sinónimos, y nuestra conclusión es que los diversos tratados cuando aluden a uno o al otro (no distinción, no discriminación), se refieren a dichos conceptos como correlato del principio de igualdad. Se pudo comprobar que en algunos instrumentos internacionales se habla de principio de no distinción (Carta de la ONU, arts.1.3, 55.c, 76.c, arts. 2 y 7 DUDH, art.2.1PIDCP, entre otros) y se hace referencia a los motivos por los cuales no es dable hacer distinciones entre las personas, entre ellos, la raza, el sexo, el idioma, la religión, el origen nacional, social, la posición económica, e incluso se hace referencia a cualquier otra condición.

De ahí que consideremos que en muchos de los instrumentos en los que se prohíbe la distinción, no se esté haciendo referencia a un concepto diferente a la no discriminación. Por otra parte, en otro grupo de instrumentos se hace alusión al principio de no discriminación de manera expresa (art.7, art.23.2 DUDH, art. 4.1, 20, 24, 26 PIDCP, arts. 2.2, 10.3 PIDESC, entre otros) y al enunciarse los motivos por los cuales no se puede

discriminar, los mismos son coincidentes con los que en otros instrumentos están enunciados para la no distinción.

La interpretación de los órganos de los tratados universales ha sido de gran utilidad para aclarar la no distinción y la no discriminación, y conviene tener presente que tanto el Comité de Derechos Humanos, como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales definen la no discriminación remitiéndose al concepto previsto en la CERD y la CEDM, tratados en los cuales la no discriminación es entendida como toda distinción basada en los motivos prohibidos, y con el objeto de anular o menoscabar el reconocimiento, goce y ejercicio, en condiciones de igualdad. De este modo, en varias de las Observaciones y Recomendaciones Generales estudiadas se emplean como expresiones sinónimas la no distinción y la no discriminación.

No obstante, el principio de igualdad y la prohibición de discriminación por los motivos prescritos en los tratados, no implica que se deba dar trato idéntico a las personas, lo que significa que existen tratos diferenciados o distinciones legítimas a la luz de las normas de Derecho Internacional. Así, una distinción en el trato solamente será constitutiva de discriminación en tanto no responda a motivos objetivos, razonables y proporcionales. Sobre la base lo anterior, consideramos que el carácter de la prohibición de discriminación es absoluto, en tanto que la no distinción responde a una naturaleza relativa y será permitida cumpliendo los requisitos indicados.

## VI

Los Comités (en particular el de Derechos Humanos, el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial) fijan un importante marco interpretativo respecto de la titularidad de los derechos de los extranjeros, reconociendo la existencia de tratos distintos o diferenciados que en algunos casos pueden favorecer a las personas, es decir permiten que las mismas puedan gozar de la igualdad real y efectiva. El estudio realizado permite sostener que de los instrumentos internacionales y de las interpretaciones de los órganos internacionales de derechos humanos queda claro que existen algunos motivos, no taxativos, sino meramente enunciativos sobre los cuales se prohíbe discriminar, entre ellos la raza, y el origen nacional, sin embargo no reciben el mismo tratamiento de la prohibición de discriminación por razones de género o de condición social, -solo por enunciar algunas de ellas-. Conviene recordar que la erradicación de la discriminación entre los hombres y las mujeres ha sido una gran conquista que redundo en la justa aplicación de los derechos, por lo menos en sentido formal y jurídico. Hoy sería realmente inadmisibles, y un verdadero despropósito dudar que pese a la existencia de diferencias biológicas los hombres y las mujeres no seamos iguales ante la Ley.

No ocurre lo mismo con otro de los motivos presuntamente prohibidos por parte del Derecho Internacional, como el origen nacional y la raza, pues si bien está previsto que los Estados no podrán discriminar por estas razones, se autoriza a realizar lo que se viene denominando como “distinciones”, toda vez que se parte de la base de la imposibilidad de dispensar tratos idénticos. Las medidas de acción positiva que permiten la verdadera



materialización y ejercicio de los derechos es una realidad, y ellas por lo regular se adoptan con el propósito de mejorar la situación de personas consideradas vulnerables. A pesar de esto las restricciones “legítimas” que afectan el pleno disfrute de los derechos de los extranjeros no son precisamente medidas de acción positiva, sino todo lo contrario, es decir, limitaciones a derechos que en principio se quiso, fueran universales para todas las personas.

Es importante tener en consideración que si bien los principios de igualdad y no discriminación son aplicables a los extranjeros y a los trabajadores migrantes y a sus familias, en varios de los instrumentos internacionales estudiados, como en la jurisprudencia que se analizó, hemos constatado que en muchos casos las legítimas diferencias de trato entre nacionales y extranjeros, y entre categorías de extranjeros, las cuales deben siempre estar respaldadas por motivos objetivos, razonables y proporcionales, para no contrariar las normas previstas en los tratados. Lo que no es dable según la mayor parte de la interpretación jurisprudencial, es efectuar tratos arbitrarios entre grupos de extranjeros, o en razón a nacionalidades específicas, toda vez que en gran parte de estos casos se pueden llegar a promover conductas estigmatizantes y segregacionistas.

Entre los instrumentos internacionales que sancionan la discriminación llama especial atención la CEDR, toda vez que una vez definido qué se debe entender por no discriminación, describe los motivos por los cuales no se pueden hacer discriminaciones, entre los cuales se encuentra el origen nacional. Pero también dispone que: “no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado Parte en la citada Convención entre ciudadanos y no ciudadanos” (art.1.2). La interpretación de esta disposición es realizada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el cual ha señalado que dicha norma no pretende menoscabar la prohibición básica de discriminación, y que los Estados se comprometen a garantizar los derechos entre los ciudadanos y los no ciudadanos en la medida reconocida por el Derecho Internacional. Lo anterior, refuerza la existencia de las distinciones que no pueden ser consideradas como discriminación, siempre y cuando se ajusten a los requisitos establecidos como hemos señalado.

A pesar de la autorización para realizar distinciones entre las personas nacionales y extranjeras, la jurisprudencia internacional ha interpretado que entre los grupos de extranjeros no podrán existir tratos discriminatorios y que se prohíbe la realización de perfiles étnicos y raciales. Así mismo, en una gran cantidad de Observaciones y Recomendaciones tanto Generales como Finales los Comités invitan a los Estados a brindar ciertas condiciones de igualdad a favor de los grupos vulnerables dentro de los cuales se encuentran los extranjeros y también los trabajadores migrantes y sus familias.

La posibilidad de que existan diferencias de trato o tratos diferenciados es de tal importancia, que incluso en virtud de ellos es posible que se produzcan medidas de acción positiva en favor de las poblaciones vulnerables que requieren que se logre el ideal de la igualdad material. En las Observaciones y Recomendaciones de los Comités analizados existen este tipo de medidas, las cuales consideramos que constituyen un desarrollo

progresivo, incluso hasta llegar a encontrar tipologías de las mismas, entre ellas las de carácter temporal y aquellas que por su importancia deben ser de carácter permanente.

En los contextos regionales tanto en el europeo, como en el interamericano, existe una importante jurisprudencia en relación con los principios de igualdad y no discriminación. En el caso europeo, si bien el CEDH no consagra de forma expresa el principio general de igualdad, si prevé la prohibición general de discriminación y el TEDH ha venido desarrollando una sólida jurisprudencia en la que la aplicación de dicha prohibición, se produce en conexión con otros derechos que están contenidos en el CEDH. De tal forma, que en muchos de los casos es posible observar que el amparo contra la discriminación no podría darse sino en función de la protección de otro derecho. Son numerosos los casos en este sentido, entre ellos: *Gaygusuz c. Austria*, *Koua Poirrez c. Francia*, *Luckzak c. Polonia*, *Wagner y J.M.W.L c. Luxemburgo*, *Okpisz c. Alemania*, entre otros.

No obstante una jurisprudencia más reciente del TEDH ha avanzado hacia la existencia y protección autónoma de la no discriminación en aplicación del Protocolo No. 12 adicional al CEDH. En ese sentido conviene tener en cuenta los casos *Sejdic y Finci c. Bosnia y Herzegovina* y *Savez Crava "Rijev Zivota" y otros c. Croacia*.

Por otra parte, son significativos y muy relevantes los avances logrados por la jurisprudencia regional europea respecto de los derechos de los extranjeros, orientados a evitar la expulsión, devolución o extradición de estas personas por estar en juego el derecho a la vida y/o el derecho a la integridad personal en los términos previstos en el artículo 3 del CEDH, así como el derecho a la vida privada y familiar contemplada en el artículo 8 del CEDH.

En lo que atañe al sistema interamericano conviene resaltar la importancia de la Opinión Consultiva No. 18 de 2003 en razón a que en ella se enfatizó sobre la importancia del principio de igualdad y no discriminación y se llegó a considerar una norma de *ius cogens*, que para el caso particular de los migrantes en situación jurídica de irregularidad permitió afirmar a la Corte IDH que existen ciertos derechos como las condiciones de trabajo que deben ser reconocidos en igualdad de condiciones que para los nacionales de un Estado de empleo sin que entre a importar el estatus jurídico-administrativo de la persona. Este fallo es novedad en nuestro sistema interamericano, e incluso hasta en el escenario europeo, pero no en el ámbito universal, pues tal y como ya se señaló la CTMF (art.25), habían definido parámetros casi idénticos en este sentido.

## VII

El derecho al trabajo de acuerdo con la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia estudiada se relaciona con el derecho a la vida de las personas, así como también con el derecho a la propiedad, en él se conjugan muchos elementos que también se contrastan con otras libertades individuales (libertad de escoger y aceptar un trabajo). De otra parte, el derecho al trabajo permite que se materialicen derechos como la educación, la vivienda digna, la salud, entre otros.

La importancia del derecho al trabajo a nivel internacional está marcada por un hito que es la creación de la OIT en 1919 en razón a que a partir de entonces se reconoce la precariedad laboral en la que viven muchas personas, y se adoptan normas sobre las condiciones bajo las cuales debe estar regulada la mano de obra de los trabajadores, aspectos que se vinculan estrechamente con la paz y con la justicia social. En el seno de esta Organización Internacional se adoptan una serie de normas (Convenios y Recomendaciones) que tienen como punto de partida el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, temáticas que de manera genérica son aplicables a los trabajadores migratorios por su condición de persona (entre ellas las relativas a la igualdad de trato y oportunidades de los trabajadores Convenios Nos. 87 de 1948, 100 de 1951, 111 de 1958, 122 de 1964, 156 de 1981, y las Recomendaciones No. 90 de 1951, 111 de 1958, 165 de 1981, 166 de 1982 y 169 de 1984, normas sobre la prohibición de trabajo forzoso, tales como los Convenios No. 29 de 1930, 105 de 1957), y de forma específica debido a que en dicha Organización existen normas que brindan protección de manera particular a los trabajadores migratorios como ocurre con los Convenios No. 97 de 1949, 143 de 1975, y las Recomendaciones No. 100 de 1955, 151 de 1975.

En nuestro análisis hemos constatado que en la mayor parte de los instrumentos internacionales se reconoce el derecho al trabajo tanto en su dimensión individual, como colectiva, vinculándolo a la dignidad de la persona, al mantenimiento de su calidad de vida, a su propia realización, prohibiendo el trabajo forzoso y evidenciando la indivisibilidad que se debe predicar de todos los derechos humanos, pues se entiende que a través de este derecho puede accederse a otros tantos. Sobre este aspecto, el punto de partida es la DUDH (art. 23), en la que se enuncian los elementos que integran el derecho y que son replicados en la mayor parte de los tratados internacionales de derechos humanos tanto a nivel universal como regional. Debe precisarse que su consagración es general en algunos de ellos como en el caso del PIDESC (art.6, 7 y 8), la CSE (art.1, 2, 3, 4, 5 y 6), el Protocolo Adicional a la CADH, “Protocolo de San Salvador” (art.6, 7 y 8), y se reconoce también en favor de grupos específicos de personas, como ocurre en el caso de los tratados sectoriales tales como la CEDR (art.5.e.i), la CEDM (art. 11), la CDN (art.32), la CDPD (art.27), y por supuesto en la CTFM (arts. 11, 25, 52, principalmente).

La interpretación de este derecho en el contexto universal ha sido efectuada por los Comités, en especial por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, según el cual el derecho al trabajo se encuentra estrechamente relacionado con la dignidad de la persona humana, y hace parte inherente de ella (Observación General No.18). De tal forma, que el trabajo es concebido como la posibilidad de dignificar no solamente a la persona individualmente considerada, sino que la garantía de este derecho se compromete con el desarrollo de la familia del trabajador.

Consideramos pertinente hacer especial referencia a la prohibición de trabajo forzoso, la cual es contemplada en instrumentos del contexto universal como el PIDCP (art. 8), la CTMF (art.11.2) así como en algunos Convenios de la OIT, (Convenios No. 29 y 105) y la Convención sobre la Esclavitud (art.5.2) y también en tratados regionales (art.4.2 CEDH, art.2 CSE artículo 6.2 CADH, artículo 7.f y 7.g Protocolo de San Salvador). Dicha prohibición complementa la voluntariedad con la que se debe desarrollar el derecho al

trabajo según el PIDESC (art.6.1). No obstante, las normas prevén algunas excepciones a lo que puede ser considerado como trabajo forzoso entre ellas los trabajos impuestos como consecuencia de una decisión judicial legalmente dictada, el servicio de carácter militar, el servicio impuesto en casos de peligro o de calamidad que amenacen la vida de la nación, el trabajo que haga parte de las obligaciones cívicas normales. Estas excepciones son básicamente las mismas tanto en el escenario universal (art. 8.3 PIDCP), como en los ámbitos regionales (art.4.2 CEDH, art.5.2 CDFUE, art. 6.2 CADH,) e implican una limitación al contenido de la prohibición.

La prohibición del trabajo forzoso consideramos que tiene gran relevancia para los trabajadores migrantes y sus familias, toda vez que tal y como lo ha señalado el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, y la OIT, entre otras Organizaciones Internacionales, estas personas son especialmente propensas a ser víctimas de trabajo forzoso en los Estados de destino. Los Comités han efectuado interpretaciones en torno al trabajo forzoso y han exhortado a los Estados a erradicar estas conductas (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 18), y evitar que grupos que merecen una especial protección, como lo son los menores de edad, no sean víctimas de tales comportamientos (Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 21).

En el contexto europeo la CSE (1961, 1996) merece una precisión especial, toda vez que este instrumento regional es quizás el más completo y generoso en lo que se refiere al reconocimiento del derecho trabajo, y a las condiciones en las que debe ser garantizado por parte de los Estados (arts. 2, 3, 24, 25, 26, 27, 28, 29). Su amplitud es tal, que consagra disposiciones particulares en favor de grupos especialmente vulnerables tales como los trabajadores migratorios (arts. 18 y 19). Pese a lo anterior, su ámbito de aplicación personal se circunscribe a aquellos que sean nacionales de cualquiera de los Estados Parte, razón por la cual si bien sus disposiciones son bastante descriptivas y completas, no le son aplicables a todos los trabajadores migratorios, por lo que consideramos que quedan excluidos los que provienen de un Estado que no es Parte en este tratado

Otro tratado europeo, el Convenio Europeo sobre el Estatuto legal de los Trabajadores Migratorios de 1977 regula la situación de esta categoría de personas, sin embargo se hace de manera restringida toda vez que solamente reconoce derechos a los trabajadores extranjeros que hayan sido legalmente admitidos en el territorio de un Estado, y que sean nacionales de alguno de los Estados Parte.

En el contexto de la UE podemos señalar que dicha organización de integración entre sus principios se encuentra el pleno empleo y el progreso social (art.2.3 TUE), razón por la cual el derecho al trabajo cuenta con una importancia central. La CDFUE reconoce el derecho a la libertad profesional y el derecho a trabajar (art.15.1). Y tratándose nacionales de terceros Estados que estén autorizados para trabajar en el territorio de los Estados miembros tendrán derecho a una condiciones laborales equivalentes a aquellas de las que disfrutaran los ciudadanos de la Unión (art.15.3).

## VIII

De la mayor parte de los instrumentos internacionales de derechos humanos se puede inferir que el derecho al trabajo debe ser garantizado a todas las personas, incluidos los extranjeros, debido a que se emplea el pronombre indeterminado “toda persona” o “todos”. De la interpretación realizada por diversos órganos internacionales consideramos que si bien el derecho al trabajo ampara a todas las personas, en el caso particular de los extranjeros, eso no implica que las mismas deban ser tratadas de manera idéntica con los nacionales de un Estado, pues el Derecho Internacional autoriza la diferencia de trato (aspecto que se estudió en capítulo III).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación General No. 18) ha afirmado que los Estados deben avanzar de manera progresiva hacia el efectivo reconocimiento del derecho al trabajo, y mejorar las condiciones de acceso al mismo. De igual forma, para este órgano el reconocimiento de este derecho debe hacerse de manera preferente en favor de los grupos considerados vulnerables. Si tenemos presente que los extranjeros, y en particular los trabajadores migrantes son personas con especial condición de vulnerabilidad, de lo sostenido por el citado Comité podría interpretarse que tales personas siempre podrán ejercer el derecho al trabajo, aunque lo cierto es que el mismo Comité también ha afirmado que el derecho al trabajo no supone una obligación absoluta e incondicional a obtener empleo (Observación General No. 18).

A lo anterior hay que añadir que los Estados podrán realizar distinciones entre los nacionales y los extranjeros, siempre y cuando los tratos diferenciados sean razonables, objetivos, y no se consideren arbitrarios lo que excluye de manera automática que se trate de una conducta que favorezca la discriminación por alguno de los motivos prohibidos (en este caso la raza, o el origen nacional). (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Observación General No. 18 y No. 20). Así mismo se debe tener presente que los Estados en vía de desarrollo se les exime de acuerdo con el PIDESC (art. 2.3) de garantizar los derechos económicos de los extranjeros. Esto ha sido interpretado también por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (Observación General No. 20) aspecto que se aplica de manera directa al caso del derecho al trabajo.

De otra parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha sostenido que los Estados no están obligados a garantizar el acceso al derecho al trabajo a los extranjeros en situación jurídica de irregularidad (Recomendación General No. XXX), y en sentido similar se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación General No. 18). Los argumentos expuestos por los citados Comités reafirman las diferencias de trato de las que pueden ser objeto las personas extranjeras, y en este caso particular los trabajadores migratorios frente al acceso al derecho al trabajo.

La jurisprudencia interamericana ha asumido una interpretación similar a la que se hace en el ámbito universal, y ha manifestado que los Estados de la región no estarán obligados a dar empleo a las personas extranjeras y menos aún en aquellos casos en los que se encuentran en situación jurídica de irregularidad. (Corte IDH, Opinión Consultiva No. 1 de 2003).

Respecto del acceso de los extranjeros al trabajo, que hasta el momento se tiene claro no resulta ser un deber para los Estados de destino, vale plantarse el alcance de lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación General No. 18) ha catalogado como la “garantía fundamental mínima de no discriminación en el empleo” sobre todo respecto de los grupos considerados vulnerables y frente a ella, la autorización que por vía de la interpretación de los tratados que se ha realizado para formular distinciones de trato entre nacionales y extranjeros.

La situación de vulnerabilidad de los extranjeros y de los trabajadores migrantes aparentemente es una realidad notoria, sin embargo la especial protección de la que en principio son titulares encuentra un obstáculo insuperable en la legislación interna de los Estados y en su facultad para determinar si serán destinatarios o no del derecho a acceder al empleo. Al parecer en la actualidad existe un consenso internacional sobre la legitimidad y razonabilidad de que exista diferencia de trato entre los nacionales y los extranjeros, y no se plantea si esto puede ser contrario a la dignidad de la persona.

Lo anterior nos permite afirmar que se pueden identificar dos momentos según los cuales debe analizarse el deber de los Estados de reconocer el derecho al trabajo a las personas extranjeras. El primero, es el derecho a acceder o a tener un empleo (ya ha sido abordado) y el segundo momento, consiste en determinar de qué derechos pueden gozar estas personas una vez exista una relación laboral (aspecto que se abordó en los capítulos V y VI).

Debe recordarse que dada la naturaleza de derecho económico, social y cultural del trabajo, lo que supone la progresividad en su garantía, una vez alcanzado un nivel de protección (de acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3), debe evitarse disminuir los niveles ya alcanzados. Lo anterior supone la obligación de garantizar el derecho al trabajo y podría llegar a pensarse que sobre este punto en particular radica la principal preocupación de los Estados, una vez decidan garantizar el derecho al trabajo en favor de los extranjeros difícilmente podrían, o mejor, no deberían desmejorar dicho estándar, lo que podría llegar a constituir una transgresión a sus obligaciones internacionalmente contraídas.

Respecto a la obligación de proteger también se ha abordado la prohibición y regulación del trabajo infantil. En lo que a los niños migrantes se refiere este aspecto es de gran relevancia, pues los menores de edad se consideran personas expuestas a un mayor grado de vulnerabilidad, propensos a la explotación laboral, a la esclavitud y a la trata de personas. La protección de los derechos de los niños migrantes deberá estar permeada por la aplicación del principio del interés superior del niño.

La obligación de proteger también supone que los Estados creen medidas para fomentar el derecho al trabajo, de tal modo que el empleo de las personas se facilite. Esto supone la aplicación de los planes de enseñanza, y la asistencia a las personas para el adecuado disfrute del derecho al trabajo. En lo que se refiere a las personas extranjeras esta obligación de acceso a los planes de enseñanza y capacitación para el empleo está restringida a los trabajadores en situación jurídica de regularidad, y así lo consagra la CTMF (art.43).

Es innegable que el derecho al trabajo ha tenido un desarrollo progresivo como queda demostrado en la riqueza normativa en los diferentes sistemas de protección tanto universal como regional (europeo e interamericano). Sin embargo no puede desconocerse que entre los instrumentos internacionales pueden identificarse algunos que aunque conserven los elementos comunes de los otros, implican un mayor progreso en la consagración de este derecho como es el caso de la CSE de 1961 y la de 1996, pues regula en detalle no sólo los elementos del derecho al trabajo, sino que ilustra a los Estados Parte sobre las medidas que deben adoptar para lograr su efectividad pese a que su campo de aplicación sea limitado.

En lo que al ámbito de la UE se refiere existe una clara tendencia, como se puede constatar en la CDFUE, a la apertura en el reconocimiento de una serie de derechos, la cual no opera de manera homogénea en beneficio de todas las personas, sino que agrupa a sus titulares. De un lado, los ciudadanos europeos quienes son destinatarios de todos los derechos en plenitud, y del otro, se diferencia a los ciudadanos de terceros Estados asignando una serie de derechos a aquellos en situación jurídica de regularidad, y otros pocos a quienes se encuentran en situación jurídica de irregularidad.

De todos modos de este estudio queda la gran reflexión sobre la necesidad de caminar hacia un mayor reconocimiento del derecho al trabajo de los trabajadores migratorios, debido a que dicha garantía permite el acceso a una gran cantidad de derechos económicos, sociales y culturales que redundan en la calidad de vida de estas personas. Es un reto para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos analizar si en realidad las llamadas distinciones no pueden estar amparando verdaderas discriminaciones más aún cuando los motivos por los cuales procede la diferencia de trato dan lugar a un amplio margen de apreciación de los Estados y se fundamenta en conceptos jurídicos indeterminados.

## IX

La protección de los trabajadores migratorios y de los miembros de sus familias, previa a la adopción y entrada en vigor de la CTMF es difusa, toda vez que el Convenio No. 21 de la OIT no profundiza en el tema. La relativa invisibilización de la realidad migratoria o de la presencia de inmigrantes en el territorio de un Estado extranjero, según sostuvimos, podría responder a que las dimensiones de la migración no eran realmente significativas en número de personas, y estos pequeños flujos podrían incidir muy poco en la estabilidad económica, política o social del país. Sin embargo, esta situación también podría estar inspirada por la percepción que se tenía de la migración en el tiempo de adopción del Convenio No. 21, pues coincide con las fechas en las que la Academia de Derecho Internacional publica unos estudios sobre la migración, que para el momento no se consideraba como un problema grave motivo de preocupación de los Estados, sino que por el contrario se le definía como un resultado inevitable del desarrollo de los pueblos.

Los Convenios No. 66, No. 97 y No. 143 de la OIT no reconocen derechos a todos los trabajadores migratorios, sólo aquellos normalmente admitidos, o en situación jurídica de regularidad. Lo anterior no implica que estas personas se encontraran completamente desprotegidas, pues la DUDH, el PIDCP, PIDESC, CEDR, CEDM, entre otros tratados, son

aplicables a “toda persona” incluidos los trabajadores migrantes y sus familias, independiente de su situación jurídica. De acuerdo a lo anterior, la adopción y entrada en vigor de la CTMF, marca un paso importante en el reconocimiento de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familias en situación jurídica de irregularidad, toda vez que la protección previa no se daba en los tratados particulares aplicables a este grupo de personas.

Con la CTMF se puede afirmar que hay una ampliación evidente de los derechos de los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias, toda vez que en este tratado sectorial se condensan los derechos que pueden ser disfrutados por los trabajadores migratorios y sus familias tanto en situación jurídica de irregularidad (parte III) y los derechos adicionales previstos para los trabajadores en situación jurídica de regularidad (parte IV). Aunque hay que reconocer que la mayor parte de estos derechos ya estaban consagrados en otros tratados, pero también se incluyen algunos que responden a las particularidades de la realidad migratoria.

En este estudio algunos derechos nos generaron especial atención, como ocurrió con el derecho a la integridad personal. Dicha garantía ha adquirido una especial importancia para los extranjeros, toda vez que en virtud de él se ha proferido una rica jurisprudencia especialmente en el sistema europeo desarrollada por el TEDH a favor de estas personas que se relaciona con la expulsión del Estado de destino hacia su Estado de origen o a otro Estado, en aplicación del CEDH (art.3).

La prohibición de expulsión colectiva prevista en la CTMF (art. 22) es más precisa que la consagrada en otros instrumentos internacionales, así en esta norma se establecen los requisitos tales como que deberá procederse de manera individual, la decisión se deberá comunicar en un idioma que sea comprendido por el extranjero, los interesados podrán oponerse a la decisión de expulsión, y someterlo a la revisión de una autoridad competente, no se desconocerán derechos adquiridos como los salarios devengados y debidos en el caso en el que se produzca la expulsión, entre otra serie de garantías no contempladas en los otros instrumentos internacionales.

Por otro lado, consideramos que la CTMF reconoce un derecho particular que sí representa un aporte novedoso, se trata del derecho a recibir información sobre las condiciones migratorias (art. 33). Este derecho no se encontraba previsto en los demás tratados internacionales y se adecúa a la realidad migratoria. La importancia del mismo radica, como sostiene el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes y el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares, en evitar que se agudice la situación de vulnerabilidad de los trabajadores en situación jurídica de irregularidad, toda vez que está suficientemente comprobado que dichas personas son víctimas frecuentes de los abusos laborales en los Estados de empleo.

## X

El catálogo de derechos económicos, sociales y culturales reconocido a los trabajadores en situación jurídica de irregularidad es limitado en la CTMF. Pese a ello, establece importantes innovaciones como ocurre en el caso del artículo 25, el cual avanza bastante



hacia la igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros en lo que se refiere a la protección derivada de la relación laboral, condiciones de trabajo y seguridad social. Esta norma ha sido motivo de resistencia por parte de varios Estados toda vez que en ella se pretende, según los términos de esta Convención, propiciar la igualdad de trato de todos los trabajadores migratorios con respecto a los nacionales de un Estado en algunos aspectos - que bien pueden catalogarse como esenciales-, a saber; remuneración, condiciones de trabajo, y empleo, vacaciones, descanso, entre otros aspectos. Debemos señalar que los beneficios que integran la igualdad de trato entre trabajadores migratorios y nacionales ya habían sido consagradas en otros tratados de una manera más general, y es oportuno que recordemos que el PIDESC (art.7) reconocía beneficios como estos a todas las personas.

Estipula la CTMF que todo trabajador migratorio así como los miembros de su familia deben verse beneficiados en el Estado de empleo del derecho a la atención médica de urgencia (art.28), el respeto a la identidad cultural (art.31) y en particular para los hijos de los trabajadores migratorios incluso en situación jurídica de irregularidad se debe reconocer el derecho a la educación (art.30).

Un derecho nuevo que es introducido por la CTMF es la prohibición de que los bienes del trabajador migratorio y de los miembros de sus familias puedan ser objeto de confiscación arbitraria. Dicha garantía exige que en caso de ser privados de sus bienes los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias deberán ser legalmente indemnizados (art. 15). Además reconoce la posibilidad de que estas personas transfieran sus ganancias, salarios y ahorros, así como sus efectos personales a sus Estados de origen, una vez que finalicen su permanencia en el Estado de empleo (art.32).

En el capítulo V hicimos especial referencia a los derechos que debían ser reconocidos a los trabajadores migrantes derivados de la relación laboral. Así la CTMF reconoce que de estos derechos son titulares los trabajadores migrantes independientemente de la situación jurídica en la que se encuentra la persona. De este modo garantizan que estas personas deberán ser tratadas de la misma forma que los nacionales en lo relativo a las condiciones de empleo es decir la remuneración, el reconocimiento de las horas extras, el horario de trabajo, el descanso semanal, vacaciones pagadas, la seguridad, la salud, entre otros aspectos (art.25).

El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares se ha pronunciado sobre el particular considerando que dichas condiciones son los elementos mínimos constitutivos de un trabajo digno (Observación General No. 1), y haciendo hincapié en que los trabajadores son las principales víctimas de las violaciones a estas garantías básicas, lo que exige la aplicación de los estándares más altos del trabajo decente.

En el contexto regional europeo la CSE (1961 y Revisada 1996) reconocen un altísimo estándar de protección en lo que se refiere a las condiciones de trabajo y se consagran unos derechos aplicables de manera particular a los trabajadores migrantes (art.19). No obstante, como hemos señalado, no se aplican a los nacionales de Estados que no sean considerados Parte Contratante, por lo que los beneficios derivados de este instrumento no cobijan a todo trabajador migratorio. Por su parte, la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos

Sociales, en sus pronunciamientos ha contribuido a conceptualizar qué debe entenderse por condiciones de trabajo equitativas y adecuadas, seguridad en el trabajo, entre otros conceptos.

A nivel jurisprudencial, recordamos que la Corte IDH en términos similares a la CTMF afirma estos derechos a los trabajadores migrantes incluso en situación jurídica de irregularidad (Opinión Consultiva No. 18 de 2003) y se refiere a los derechos que surgen a partir de la relación laboral. Si bien, debe aclararse que según lo sostenido por la Corte IDH los Estados de acogida no se encuentran obligados a dar empleo a los extranjeros, menos aún si éstos se encuentran en situación jurídica de irregularidad, una vez sean incluidos dentro del mercado de trabajo (público o privado) deberá reconocérseles las mismas condiciones de trabajo que a los nacionales.

El pronunciamiento de la Corte IDH ha sido objeto de muchos análisis, entre los cuales es posible encontrar algunos no muy favorables que sostienen que este tipo de medidas constituye un incentivo a la inmigración en situación irregular. Interpretación semejante no la compartimos ya que la Corte siempre resalta la soberanía de los Estados y su potestad para definir los derroteros de la política migratoria.

Lo que podríamos llegar a concluir de la tendencia de reconocer un cierto grupo de derechos mínimos a todos los trabajadores migrantes es que lo más adecuado tanto para los Estados de origen como para los Estados de acogida es tomar medidas coordinadas y en cooperación para contrarrestar y prevenir la migración irregular, y a su vez tener presente que en el caso en el que esto no pueda ser gestionado de manera eficiente se respete un núcleo de derechos mínimos que debe ser reconocido a todas las personas en general, incluidos los trabajadores migrantes en situación de irregularidad.

Es importante no perder de vista que la relevancia del pronunciamiento de la Corte radica en que se hace explícita a nivel jurisprudencial la tendencia normativa de la CTMF de dar protección a todos los trabajadores migratorios sobreponiendo la condición de persona a la de extranjero. La citada Opinión Consultiva se produce en el seno del sistema interamericano, continente que está compuesto en su mayoría por Estados de origen de migrantes, lo que implica que al interior de la región se busca propagar el respeto por un grupo de derechos a estas personas, con la esperanza de que este comportamiento sea replicado por los países de destino. Pese a esto, es contradictorio que al interior de estos Estados también se producen violaciones a los derechos humanos de los migrantes, lo que restaría fuerza moral a dichos Estados que buscan un estándar de respeto de los derechos de sus nacionales en el exterior.

No es un secreto para la Comunidad Internacional que existen graves dificultades en lo que respecta al cumplimiento de los derechos humanos en el sistema interamericano, sin embargo este pronunciamiento de la Corte IDH evidencia la buena fe de la misma y su confianza en que pese a que la universalidad de los derechos humanos sea aún un reto, debe ser también una directriz de comportamiento para los Estados. En este orden de ideas la postura del sistema interamericano frente a la migración y a los derechos de los trabajadores migrantes puede ser catalogada como un avance decisivo del sistema y un desafío al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a sus clásicas posturas

respecto de los derechos de los extranjeros. La Corte IDH en su Opinión Consultiva No. 18 propone una interpretación evolutiva en defensa de los derechos de los extranjeros y de los trabajadores migrantes, pese a que gran parte de estos progresos habían sido establecidos normativamente gracias a la OIT (Convenio No. 143) y a la CTMF.

El reconocimiento de los derechos de los trabajadores migrantes y de los miembros de sus familias en cualquier situación ha constituido un gran avance y refuerzo a la universalidad de los derechos humanos. No obstante, ha generado gran temor para los Estados de acogida pues ha dado la apariencia de que se valida y justifica la migración en situación de irregularidad. Pese a esto, debe considerarse que tanto la CTMF, como los Convenios de la OIT y la jurisprudencia existente en el tema no legitiman la inmigración en situación jurídica de irregularidad, por el contrario nunca se deja de reconocer que la potestad migratoria es un asunto interno y soberano de los Estados. Lo que ocurre en la práctica migratoria frente al respeto por los derechos de las personas involucradas en este proceso no es otra cosa que lo que para el profesor **Carrillo Salcedo** es la permanente tensión entre el principio constitucional de la soberanía de los Estados, y la universalidad y el reconocimiento de los derechos humanos.

De todo lo anterior, puede inferirse que entender la política migratoria bajo un enfoque de derechos humanos a la luz de la CTMF permite que se hable de un lenguaje de protección a los derechos humanos no solamente individual sino que compromete a toda la Sociedad Internacional. Lo anterior implica que se hable de un imperativo de justicia social a nivel universal lo que en términos del profesor **Pureza** se entiende por solidaridad como valor guía del Derecho Internacional.

Otro de los derechos que se deriva de la relación laboral es el derecho a la seguridad social el cual también es reconocido a los trabajadores migrantes y a sus familias en situación jurídica de irregularidad (art.27 CTMF). Este derecho contempla la protección en el supuesto de falta de ingresos originados por enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte, entre otros. En otros tratados este derecho ya había sido reconocido, y en este caso se otorga de manera particular a los trabajadores migrantes. La importancia de que este derecho sea de titularidad de todos los trabajadores migrantes y sus familias radica en que disminuye el riesgo de pobreza, exclusión social, y por consiguiente morigerar su vulnerabilidad. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han resaltado su importancia, sin embargo consideramos pertinente remarcar que el TEDH ha dispensado protección de estos derechos a los extranjeros al ser invocado el derecho a la propiedad privada (art.1, Protocolo 1 adicional al CEDH), como sucedió en los casos *Koua Poirrez c. Francia* y *Luczak contra Polonia*, entre otros.

En lo que se refiere al derecho de asociación sindical (art. 26), la CTMF busca que los trabajadores migratorios en situación jurídica de irregularidad puedan velar por la protección de sus intereses económicos, sociales y culturales. Pero este derecho tiene las limitaciones al igual que otros derechos, tales como su restricción conforme la legislación interna por motivos de seguridad nacional, de orden público y el respeto de los derechos de los demás. Consideramos que el Estado que decida limitar el ejercicio de este derecho

acudiendo a los mencionados conceptos jurídicos indeterminados debe hacerlo con un estricto examen a la limitación a efectos de no hacer nugatoria su consagración.

En el contexto de la UE es posible hallar en la CDFUE una serie de derechos que se reconocen a toda persona, por lo que dichas disposiciones serían aplicables a los trabajadores migrantes en situación jurídica de irregularidad. Estos derechos están previstos entre los artículo 1° al 15.1. El catálogo de derechos que la CDFUE reconoce a todas las personas es un listado de derechos básicos, y es naturalmente mucho mayor para los ciudadanos de la UE, así como para los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de alguno de los Estados Miembro. En consecuencia, la UE regula una serie de aspectos relacionados con los nacionales de terceros países en situación de regularidad, y a su vez establece lineamientos para luchar contra de la inmigración clandestina.

El estudio que hemos realizado de los derechos de los trabajadores migratorios en situación jurídica de regularidad nos permite concluir que para los Estados ha sido más fácil reconocer derechos a esta categoría de personas, y así queda consagrados en los Convenios de la OIT. Así mismo, el catálogo de derecho se ha ido ampliando con el paso del tiempo y a la fecha ha alcanzado un desarrollo muy notable con la CTMF.

## XI

Los derechos reconocidos a los trabajadores migratorios en situación jurídica de regularidad, previo a la adopción de la CTMF, difiere según el instrumento. Así, uno de los primeros Convenios de la OIT (No. 21) no contiene un catálogo de derechos sino que remite a los Estados para que los mismos determinaran el grado de protección podrán tener estas personas en determinados supuestos, como lo era el caso de aquellos que se encontraban a bordo de un buque.

El Convenio No. 66 reconoce derechos a los trabajadores migratorios normalmente admitidos, toda vez que sujeta la asignación de éstos a la existencia de un contrato de trabajo. Dicho Convenio realizó un aporte importante al establecer las garantías mínimas contractuales que deben existir entre un empleador y un trabajador, entre ellas, la traducción del contrato a un idioma que el trabajador pueda comprender, la duración del contrato, el modo de renovación, el plazo para su terminación, forma en la que se sufragan los gastos, las condiciones de alojamiento, aspectos relacionados con el mantenimiento de la familia del trabajador. Se reconoce también la posibilidad de que si el trabajador no pudo obtener el empleo inicialmente previsto se pueda conseguir otro en condiciones similares. Si bien, el catálogo de derechos es avanzado para la época del Convenio (1939), el mismo no entró nunca en vigor.

Sobre el Convenio No. 97 basta con reiterar que el catálogo de derechos allí reconocido se aplica a los trabajadores que se encuentren legalmente en el territorio del Estado, de tal modo que respecto de estas personas podrá predicarse igualdad de trato en algunos aspectos respecto de los trabajadores nacionales (art.6). El Convenio No. 143 representa para la protección de los derechos de los trabajadores migratorios un cambio esencial al establecer que toda persona que se considere como tal podrá tener acceso a un catálogo de derechos

considerados como fundamentales y respecto de los cuales no se podrán efectuar diferenciaciones (art. 1), sin perjuicio de que los Estados puedan combatir la inmigración en circunstancias que transgredan las leyes internas (arts. 2 al 9). En este Convenio se pretende dar protección a los derechos de los trabajadores migratorios admitidos y se estimula la migración regular a partir del reconocimiento de un grupo amplio de derechos en favor de los trabajadores en situación jurídica de regularidad (arts. 10 al 14), normas que propenden por la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros.

Con la adopción y entrada en vigor de la CTMF, además de los derechos reconocidos a todos los trabajadores migrantes (Parte III), contiene un grupo de derechos más extenso a favor de los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias en situación jurídica de regularidad (Parte IV) como por ejemplo, derecho a ser informado sobre la situación migratoria, poder ausentarse temporalmente del lugar de trabajo en el Estado de empleo, libertad de circulación y de seleccionar residencia, participar en los asuntos públicos de su país de origen, derecho a la familia, derecho a elegir una actividad remunerada, la prohibición de que al trabajador migratorio le sea retirado su permiso de residencia por haber terminado su trabajo.

Entre tales derechos consideramos que reviste especial importancia el derecho a la libertad de circulación y de residencia (art.39), pues una vez que los trabajadores migratorios se encuentren autorizados a entrar y a permanecer o a trabajar, la CTMF permite que puedan seleccionar libremente su lugar de residencia y a moverse por el territorio del Estado de acogida sin restricción a menos que la Ley por ciertos motivos (seguridad nacional, orden público, salud y moral públicas, derechos y libertades de terceros) disponga limitaciones al ejercicio de tales derechos.

En el análisis realizado hemos puesto de manifiesto que respecto al derecho de entrada a un Estado la doctrina se encuentra dividida y algunos consideran que la inexistencia de este derecho desnaturaliza el derecho de salida, y en consecuencia lo torna incompleto. Sobre este aspecto, la reflexión sobre la existencia del *ius migrandi* cobra gran importancia dado que al parecer antiguamente se consideró que la facultad de las personas de moverse por cualquier territorio era un derecho humano, el cual fue muy útil en los procesos de conquista y colonización. Del estudio efectuado se puede inferir también que uno de los principales obstáculos para dar reconocimiento a este derecho es el pétreo concepto de nacionalidad y de extranjería y en su lugar, la tendencia a reconocer los derechos en función de esta condición por encima de la de ser humano.

Como refuerzo de lo anterior se encuentra la soberanía de los Estados para determinar los parámetros de adquisición y cese de la nacionalidad, y por exclusión, la determinación de persona extranjera. En este marco se estructura la política migratoria llegando a ser uno de los aspectos que escapa de la aplicación integral y verdaderamente universal de los derechos humanos.

Es importante retomar la disposición establecida por la CTMF en torno a la prohibición de que al trabajador migratorio le sea retirado su permiso de residencia por la terminación de su trabajo, en razón a que a partir de la existencia de esta norma podría llegar a hablarse de la existencia de un permiso para buscar empleo (art.49.2). La importancia de este derecho

consiste en que puede ser considerado como una buena práctica (según el lenguaje del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Informe, 2010), aspecto que sin lugar a dudas redundaría en la disminución de la inmigración en situación jurídica de irregularidad, y por su puesto en el riesgo de alta vulnerabilidad de estas personas.

Todo lo anterior nos permite concluir que los derechos de los extranjeros han ido en evolución, y que la CTMF puede ser calificada como un instrumento que evidencia ese desarrollo en favor de la protección de la persona.

La CTMF también reconoce el derecho a que los trabajadores migrantes en situación jurídica de regularidad y sus familias participen en los asuntos públicos de su país (arts. 41 y 42). Este derecho es consecuencia natural de que los derechos políticos son de la titularidad de los nacionales de los Estados, por lo que consideramos que la finalidad de la Convención es facilitar su ejercicio en el extranjero.

Así mismo, la CTMF protege a la familia del trabajador y favorecer su reunificación (art. 44). En torno a la protección de este derecho se puede encontrar una amplia e importante jurisprudencia, especialmente del TEDH, en la que la reagrupación de la familia de las personas extranjeras se ampara en algunos casos incluso por encima de las motivaciones de seguridad nacional y de orden público. Dado que en muchos supuestos este derecho se reconoce a los extranjeros que infringen la ley, podríamos afirmar que el estándar de protección regional europeo establecido por la jurisprudencia va un poco más allá que la propia CTMF (Caso *Nasri c. Francia*, *Moustaquim c. Bélgica*, entre otros citados en el capítulo VI).

También reconoce la CTMF el derecho a que los trabajadores migrantes en situación jurídica de regularidad elijan una actividad remunerada (art. 51). El derecho reconocido podemos considerarlo una estrategia para reducir la inmigración en situación jurídica de irregularidad toda vez que en el evento en el que un trabajador migrante pierda su empleo, no podrá quedar automáticamente en situación jurídica de irregularidad, ni perderá su derecho a la residencia, lo que le permitirá buscar empleo. El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes ha calificado este tipo de actuaciones como buenas prácticas en materia migratoria (Informe 2004).

En lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales la CTMF reconoce el acceso a la orientación profesional, enseñanza, la salud, la vivienda, al acceso a los planes sociales en condiciones de igualdad con los nacionales, siempre y cuando se dé cumplimiento a los requisitos que internamente puede establecer el Estado (art.43). Debe remarcarse que muchos de los derechos son reconocidos no sólo a los trabajadores migrantes, sino también a sus familiares, en condiciones de igualdad con los nacionales. Sin embargo, hay algunos que específicamente se reconocen a los familiares y entre ellos el acceso a las instituciones o servicios de enseñanza, orientación profesional y capacitación vocacional, acceso a los servicios sociales y de salud y al reconocimiento de la vida cultural y de su participación en ella (art.45).

Debemos agregar que otro de los derechos que constituye un avance en materia de protección de los familiares del trabajador migrante y que evidencia la prevalencia de la

noción de persona humana por encima de su estatus de extranjero, es que en caso de fallecimiento del trabajador migrante o de disolución del matrimonio dichas personas puedan permanecer en el Estado de acogida en aras de proteger la unidad familiar (art. 50).

## XII

Hemos considerado de utilidad estudiar de forma específica la normativa de la Unión Europea en el capítulo VI, toda vez que gran parte de sus disposiciones se aplican a los extranjeros de terceros Estados que se encuentren en situación jurídica de regularidad, en razón a ello en los demás capítulos se observa que solamente se hace puntuales referencias a la CDFUE, sin profundizar demasiados aspectos.

Si bien es cierto que la CDFUE reconoce un grupo de derechos a todas las personas, incluidos los nacionales de terceros países en cualquier situación jurídica (en situación jurídica de regularidad e irregularidad) (art.1-15-1), este catálogo es limitado. Sin embargo los nacionales de terceros países que están autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen reconocidas condiciones laborales equivalentes a las de los ciudadanos de la Unión (art.15.3). En virtud de esta disposiciones consideramos que esta norma garantiza un estándar de protección menor que el previsto en la CTMF (art.25), toda vez que la Convención una vez constituida la relación laboral el trabajador podrá disfrutar de igualdad de condiciones en el trabajo, y este reconocimiento no se encuentra sujeto a su situación administrativa, es decir a la regularidad o a la irregularidad.

En el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia, la UE a través de su política de control de fronteras, asilo e inmigración busca ejercer un control efectivo de entrada de personas pertenecientes a terceros Estados y erradicar los flujos migratorios irregulares. En pro del fortalecimiento de la migración en condiciones de regularidad, pudimos identificar Reglamentos (493/2011, de 5 de abril de 2011, 568/2006 (CE) de 15 de marzo, 1030/2002 (CE), de 13 de junio de 2002, y 2007/2004 de 26 de octubre, modificado por el Reglamento 2414/2001, de 7 de diciembre, y por el 453/2003 de 6 de marzo), en los que se busca consolidar un Código Comunitario para cruce de fronteras, se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países, se crea la Agencia Europea para la gestión y cooperación operativa de las fronteras exteriores (FRONTEX).

Así mismo, este cuerpo normativo cuenta con Directivas en las que se desarrollan temas como el marco general para la igualdad de trato en el empleo y ocupación (Directiva 2000/78/CE), reagrupación familiar (Directiva 2003/86/CE), reconocimiento de derechos para los nacionales de terceros países de larga duración (Directiva 2003/109/CE), permiso de residencia a los nacionales de terceros países que hayan sido víctimas de trata y cooperen con las autoridades europeas (Directiva 2004/81/CE), procedimiento único para la solicitud de un permiso de residencia y de trabajo para los nacionales de terceros países (Directiva 2011/98/CE). Todas estas normas reconocen beneficios a los extranjeros que ingresan y permanezcan el territorio de los Estados miembros en situación jurídica de regularidad.

Sorprende que en la UE si bien se busca reconocer una aparente igualdad de trato a los trabajadores de terceros Estados en situación jurídica de regularidad, se establezcan a su

vez tantas limitaciones al ejercicio de tales derechos, las cuales estarán supeditadas a las normas de cada uno de los Estados Miembros de esta Organización de integración. Por ello consideramos que con la inclusión de las restricciones a los derechos de los trabajadores en situación jurídica de regularidad pareciere que también se busca desestimular la migración que se produce en condiciones de regularidad y parece alejarse de los propósitos de la CDFUE, y también de los lineamientos del CEDH, e incluso de los instrumentos del sistema universal.

Lo anterior nos permitió comprender el porqué de la resistencia de los Estados de la UE a ser Parte en la CTMF, pues si causa algo de prevención lograr una aproximación cada vez mayor a la equiparación de derechos entre trabajadores migrantes en situación jurídica de regularidad y nacionales de los Estados miembros, más aún sucederá con “todos” los trabajadores migrantes, pues de conformidad con la Convención también habrá que considerar a aquellos en situación jurídica de irregularidad.



## FUENTES UTILIZADAS

### I. BIBLIOGRAFÍA

#### A. Monografías y Manuales

AJÁ FRANCECS, E, CARBONELL I, FUNES, I.: *La inmigración extranjera en España: los retos educativos*, Fundación la Caixa, 1990.

ALEINIKOF, T.A. y CHETAİL V.: *International Migration law: developing paradigms and key Challenges*, Organización Internacional para las Migraciones, Ginebra, 2007.

ALEGRE MARTÍNEZ, M.A.: *Escritos sobre derecho Europeo de Derechos Sociales*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2004.

ARGEREY VILLAR, Patricia y otros, *El fenómeno de la inmigración en Europa, perspectivas jurídicas y económicas*, Dykinson, Madrid, 2005.

AVISHAI, M.: *La sociedad decente*, Paidós, Barcelona, 1997.

BARTOLE, S, CONFORTI, B, RAIMONDI, G.: *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle liberta fondamentali*, Cedam, Padova, 2001.

BONET, PÉREZ J.: *Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigrantes: un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español*, Cuadernos Deusto No.22, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003.

BROCHMANN, G, HAMMAR, T.: *Mechanism of immigration control: a comparative analysis of the European Regulation Policies*, Oxford, New York, 2009.

BUERGENTHAL, T, GROSSMAN, C, NIKKEN, P.: *Manual Internacional de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1990.

CALAVITA, K.: *Immigrants at the margins: law, race, and exclusion in southern Europe*, Ed. Cambridge University Press. New York, 2005.

CANÇADO TRINDADE, A.A.: *Fundamentos Jurídicos dos Direitos Humanos*, Ed. Faculdade de Direito da UFMG”, Belo Horizonte, 1969.

CARRILLO SALCEDO, J.A.: *Dignidad frente a la barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Mínima Trotta, Madrid, 1999.

\_\_\_\_\_ : *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003.

\_\_\_\_\_ : *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, segunda edición, Tecnos, Madrid, 2001.

CASANOVAS Y LA ROSA, O.: *Casos y Textos de Derecho Internacional Público*, Tecnos, 4 Ed., Madrid, 2005.

CASSESE, A.: *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Ariel, Barcelona, 1993.

CHOLEWISNKI, R.: *“Migrant Workers in the International Human Rights Law, Their Protection in Countries of Employment*, Claredon Press, Oxford, 1997.

CHUECA SANCHO, A.: *La expulsión de los extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos*, Egido Editorial, Zaragoza, 1998.

DE KONINCK, T.: *De la dignidad humana*, Dykinson -Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, 2006.

DE VISSCHER, C.: *Teorías y realidades en Derecho Internacional*, trad. P. Sancho, Bosch, Barcelona, 1962.

DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, décimo cuarta edición, Tecnos, Madrid, 2003.

DOÑA REVENCA, C.: *Breve reseña y análisis de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias*, Documento de trabajo 001, OIM, Chile, 2003,

DUPUY, P.M.: *Droit International Public*, 4 ed., Dalloz-Sirey, Paris, 2006.

ESPADA RAMOS.M.L.: *“¿Europa, ciudad abierta? La inmigración y el asilo en la Unión Europea*, Instituto Municipal de formación y empleo, Ayuntamiento de Granada, Granada, 1997.

FAÚNDEZ LEDESMA, H.: *El sistema de Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Tercera edición, Costa Rica, 2004.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C, y QUEL LÓPEZ, F.J. *La lucha contra la tortura (aspectos de Derecho Internacional y de Derecho Interno Español)*, HAEE/IVAP, Oñati, 1991.

FERNÁNDEZ, E.: *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Madrid, 2002.

FERNÁNDEZ SOLA, N.: *La Protección Internacional de los Derechos del Niño*, Colección Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: *“Derecho Comunitario de la inmigración”*, Atelier, Barcelona, 2006.

GARCÍA R, A.: *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

GARCÍA RAMÍREZ, S.: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Porrúa, México D.F, 2007.

GARITAGOITIA GUÍA, J.R.: *Dignidad de la persona y sus derechos fundamentales en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea*, Temas del senado, Madrid, 2009.

GLOVER, S.: *Migration: an economic and social analysis*, Home Office, RDS, occasional Paper No. 67, Londres, 2001.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *Annuaire*, Vol. 63-II, Pedone, Paris, pp.338-345.

MÁRMORA, L.: *Las políticas de migraciones internacionales*, Alianza Editorial, Buenos Aires, 1997.

MÁRQUEZ CARRASCO, C.: *Logros y desafíos en el 60 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2008.

MÉDA, D.: *El trabajo un valor en peligro de extinción*, Gedisa editorial, Barcelona, 1998.

LEVAGGI, V.: *Democracia y trabajo decente en América Latina, Organización internacional del Trabajo, Oficina Regional para América Latina y el Caribe*, Lima, 2006, disponible en <http://www.oit.org.pe>.

LUGO RODRÍGUEZ, C.B.: *La Convención Internacional para la Protección de los Derechos de los Trabajadores migratorios y de sus familiares y la Unión Europea*, Ed. Universidad de Salamanca, Colección de tesis de doctorado, Salamanca, 2006.

NIETO NAVIA, R.: *Introducción al sistema interamericano de protección a los derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Temis, Bogotá, 1993.

NIKKEN, P.: *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Civitas, Madrid, 1987.

ORAÁ, J, GÓMEZ ISA, F.: *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, Publicaciones Deusto, Bilbao, 2002.

PAJA BURGOA, J.A.: *La Convención de los Derechos del Niño*, Tecnos, Madrid, 1998.

PASTOR RIDRUEJO, J.A.: *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones Internacionales*, Madrid, 2003.

PECES BARBA, G.: *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, Dykinson-Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, 2003.

PÉREZ LUÑO, A.E. *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, Madrid, 2007.

PIORE, M.: *Bird of Passage, Migrant labor and industrial societies*, Cambridge University Press, New York, 1979.

PUREZA, J.M.: *El patrimonio común de la humanidad: ¿hacia un derecho internacional de la solidaridad?*, Trotta, Madrid, 2002.

QUESADA, JIMENA: *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2007, pp. 3-9. Archivo electrónico [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Espasa, Madrid, 2006.

RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.: *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, 5 Edición, Madrid, 2004.

SALADO OSUNA, A.: *Textos básicos de Naciones Unidas: relativos a derechos humanos y estudio preliminar*, 2ª edición, Secretariado de Publicaciones Universidad de Sevilla, Sevilla, 2004.

\_\_\_\_\_.: *La pena de muerte en el derecho internacional: una excepción del derecho a la vida*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999.

\_\_\_\_\_.: *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2004.

SALMÓN, E.: *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tomo I, Los derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pontificia Universidad Católica del Perú, GTZ, Lima, 2010.

SEN, AMARTYA: *“Desarrollo y Libertad”*, Planeta, Madrid, 2004.

TRUYOL Y SERRA, A.: *Los Derechos Humanos*, Tecnos, 1982.

VARONA MARTÍNEZ, G.: *La inmigración irregular: derechos y deberes humanos*, colección de derechos humanos Francisco de Vitoria, Ed. Ararteko, Guipúzcoa, 1993.

VILLÁN DURÁN, C.: *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Trotta, 2006.

YEPES HERRERA, J.M.: *Derecho Internacional Americano*, Universidad Javeriana, Bogotá, (inédito).

ZANOBETTI, A.: *Il Diritto internazionale del lavoro. Norme Universali, regionali e comunitarie*, Patrón, Bologna, 2005.

## **B. Obras Colectivas**

AGUELO NAVARRO, P.: “Derechos y libertades de los extranjeros”, en *La globalización y los derechos humanos: IV Jornadas Internacionales de Derechos Humanos*, Talasa Editores, Sevilla, 2003, Talasa Ediciones, Madrid, 2004, pp. 90 - 102.

ÁLVAREZ MOLINERO, N.: “La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial”, en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, (F. Gómez Isa. Dir.), Humanitarian Net, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, pp. 215 - 241.

ANSAY, T.: “Legal problems of migrant workers”, en *Recueil des cours de l’Academie de droit international*, vol. II, tomo 156, 1977, pp. 7- 75.

AZURMENDI, M.: “La protección internacional de los derechos humanos en el caso de los inmigrantes”, en *Estudios sobre derecho de extranjería*, (E. Álvarez Conde, E. Pérez Martín. Coords.), Universidad Rey Juan Carlos, Instituto de Derecho Público, 2005, Madrid, pp. 249-260.

BARBERIS, J.A.: “Una reflexión sobre el artículo 1, inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Hector Gros Espiell, Liber Amicorum*, Vol. I, Bruylant, Bruselas, 1997, pp. 79- 113.

BETTEN, L.: “Prospects for a social Policy of the European Community and its impact on the functioning of the European Social Charter”, en *The future of the European Social Policy* (L. Better and D.Harris. Dirs.), Kluwer Law an Taxation, Deventer, 1989, pp. 101-141.

BLANC ALTEMIR, A.: “Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal”, en *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, (A. Blanc Altemir. Coord.), Tecnos, Madrid, 2001, pp. 13 - 36.

BONDÍA GARCÍA, D, Y BONET PÉREZ, J.: “La Carta Social Europea”, en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, (F. Gómez Isa, Dir. ) Humanitarian Net, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, pp. 441 – 480.

BONET, PÉREZ J.: “La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, en *Un mundo sin desarraigo: El derecho Internacional de las Migraciones*, (F. Mariño Menéndez, Coord.), Catarata, Madrid, 2006. pp. 16-27.

\_\_\_\_\_ : “Los Convenios Internacionales aplicables a la regulación jurídica de las migraciones y el régimen jurídico de extranjería”, en *Inmigración, Estado y Derecho, perspectivas desde el siglo XXI*, (M. Balado Ruiz-Gallegos. Dir.), Bosch, Barcelona, 2008, pp. 731 - 752.

BOUTROS-GHALI, B.: “Introduction”, en *Les Nations Unies et les droits de l’homme 1945-1999*, Naciones Unidas, Nueva York, pp. 3-7

BRÜCKER, H, EPSTEIN, G, y Otros. : “Managing migration in the Welfare State”, en: *Immigration policy and the Welfare State* (T. Boeri, G. Hanson y B. McCormick dirs.), Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 143-150.

BUNCH, C.: “Transforming Human Rights from a feminist Perspective”, en *Women’s Rights, Human Rights* (J. Peters and A. Wolper. Eds.), Routledge, New York, 1995, pp. 12-23.

CANÇADO TRINDADE, A.A.: “O legado da Declaração Universal de 1948 e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos”, en *O Direito Internacional em um mundo em transformação (ensaios, 1976-2001)*, Renovar, Rio de Janeiro, 2002, pp. 627 y 670.

\_\_\_\_\_ : “La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales en el final del siglo”, en *El Derecho Internacional en un mundo en transformación: Liber amicorum homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, (M. Rama Montaldo. Dir.) Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1994, pp. 345 - 363.

\_\_\_\_\_ : “El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos (1948-2002)”, en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, (F. Gómez Isa. Dir.), Humanitarian Net, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, pp. 549, 591.

\_\_\_\_\_ : “Reflexiones sobre el desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal”, en *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI* (A.A. Cançado Trindade, y J.Ruiz de Santiago, Eds.) 2 ed. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica, 2003, pp. 23-82.

CARMONA CUENCA, E.: “La prohibición de discriminación: nuevos contenidos”, en *La Europa de los Derechos, El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, (J. García Roca, P. Santolaya. Coords.), segunda edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 733 - 764.

CARMONA LUQUE, M.R.: “La no discriminación como principio rector de la Convención sobre los Derechos de los Niños”, en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. IV, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao, 2003, pp. 173- 187.

CARRILLO SALCEDO, J.A.: “Influencia de los derechos humanos en la consolidación de los principios generales del derecho internacional”, en *El Derecho Internacional: normas, hechos y valores, Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, (R. Bermejo García y otros, Coords.), Servicio de publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2005, pp. 75-84. \_\_\_\_\_ : “Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: homenaje al profesor M. Diez de Velasco*, (M. Pérez González, L. I. Sánchez Rodríguez, J.C. Fernández Rozas, O. Casanovas, V. Abellán. Com. Organizadora), Tecnos, Madrid, 1993, pp. 167- 178.

\_\_\_\_\_ : “Prólogo”, *Logros y desafíos en el 60 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, (C. Márquez Carrasco, Aut.), Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Bilbao, 2009, pp. 15-17.

\_\_\_\_\_ : “El Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, (F. Gómez Isa, Dir.) Humanitarian Net, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, pp. 395 – 440.

\_\_\_\_\_ :” El proceso de internacionalización de los derechos humanos, el fin del mito de la soberanía nacional (II) plano regional: El Sistema de Protección instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*, Seminario Conmemorativo del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 47-76.

CHARLESWORTH, H.: “Human Rights, Mens Rights”, en *Women’s Rights, Human Rights: International feminist Perspectives*, (J. Peters and A. Wolper. Eds.), Routledge, New York, 1995 pp. 100-140.

CHUECA SANCHO, A.: “El *ius migrandi* en el Derecho Internacional de las migraciones”, en *Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas desde el siglo XXI*, (M. Balado Ruiz Gallegos. Coord.), Bosch, Barcelona, 2008, pp. 753-778.

\_\_\_\_\_ : “Un derecho migratorio europeo cada día más incompatible con el derecho internacional de los derechos humanos” en *Derechos Humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*, (A. Chueca Sancho. Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 135- 157.

\_\_\_\_\_ : “Los derechos humanos de los extranjeros en Europa: entre el respeto y la discriminación”, en *La inmigración una realidad en España*, Seminario de Investigación para la paz, Centro Pignatelli (Ed.), Diputación General de Aragón, 2002, pp. 237- 261.

\_\_\_\_\_ : “La protección de los derechos de los migrantes en España: entre mitos y derechos humanos”, en *Los derechos humanos aquí y ahora: 60 años después de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, (A. Salado Osuna. Coord.), Ministerio de Asuntos Exteriores, Egrafe, 2008, pp. 105-121.

\_\_\_\_\_ : “La política de inmigración de la UE en el mediterráneo o el síndrome de las tres R”, en *Las migraciones internacionales en el mediterráneo y en la Unión Europea*, (A.G. Chueca Sancho, V.L. Gutiérrez Castillo, I. Blázquez Rodríguez, Coord.), Huygens, Barcelona, 2009, pp. 23-45

CUBÍAS MEDINA, A.E.: “Convención Internacional de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares y su importancia para la población salvadoreña”, en *Un mundo sin desarraigo: el Derecho Internacional de las migraciones*, (F. Mariño Menéndez. Coord.), Catarata, Madrid, 2006, pp. 57- 89.

DE LA SERNA SANDOVAL, C.: “El internamiento preventivo de migrantes irregulares en la Unión Europea: análisis desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos”, en *Paz, Migraciones y libre determinación de los pueblos*, (C. Villán Durán, C. Faleh Pérez. Eds.), Asociación española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Asturias, 2012, pp. 55-81.

DE LUCAS MARTÍN, J: “El marco jurídico internacional de las migraciones algunas consideraciones sobre la protección de los derechos humanos de los inmigrantes: acerca del derecho a ser inmigrante”, en *Un mundo sin desarraigo el Derecho Internacional de las migraciones*, (F. Mariño Menéndez, Coord.), Catarata, 2006, Madrid, 2006, pp. 29-56.

DEL VALLE GÁLVEZ, A.: “El frágil estatuto internacional y europeo del inmigrante irregular”, en *Inmigración irregular y derecho*, VII Jornadas autonómicas de Derecho Internacional Humanitario, (A. Del Valle Gálvez y M.A. Acosta Sánchez, Eds.), Universidad de Cádiz, Cádiz, 2005, pp. 137-150.

DÍAZ BARRADO, C.M.: “La Carta Social Europea: un instrumento válido para el desarrollo de los derechos sociales en Europa”, en *Política Social internacional y europea*, (F.M. Mariño Menéndez y C. Fernández Liesa. Dir. y Coord.), Universidad Carlos III, Instituto Francisco de Vitoria, Cátedra Concepción Arenal, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1996, pp. 231-250.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C.: “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, (C. Fernández De Casadevante Romani, Coord.) Tercera Edición, Editorial Dilex S.L, Madrid, 2007, pp. 67-98.

\_\_\_\_\_ : “Régimen Jurídico Internacional de Lucha contra la Tortura”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, (C. Fernández de Casadevante Romani. Coord.), Dilex, Madrid, 2007, pp. 313 – 352.

\_\_\_\_\_ : “Régimen Jurídico Internacional de la lucha contra la Discriminación Racial”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, (C. Fernández de Casadevante Romani. Coord.), Dilex, Madrid, 2007 pp. 295-312.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: “El alcance de las obligaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, (J. García Roca y P. Santolaya. Coords.) Segunda edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009 pp. 55, 71.

\_\_\_\_\_ : “El control de la inmigración ilegal en las fronteras de la Unión Europea”, en *Las migraciones internacionales en el mediterráneo y Unión Europea*, (A. G. Chueca Sancho, V.L. Gutiérrez Castillo, I. Blázquez Rodríguez. Coords.) Huygens editorial, Barcelona, 2009, pp. 165 - 196.

FERNÁNDEZ SEGADO F.: “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *El principio de igualdad en la Constitución Española: XI Jornadas de Estudio*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 777-836.

FERNÁNDEZ TOMÁS, A. F.: “La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea un nuevo hito en el camino de la protección”, en *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, (Z. Drnas de Clément. Coord.), Drnas- Lernes, Buenos Aires, 2002, pp. 959-984.

GARCÍA ROCA, J.: “El preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: un instrumento constitucional del orden público europeo”, en *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, (J. García Roca y P. Santolaya. Coords.) Segunda edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 25-53.

GIOVANETTI RAMOS, A.: “Inmigrantes en situación irregular y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM)”, en *Derechos Humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*, (A.G. Chueca Sancho. Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 97-111.

GÓMEZ ISA, F.: “La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo”, en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, (F. Gómez Isa, Dir.) Humanitarian Net, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003 pp.279 - 308.

\_\_\_\_\_ : “La Declaración Universal de Derechos Humanos: algunas reflexiones en torno a su génesis y contenido”, en *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su cincuenta aniversario: un estudio interdisciplinar*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, pp. 15-92.

\_\_\_\_\_ : “La protección internacional de los derechos humanos”, en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, (F. Gómez Isa, Dir.), Humanitarian Net, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, pp. 34, 169.

GROSSMAN, C.: “Reflexiones sobre el Sistema Interamericano de protección y promoción de los derechos humanos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Edición conmemorativa de los quince años de la instalación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de los veinticinco de la firma del Pacto de San José de Costa Rica y de los treinta y cinco de la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, (R. Nieto Navia Ed.), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, noviembre, 1994, pp. 245- 262.

GROS ESPIELL, H.: “Derechos humanos y migraciones”, en *Migraciones y Desarrollo*, II Jornadas Iberoamericanas de estudios internacionales, (F. Aldecoa Luzárraga, J.M. Sobrino Heredia, Coords.) Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, pp.39-48.

\_\_\_\_\_ : “Derechos Humanos, Derecho Internacional y Política Internacional”, en *Estudios sobre Derechos Humanos*, volumen I, (H. Gros Espiell. Ed.), Instituto Interamericano de Derechos Humanos- IIDH, Caracas, 1985, pp. 9-47.

IZQUIERDO, C., y TORRECUADRADA, S.: “La regulación internacional de los flujos migratorios”, en *Ciudadanía e Inmigración*, *Monografías de la Revista Aragonesa de*



*Administración Pública IV*, (L. Pomed Sánchez y F. Velasco Caballero. Eds), Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2003, pp.37-74.

JASTRAM, K.: “Family Unity”, en *Migration and International Legal Norms*, (A. T. Aleinikoff y V. Chetail. eds.), La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, pp. 555-576.

JIMÉNEZ GARCÍA, F.: “El Sistema Europeo de protección de los derechos humanos: el Consejo de Europa y la Carta Social”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, (C. Fernández de Casadevante Romani. Coord.), Dilex, Madrid, 2007, pp. 221- 253.

JIMENEZ PIERNAS, C.: “La política y legislación española sobre extranjería e inmigración y su conformidad con el derecho europeo e internacional en la materia”, en *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, (Z. Dranas de Clement. Coord), Tomo II, Dranas Lerner editores, Buenos Aires, 2002, pp. 893-924.

JUSTE RUIZ, J.: “Inmigración, nacionalidad y extranjería: el marco jurídico internacional”, en *Estudios sobre derecho de extranjería*, (E. Álvarez Conde, E. Pérez Martín, Coord.) Universidad Rey Juan Carlos, Instituto de Derecho Público, Madrid, 2005, pp. 297-324.

KARIYAWASAM, P.: “La Convención de las Naciones Unidas sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, en *Un mundo sin desarraigo: el Derecho Internacional de las Migraciones*, (F. M. Mariño Menéndez, coord.) Catarata, 2006, pp. 16-28.

KOMMERS D.: “Inmigration”, en *Encyclopedia of Public International Law*, (Bernhardt ed.), Instalment No. 8, Nord Holland, 1985, pp. 308-311.

LASCARIS, C.: “El comportamiento fraternal en la Declaración”, en *Asociación Costarricense pro Naciones Unidas: La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Comentarios y texto*. Ediciones Juricentro, San José de Costa Rica, 1979, pp. 200- 212.

LIRORA DELGADO, I.: “La inmigración en los acuerdos de asociación entre la Unión Europea y América Latina: el necesario ajuste del marco jurídico a la realidad”, en *Migraciones y Desarrollo: II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales*, (F. Aldecoa Luzárraga y J.M. Sobrino Heredia, Coords.), Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 433-444.

MAGALLÓN, C.: “Los derechos humanos desde el género”, en *Los derechos humanos: camino hacia la paz*, (Centro Pignatelli. Ed.) , Diputación General de Aragón-Seminario de Investigación para la Paz, Zaragoza, 1997, pp. 247-268.

MARIÑO MENÉNDEZ, F.M.: “La Convención contra la Tortura”, en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, (F. Gómez Isa, Dir.) Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, pp. 243 - 277.

\_\_\_\_\_ : “Los Derechos de los extranjeros en el derecho internacional”, en *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, (F. Mariño Menéndez y otros, Eds.), Ministerio de Asuntos Sociales, INSERSO, Madrid, 1995, pp. 111-125.

MARTESON, J.: “The preamble of the Universal Declaration of Human Rights and the United Nations Human Rights Programme”, en *The Universal Declaration of Human Rights: a*

commentary (A. Eide, G. Alfredsson, A. Rosas. Eds.) Scandinavian University Press, Oslo, 1993, pp. 17-28.

MÉNDEZ SILVA, R.: “Derechos humanos y migración”, en *Migraciones y desarrollo, II jornadas iberoamericanas de Estudios Internacionales* (F. Aldecoa Luzárraga, J. M. Sobrino Heredia, Coords.) Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 67-70

MEZIOU, K.: “Migrations et relations familiales”, en *Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Tome 345 de la Collection, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2009, pp. 21- 85.

MILA MORENO, J.: “Pacto Internacional de derechos civiles y políticos”, en *La protección internacional de los derechos humanos en el siglo XXI* (F. Gómez Isa, Dir.), Universidad de Deusto, Bilbao, 2003 pp. 185- 213.

MONROY CABRA, M.G.: “Derechos y deberes consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, en *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, Washington, 2006, pp.33-74.

NOWAK, M.: “El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos”, en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI* (F. Gómez Isa. Dir.), Humanitarian Net, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003 pp. 161-184.

OLESTI RAYO, A.: “La inmigración irregular y el control de los flujos migratorios en la Unión Europea”, en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, (A. Salinas de Frías, M. Vargas Gómez-Urrutía. Coords.), Servicio de Publicaciones Universidad de Córdoba, Secretariado de Publicaciones Universidad de Sevilla, Servicio de Publicaciones Universidad de Málaga, Sevilla, 2005, pp. 943-964.

OREJA AGUIRRE, M.: “Un proyecto social para Europa: la contribución del Consejo de Europa”, en *La Carta Social Europea desde la perspectiva de la Europa social del año 2000*, Acta del Coloquio conmemorativo del XXV Aniversario de la Carta Social Europea (M. Lezertúa y J. Vida Soria. Eds.) Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989, pp. 42,52.

PASTOR RIDRUEJO, J.A.: “La protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas: aspectos humanitarios y políticos”, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1989*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Vitoria, 1989, pp. 15-46.

\_\_\_\_\_: “Los derechos de emigrantes en el sistema de la Convención Europea de Derechos Humanos”, en *Migraciones y Desarrollo: II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales*, (F. Aldecoa Luzárraga, J.M. Sobrino Heredia. Coords.), Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 33-38.

PÉREZ GONZALEZ, C.: “El codesarrollo como elemento de la cooperación en materia migratoria en el espacio iberoamericano”, en *Migraciones y desarrollo: II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales*, (F. Aldecoa Luzárraga, J.M. Sobrino Heredia. Coords.), Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 273-284.

PONS RAFOLS, X.: “La adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, en *La Declaración Universal de los Derechos Humanos: comentario artículo por artículos*, (X. Pons Rafols. Coord.), Asociación para las Naciones Unidas en España, Barcelona, Icaria Antrazyt, Barcelona, pp. 27-39.

QUINDIMIL LÓPEZ, J.A.: “El viraje de la integración hacia el ser humano y la incardinación de las migraciones en el objetivo último del desarrollo social en América Latina y el Caribe”, en *Migraciones y Desarrollo: II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales*, (F. Aldecoa Luzárraga, J.M. Sobrino Heredia. Coords.), Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 445-456.

RECIO M, E.: “Origen, significado y resultados de los flujos migratorios masivos por motivos económicos en el mundo actual”, en *Migraciones económicas masivas y derechos del hombre*, (A. Marzal, y otros), Bosch Editor, Barcelona, 2002, pp. 19-41.

RODERA RANZ, S.: “La labor de la Organización de las Naciones Unidas en la protección internacional de los derechos humanos de los migrantes en situación irregular: de la Declaración Universal de los Derechos Humanos a la Convención sobre los derechos de los trabajadores migratorios”, en *Derechos humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*, (A. Chueca Sancho, Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 113-132.

RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, C.: “Análisis crítico de la Normativa internacional de protección de los trabajadores migrantes: el papel de la OIT”, en *Migraciones y Desarrollo: II Iberoamericanas de estudios internacionales*, (F. Aldecoa Luzárraga. J.M. Sobrino Heredia. Coords), Marcial Pons, Barcelona, 2007, pp. 127 - 136.

RODRÍGUEZ MANZANO, I.: “La transformación de los flujos migratorios internacionales: remesas y desarrollo en América Latina y el Caribe”, en *Migraciones y desarrollo, II jornadas iberoamericanas de Estudios Internacionales*, (F. Aldecoa Luzárraga, J.M. Sobrino Heredia, Coords.), Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 285-302.

SALADO OSUNA, A.: “La contribución de las Naciones Unidas a la Humanización del Derecho Internacional”, en *La ONU, 50 años después*, (P.A. Fernández Sánchez. Coord.) Comité Nacional Español para el cincuentenario de las Naciones Unidas, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1998, pp. 129-150.

\_\_\_\_\_: “La protección Internacional de los derechos humanos”, en *Diccionario crítico de los derechos humanos* (R. Soriano Díaz, C. Alarcón Cabrera y J. Mora Molina, Dir.) Universidad Internacional de Andalucía, 2000, pp.211-221.

\_\_\_\_\_: “Derechos económicos, sociales y culturales: derecho a un nivel de vida adecuado”, en *Los Derechos Humanos aquí y ahora: 60 años después de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, (A. Salado Osuna, Coord.), Federación de Asociaciones de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, Sevilla, 2008, pp. 61-83.

\_\_\_\_\_: “Tortura y otros tratos prohibidos por el Convenio (art.3 CEDH)”, en *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, (J. García Roca y P. Santolaya. Coords.) Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Segunda Edición, Madrid, 2009, pp. 107-144.

\_\_\_\_\_: “La Convención sobre los derechos del niño. Las obligaciones asumidas por los Estados Partes”, en *Los derechos de la infancia y de la adolescencia*. (M. Calvo Ortega y N. Fernández Sola, Coords.) Mira editores, Zaragoza, 2000, pp. 19-60.

\_\_\_\_\_ : “La Universalidad de los Derechos Humanos en el Consejo de Europa”, en *La Obra jurídica del Consejo de Europa, en conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa*, (P.A. Fernández Sánchez, Ed.) Gandulfo Ediciones, Sevilla, 2010, pp. 229-262.

SALVIOLI, F.O.: “El Aporte de la Declaración Americana de 1948, para la protección internacional de los derechos humanos”, en *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, memoria de seminario, Tomo I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, USAID, San José de Costa Rica, 2001, pp.1-16.

SAURA ESTAPÁ, J.: “El sistema de Naciones Unidas de protección de derechos humanos”, en *Los derechos humanos en el siglo XXI continuidad y cambios* (J. Bonet Pérez y V. M. Sánchez, Dirs.) Huygens editorial, Barcelona, 2008, pp. 183-218.

\_\_\_\_\_ : “La Universalización de los derechos humanos”, en *Los derechos humanos en el siglo XXI continuidad y cambios*, (J. Bonet Pérez y V. M. Sánchez, Dirs.) Huygens editorial, Barcelona, 2008, pp. 103-136.

SERNA, P.: “La dignidad humana en la Constitución Europea”, en *Comentarios a la Constitución Europea*, Libro II, (E. Álvarez Conde, V. Garrido Mayol. Coords.) Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 191-240.

SOROETA LICERAS, J.: “Los Derechos del Niño”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (C. Fernández de Casadevante Romani. Coord), Dilex, 2 edición, Madrid, 2007, pp. 451-474.

TERRÁDEZ SALOM, D.: “La inmigración irregular en el contexto normativo del Consejo de Europa”, en *Derechos Humanos, Inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*, (A. Chueca Sancho. Dir), Lex Nova, Valladolid, 2010 pp. 159-170.

VANHEULE, D.: “The International Convention on the protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families”, en *International Human Rights Law in a global Context*, (F. Gómez Isa y K. de Feyter, Eds.), University of Deusto, Bilbao, 2009, pp. 473 - 494.

VARLEZ, L.: “Les migrations internationales et leur réglementation” en *Académie de Droit International*, Tome 20 de la collection, Tomo V, Librairie Hachette, Paris, 1929, pp. 169 - 344.

VEDROSS, A.: “Regles generals sur le traitement des etrangers: Admis dans le terroire d’un etat”, en *Recueil des cours, Académie de droit International*, No. 37 de la collection, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1931, pp. 348-388.

VERNET I LLOBET, J y ROMÁN MARTÍN L, “Artículo 23”, en *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*, comentario artículo por artículo”, (X. Pons Rafols, Coord.), Icaria, Barcelona, 1998. pp. 375, 391

VILLÁN DURÁN, C.: “La Declaración Universal de Derechos Humanos en la práctica de las Naciones Unidas”, en *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, (A. BlancAltemir. Ed.), Tecnos, Madrid, 2001, pp. 51 - 62.

WEIS, P.: “Emigration”, en *Encyclopedia of the Public International Law*, Tomo 8, 1985, pp. 174 - 177.

### C. Artículos en Revistas

ACKERMAN, S.: “Torture and Other Forms of Cruel and Unusual Punishment in international Law”, en *Vanderbilt Journal of Transitional Law*, Vol. 11, 1978, pp. 653-703.

AGUELO NAVARRO, P. y CHUECA SANCHO A.: “Directiva de retorno. Directiva de la expulsión”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 18, julio de 2008, Lex Nova, Valladolid, pp. 121-165.

AKANDJI-JOMBRE, F.: “La Carta Social Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos: perspectiva para la próxima década” en *Revista de Derecho Político (UNED)*, No. 67, 2006, pp. 385- 408.

BOSNIAK, L.: “Human Rights, State Sovereignty and the protection of Undocumented Migrants under the international Migrant Workers Convention International”, en *Migration Review*, Vol. 25, No. 4, Special Issue, The Center for Migration Studies of New York, New York, 2010, pp. 737 - 770.

BONINI, D. y NASCIMBENE, B.: “Norme Internazionali in materia di immigrazione: la Convenzione n. 143 dell’ OIL e i migranti illegali”, en *Assistenza Sociale*, 1992, I, pp. 323-350.

CANÇADO TRINDADE, A.A.: “Reflexiones sobre las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos de 1948 con ocasión a su cuadragésimo aniversario”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, número especial, San José de Costa Rica, mayo de 1989, pp. 121-162.

\_\_\_\_\_ : “Le Déracinement et la protection des migrants dans le droit international des droits de l’homme” en *Revue Trimestrielle des droits de l’homme*, No. 74, Bruxelles, abril de 2008, pp. 289-328.

CARRILLO SALCEDO, J.A.: “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, enero-junio 2001, pp. 7-26.

\_\_\_\_\_ : “Una mirada retrospectiva respecto del significado de la Carta de las Naciones Unidas en el desarrollo histórico del Derecho Internacional”, en *Crónica Jurídica Hispalense*, No. 1, 2003, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 183-194.

CHALOFF, J. “The impact of the economic crisis on migration and labour market outcomes of immigrants in OCDE countries”, disponible en la biblioteca de la OIT, [http://www.ilo.org/public/libdoc/electronic\\_articles/2012/470475.pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/electronic_articles/2012/470475.pdf)

CHANET, C.: “La Convención des Nations Unies contre le torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants”, en *AFDI (Ciudad)*, vol. 30, 1984, pp. 625-636.

CHUECA SANCHO, A.: “Un análisis de las migraciones internacionales a través de cinco mitos”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No.9, julio de 2005, Lex Nova, Valladolid, pp. 43-63.

\_\_\_\_\_ : “La Convención sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 10, noviembre de 2005, Lex Nova, Valladolid, pp. 117-126.

\_\_\_\_\_ : “Los derechos fundamentales en la constitución para Europa: las principales carencias de su constitucionalización”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea. La Constitución de la Unión Europea*, No. 8, I- semestre, 2005, Colex, Madrid, pp. 85-102.

\_\_\_\_\_ : “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados: la OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 4, 2003, Lex Nova, Valladolid, pp. 303- 308.

CHUECA SANCHO, A, y AGUELO NAVARRO, P.: “El novísimo derecho humano de las personas a migrar”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 5, 2004, Lex Nova, Valladolid, pp. 291- 292.

\_\_\_\_\_ : “La Convención sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias”, *Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 10, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 117-126.

\_\_\_\_\_ : “La reforma de la Ley de extranjería: Una visión crítica desde los Derechos Humanos (Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social)”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 22, noviembre de 2009, Lex Nova, Valladolid, pp. 109-145.

CONDE PÉREZ, E.: “TEDH- Sentencia de 28.02.2008, *Saadi c. Italia*, 37201/06- Artículo 3 CEDH- Prohibición de torturas y penas o tratos inhumanos o degradantes, terrorismo y tortura”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, No. 32, año 13, enero - abril de 2009, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 275- 290.

DEOP MADINABEITIA, X.: “De la igualdad en los derechos a la igualdad de derechos: El protocolo Adicional No. 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derecho Internacional*, No. XVI, 2000, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, pp. 367-376.

EGGER, P, y SENGENBERGER, W.: *Problemas y políticas del trabajo decente*, Boletín Cinterfor, No. 511, disponible en la página web [www.cinterfor.org.uy](http://www.cinterfor.org.uy)

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: “El marco jurídico de las relaciones exteriores de la Unión Europea en materia de inmigración”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, No. 27, mayo-agosto de 2007, Taravilla, Madrid, pp. 463-510.

GROS ESPIELL, H.: “La dignidad en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos Nueva Época*, Universidad Complutense de Madrid, Vol. 4, 2003, Madrid, pp. 193 - 223.

\_\_\_\_\_ : “La Declaración Americana: raíces conceptuales y políticas en la historia, la filosofía y el derecho americano”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, No. Especial, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-IIDH, San José de Costa Rica, 1989, pp. 41-64.

HENNEBEL, L.: “L’humanisation du droit International des droits de l’homme: commentaire sur l’avis consultatif n° 18 de la Cour Interamericana relatif aux droits des travailleurs migrants”, en *Revue Trimestrielle des droits de l’homme*, No. 74, Bruxelles, abril de 2008, pp. 747- 756.

HERVADA, J.: “Los derechos inherentes a la dignidad de la persona”, en *Revista Humana Iura: suplemento de derechos humanos*, No. 1, Madrid, 1991, pp. 345-365.

HERRANZ CASTILLO, R.: “Notas sobre el contenido del derecho al trabajo como derecho fundamental” en *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año IX, número 13, enero-diciembre de 2004, ediciones Universidad Carlos III de Madrid, Madrid pp. 15-66.

LALY-CHEVALIER, C, DA POÍAN, F, y TIGROUDJA, H.: “Chronique de la Jurisprudence de la CourtInteramericaine de Droits de l’ Homme (2002, 2004)” en *Revue Trimestrielle des droits de l’homme*, No. 61, janvier, Bruxelles, 2005, pp. 459- 498.

MAHALIC, D.: “The limitation Provisions of the International Convention on the Elimination of all forms of Racial Discrimination”, en *Human Rights Quaterly*, Vol. 9, February, The Johns Hopkins University Press, 1987, pp. 74-101.

MARITAIN, J.: “Les droits fondamentaux de l’homme, base d’une restauration du droit international”, en *Annuaire de l’Institut de Droit International*, 1947, pp. 250- 275.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: “La inmigración en la Unión Europea: la difícil configuración de una política de inmigración”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea, la Europa Social, la Europa de la solidaridad*, No. 5, 2 semestres, 2003, Madrid, Colex, pp. 83-90.

MOTOMURA, H.: “Immigration outside the law”, en *Columbia Law Review*, Vol.108 No. 8, December, 2008, Columbia law Review Association, pp. 2037-2097.

MUNDALAK, G.: “Derecho al trabajo. Conjugar derechos humanos y política de empleo”, en *Revista Internacional del Trabajo*, Volumen 126, 3-4, Ginebra, septiembre, diciembre de 2007, pp. 213-242.

NAFZIGER, J, BARTEL, B.: “The Migrant Workers Convention: Its place in Human Rigths Law”, en *International Migration Review*, Vol.25, No. 4, Special Isuee, The Center for Migration Studies of New York, New York, 2010, pp. 771-799.

OIT, “Rostros tras la crisis” en *Trabajo Revista OIT*, No. 66, Detener la crisis: Los líderes mundiales forjan un pacto mundial por el empleo agosto de 2009, pp. 10-13.

OLMOS GIUPPONI, M.B.: “Avances recientes del Sistema Interamericano en la protección de los derechos de los migrantes”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 24, julio de 2010, Lex Nova, Valladolid, pp. 249-274.

PABÓN LÓPEZ, M.: “Perspectiva sobre situación precaria del trabajador indocumentado en los Estados Unidos y posibles soluciones en el Derecho Internacional Público”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 13, noviembre, Lex Nova, Valladolid, 2006, pp. 61-72.

PASTOR RIDRUEJO, J.A.: “La globalización de los derechos humanos: el reto del siglo XXI”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, No. 2, 2º semestre, Instituto de Derecho Público, Valencia, 2003, pp. 19-34.

\_\_\_\_\_ : “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la reforma de la reforma”, en *Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de los Derechos Humanos*, vol. 44, Servicio de Publicaciones Universidad de Navarra, 2001, pp. 51-64.

\_\_\_\_\_ : “Sesenta años del Consejo de Europa”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, No. 33, año 13, mayo- agosto de 2009, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 441- 449.

PELE, A. “Una aproximación al concepto de dignidad humana”, en *Universitas: Revista de Filosofía política y derecho*, No. 1, 2004-2005, Madrid, disponible en <http://universitas.idhbc.es/numeros.htm>

PÉREZ VERA, E.: “El menor en el Convenio de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 1993-I, pp.101-114.

SALADO OSUNA, A.: “El tratado de Lisboa, un nuevo paso a favor de los Derechos Humanos”, en *Temas para debate, ejemplar dedicado a los Derechos Humanos hoy*, No. 191, octubre de 2010, pp. 37-49.

SALVIOLI, F.O.: “La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 39, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos IIDH, 2004, pp. 101-167.

SARRAGA TRÍAS, E.: “La protección internacional de los derechos de los trabajadores migrantes”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 4, 2003, Lex Nova, Valladolid, pp.309-311.

SPAEMANN, R.: “Sobre el concepto de dignidad humana, en *Revista persona y derecho: fundamentación de las instituciones jurídicas y derechos humanos*, No. 19, Navarra, 1998, pp. 13-33.

SARRAGA TRÍAS, E.: “Derechos Humanos e inmigración”, en *Temas para Debate, ejemplar dedicado a: los derechos humanos hoy*, No. 191, Octubre de 2010 pp. 47-49.

SANTOS PAÏS, M.: “La Convention des Nations Unies sur le droit de l’enfant”, en *Bulletin des Droits de l’homme*, Vol. 91/2, de, *Les Droits de l’enfant, Nations Unies*, Nueva York, 1992, pp. 80.

TERRÁDEZ SALOM, D.: “Los derechos sociales de los extranjeros en los ordenamientos constitucional español y europeo: de la teoría a la realidad”, en *Revista de derecho migratorio y extranjería*, No. 15, julio de 2007, Lex Nova, Valladolid, pp. 73-90.

\_\_\_\_\_ : “La evolución de la política comunitaria en materia de inmigración a través de los Consejos Europeos”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, No. 16, septiembre de 2007, Lex Nova, Valladolid, pp. 73-88.

TREVISANUT, S.: “L’Europa e l’immigrazione clandestina via mare: Frontex e diritto internazionale”, en *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2/08, Giuffré, Roma, 2003, pp. 367-388.

YEPES J.M.: “Les Accords régionaux et le Droit International”, en *Recueil des cours de L’Académie Internationale de la Haye*, 1947, II, t. 71, pp. 130 -235.

VARGAS GÓMEZ URRUTIA, M.: “La Unión Europea frente al fenómeno migratorio”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, No. 16, 1º semestre 2009, Colex, Madrid, pp. 221-240.



## II. JURISPRUDENCIA

### A. Universal

#### A.1. Dictámenes

Doc. CCPR/C/D/219/1986, de 23 de agosto de 1990. Comité de Derechos Humanos, Comunicación No. 219/1986, *Guesdon c. Francia*.

Doc. CCPR/89/D/1359/2005, de 19 de abril de 2007. Comité de Derechos Humanos, *Comunicación No. 1359/2005 Espósito c. España*.

#### A.2. Observaciones/ Recomendaciones Generales

Comité de Derechos Humanos: Observación General No 8, *Derecho a la libertad y a la seguridad personal* (1982); Observación General No. 14, *Derecho a la vida* (1984); Observación General No. 14, *Derecho a la vida* (1984); Observación General No. 15, *situación de los extranjeros con arreglo al Pacto* (1986); Observación General No. 16, *Derecho a la intimidad* (1988), Observación General No. 17, *Derechos del Niño* (1989), Observación General No. 18, *No discriminación* (1989); Observación General No. 19, *La familia* (1990); Observación General No. 20, *Prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (1992); Observación General No. 27, *Libertad de circulación* (1999); Observación General No. 28, *La igualdad de derechos entre hombres y mujeres*; Observación General No. 29, *suspensión de obligaciones durante un Estado de excepción* (2001); Observación General No. 32, *Derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia* (2007). Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I) de 27 de mayo de 2008.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Observación General No. 6. *Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores* (1995). Doc. E/1992/22; Observación General, No. 12, *derecho a una alimentación adecuada* (1999). Doc. E/C.12/1995/5; Observación General No. 13, *Derecho a la Educación* (1999). Doc. E/C.12/1999/10 de 8 de noviembre de 1999; Observación General No. 20, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*. Doc. E/C.12/GC/20, de 2 de julio de 2009; Observación General No. 3, *Índole de las obligaciones de los Estados Partes* (1990); Observación General No. 16, *La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales* (2005); Observación General No. 5, *Las personas con discapacidad* (1994); Observación General No. 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (2000). Observación General No. 18, *El derecho al trabajo* (2005); Observación General No. 19, *Derecho a la seguridad social* (2007), Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I) de 27 de mayo de 2008.

Comité de Derechos del Niño: Observación General No. 4, *Salud y desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño* (2003); Observación General No. 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen* (2005); Observación General No. 7, *Realización de los derechos del niño en la primera infancia* (2006). Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II) de 27 de mayo de 2008.

Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares: Observación General No. 1, *sobre los trabajadores domésticos migratorios*.(2011). Doc. CMW/C/GC/1, de 23 de febrero de 2011.

Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Recomendación General No. 5, *Medidas especiales temporales*. Doc. A/43/38 (1988); Recomendación General No. 19, *violencia contra la mujer* (1992); Recomendación General No. 13, *Igual remuneración por trabajo de igual valor* (1992). Doc. A/46/38 de 1992; Recomendación General No. 21, *Igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares* (1994). Doc. A 49/38, de 1994; Recomendación General No.24, *La mujer y la salud* (1999). Doc. A/54/38/Rev.1, de 5 de febrero de 1999, Recomendación General No. 8, *Aplicación del artículo 8 de la Convención* (1988); Recomendación General No. 25, *Medidas especiales de carácter temporal* (2004). Doc. HRI/GEN/1/Rev.9, (Vol. II), de 27 de mayo de 2008.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Recomendación General No. XI, *sobre los no ciudadanos* (1993). Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), de 27 de mayo de 2008, Recomendación General No. XIII, *relativa a la formación de los funcionarios encargados de la aplicación de la Ley en cuanto a la protección de los derechos humano* (1993). Doc. A/48/18, Recomendación General No. XXI, *relativa al derecho a la libre determinación* (1996). Doc. A/51/18, Recomendación General No. XXIII, *relativa a los derechos de los pueblos indígenas* (1997). Doc. A/52/18 (SUPP), de 18 de agosto de 1997, Recomendación General No. XXIX *relativa a la discriminación basada en ascendencia* (2002). Doc. A/57/18(SUPP), de 1 de noviembre de 2002, Recomendación General No. XXII *relativa al artículo 5 de la Convención y a los refugiados y las personas desplazadas* (1996); Recomendación General No. XXX, *sobre la discriminación contra los no ciudadanos* (2005); Recomendación General No. XXXI, *sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal* (2005). Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), de 27 de mayo de 2008.

Comité contra Tortura: Observación General No. 1, *Aplicación del artículo 3 en relación con el artículo 22 de la Convención* (1996). Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), de 21 de noviembre de 1997.

### **A.3. Observaciones Finales**

Comité de Derechos Humanos. Observaciones Finales a los Estados:

- Chile, Doc. CCPR/C/79/Add.104, de 30 de marzo de 1999
- España, Doc. CCPR/C/ESP/CO/5, de 5 de enero de 2009
- Holanda, Doc. CCPR/C/NLD/CO/4, de 25 de agosto de 2009
- Suiza, Doc. CCPR/C/CHE/CO/3, de 3 de noviembre de 2009
- Bélgica, Doc. CCPR/C/BEL/CO/5, de 18 de noviembre de 2010

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Observaciones Finales a los Estados:

- España.Doc. CERD/C/64/CO/6, de 28 de abril de 2004
- Estados Unidos.Doc. CERD/C/USA/CO/6, de 8 de mayo de 2008
- República Dominicana.Doc. CERD/C/COM/CO/12, de 16 de mayo de 2008
- Italia.Doc. CERD/C/ITA/CO/15, de 16 de mayo de 2008
- Alemania.Doc. CERD/C/DEU/CO/18, de 22 de septiembre de 2008
- Suecia. Doc. CERD/C/SWE/CO/18, de 23 de septiembre de 2008
- Países Bajos. Doc. CERD/C7NLD/CO/17-18, de 1 de abril de 2010
- Dinamarca. Doc. CERD/C/DNK/CO/18-19, de 20 de septiembre de 2010
- Francia. Doc. CERD/C/FRA/CO/17-19, de 23 de septiembre de 2010
- Irlanda. Doc. CERD/C/IRL/CO/3-4, de 4 de abril de 2011
- España. Doc. CERD/C/ESP/CO/18-20, de 8 de abril de 2011
- Noruega. Doc. CERD/C/NOR/CO/19-20, de 8 de abril de 2011

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observaciones Finales a los Estados:

- Países Bajos. Doc. CEDAW/C/NLD/CO/5, de 5 de febrero de 2010
- Liechtestein. Doc. CEDAW/C/LIE/CO/4, de 5 de abril de 2011
- Ucrania. Doc. CRC/C/UKR/CO/3-4, de 21 de abril de 2011

## **B. Regional**

### **B.1. Europea**

#### **B.1.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

*Caso relativo a ciertos aspectos del régimen Lingüístico Belga c. Bélgica* (A. 1474/62), sentencia de 23 de julio de 1968.

*Caso de Wilde, Ooms, Versyp c. Bélgica*, Pleno (A. 2832/66), sentencia de 10 de marzo de 1972.

*Caso Sindicato Nacional de Policía Belga c. Bélgica* (A. 44/64/70), sentencia de 27 de octubre de 1975.

*Casos Kjeldsen, Busk Madsen y Pedesen c. Dinamarca*, pleno (A. 5095/71), sentencia de 7 de diciembre de 1976.

*Caso Marckx c. Bélgica*, (A. 6833/74), sentencia de 13 de junio de 1979.

*Caso Van Droogenbroeck c. Bélgica* (A. 7906/77), sentencia de 24 de junio de 1982.

*Caso Van der Mussel c. Bélgica*, Pleno (A. 8919/80), sentencia de 23 de noviembre de 1983.

*Caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido* (A. 9214/80), sentencia de 28 de mayo de 1985.

*Caso Berrehab c. Países Bajos* (A.10730/84), sentencia de 21 de junio de 1988.

*Caso Soering contra Reino Unido* (A.14038/88), sentencia de 7 de julio de 1989.

*Caso Darby c. Suecia* (A.1158/85), sentencia de 23 de octubre de 1990.

*Caso Cruz Varas and Otros c. Suecia* (A. 15576/89), sentencia (sobre el fondo), 20 de marzo de 1991.

*Caso Moustaquim c. Belgica* (A. 12313/86), sentencia de 18 de febrero de 1991.

*Caso Karlheinz Schmidt c. Alemania* (A. 13580/88), sentencia de 18 de julio de 1994.

*Caso Piermont c. Francia* (A. 1553/89), sentencia de 27 de abril de 1995.

*Caso Nasri v. Francia*, (A. 19465/92), sentencia de 13 de julio de 1995.

*Casos Chahal contra Reino Unido* (A. 22414/93), sentencia de 15 de noviembre de 1996, Reports 1996.

*Caso Gaygusuz c. Austria* (A. 1996/40), sentencia de 16 de septiembre de 1996.

*Caso Ahmut/Holanda* (A 21702/93), sentencia de 28 de noviembre de 1996.

*Caso D. contra Reino Unido*, (A. 3024096), sentencia de 2 de mayo de 1997.

*Caso Oğür c. Turquía*, (A. 21594/93), sentencia de 20 de mayo de 1999.

*Caso Antonakopoulos y otros c. Grecia* (A. 37098/97), sentencia de 14 de diciembre de 1999.

*Caso Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia* (A. 27417/95), sentencia de 27 de junio de 2000.

*Caso Medenica c. Suiza* (A. 20491/92), sentencia de 14 de junio de 2001.

*Caso, Boultif c. Suiza*, (A. 54273/00), sentencia de 2 de agosto de 2001.

*Caso Baumann contra Francia* (A. 33592/96), sentencia de 22 de mayo de 2001.

*Caso Boultif c. Suiza* (A. 54273/00), sentencia de 2 de agosto de 2001.

*Caso Wessels -Beergervoet C. Países Bajos* (A. 34462/97), sentencia de 4 de junio de 2002.

*Caso Willis c. Reino Unido* (A. 36042/97), sentencia de 11 de junio de 2002.

*Caso Koua Poirrez c. Francia* (A. 40892/98), sentencia de 30 de septiembre de 2003.

*Caso Napijalo c. Croacia* (A. 66485/01), sentencia de 13 de noviembre de 2003.

*Caso Solodyuk c. Rusia* (A. 67099/10), sentencia de 12 de julio de 2005.

*Caso Siliadin c. Francia* (A. 73316/01), sentencia de 26 de junio de 2005.

*Caso Okpisz c. Alemania* (A. 59140/00), sentencia de 25 de octubre de 2005.

*Caso Timishev contra Rusia* (A. 55762/00 y / 55974. 00), sentencia de 13 de diciembre de 2005.

*Caso Rodrigues da Silva y Hoogkamer c. Países Bajos* (A. 50435/99), sentencia de 31 de enero de 2006.

*Caso Demir c. Francia* (A. 304/02), sentencia de 4 de abril de 2006.

*Caso Stec c. Reino Unido* (A. 65731/01), sentencia de 12 de abril de 2006.

*Caso Zarb Adami c. Malta* (A. 17209/02), sentencia de 20 de junio de 2006.

*Caso Bartik, c. Rusia* (A. 5565/00), sentencia de 21 de marzo de 2007.

*Caso Tysiac contra Polonia* (A. 5410/03), opinión disidente de la Jueza Fura-Sandström de 2 de marzo de 2007.

*Caso Celniku c. Grecia* (A. 21449/09), sentencia de 5 de julio de 2007.

*Caso Tremblay contra Francia* (A. 37194/02), sentencia de 11 de septiembre de 2007.

*Caso L. c. Lituania* (A. 27527/03), sentencia de 11 de septiembre de 2007.

*Caso Luckzak c. Polonia* (A. 77782), sentencia de 27 de noviembre de 2007.

*Caso Mansuroglu c. Turquía* (A. 43443/98), sentencia de 26 de febrero de 2008.

*Caso Juozaitiene y Bilkulcius c. Lituania* (A. 70659/01), sentencia de 24 de abril de 2008.

*Caso Emre c. Suiza* (A. 5056/10), sentencia de 22 de mayo de 2008.

*Caso N contra Reino Unido* (A. 26565/05), sentencia de 27 de mayo de 2008.

*Caso Dogru y Kervanci c. Francia* (A. 27058/05), sentencia de 4 de diciembre de 2008.

*Caso Leonidis c. Grecia, Sección primera* (A. 43326/05), sentencia de 8 de enero de 2009.

*Caso Zeibek c. Grecia, sección primera* (A. 19576/08), sentencia de 9 de julio de 2009.

*Caso Daoudi c. Francia, sección quinta* (A. 19576/08), sentencia de 3 de diciembre de 2009.

*Caso Sejdic y Finci c. Bosnia y Herzegovina* (A. 27996/06 y 34836/06), sentencia de 22 de diciembre de 2009.

*Caso Savez Crava "Rijev Zivota" y otros c. Croacia* (A. 7798/08), sentencia de 9 de diciembre de 2010.

### **B.1.2. Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

*Asunto García Avello*, sentencia de 20 de octubre de 2003. C-148/02.

*Asunto Bidar*, sentencia de 12 de julio de 2005. C-209/03.

*Asunto Schempp y Finanzamt München V*, sentencia de 12 de julio de 2005. C- 403/03.

*Asunto Arthur Gottwald y ezirkshauptmannschaft Bregenz*, sentencia de 1 de octubre de 2009. C-103/08.

### **B.1.3. Comité Europeo de Derechos Sociales**

*Reclamación colectiva No. 6/1999, presentada por el Sindicato Nacional de Profesiones de Turismo contra Francia, Decisión de Fondo de 10 de octubre de 2000.*

*Reclamación colectiva No. 7/ 2000, presentada por la Federación Internacional de derechos Humanos contra Grecia, Decisión de fondo de 5 de diciembre de 2000.*

*Reclamación colectiva No. 9/ 2000, presentada por la Confederación francesa de directivos-Confederación general de ejecutivos contra Francia, Decisión de fondo de 5 de diciembre de 2000.*

*Reclamación colectiva No. 14/2003 Federación Internacional de Ligas de Derechos Humanos, contra Francia, Decisión de fondo de de 7 de septiembre de 2004.*

*Reclamación colectiva No. 15/2003, presentada por el Centro de Derechos para los Gitanos Europeos contra Grecia, Decisión de fondo de 8 de septiembre de 2004.*

*Reclamación colectiva No. 16/2003, presentada por la Confederación Francesa de directivos-Confederación General de Ejecutivos contra Francia, Decisión de Fondo de 12 de octubre de 2004.*

*Reclamación colectiva No. 22/2003, presentado por la Confederación General del Trabajo contra Francia, Decisión de Fondo de 8 de diciembre de 2004.*

## **B.2. Interamericana**

### **B.2.1. Corte Interamericana de Derechos Humanos**

#### **B.2.1.1. Casos contenciosos**

*Caso niños de la calle Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, sentencia de fondo de 19 de noviembre de 1999, Serie C, No. 63.*

*Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala, sentencia de Fondo de 25 de noviembre de 2000, Serie C, No.70.*

*Caso Haitianos y Dominicanos de origen haitiano en República Dominicana, resolución de medidas provisionales, de 18 de agosto de 2000, Se\_ No. 2.*

*Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 2 de febrero de 2001. Serie C, No. 72.*

*Caso “la última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C, No. 73.*

*Condición Jurídica y Derechos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, Serie A, No. 17.*

*Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 28 de febrero de 2003, Serie C, No. 98.*

*Caso Masacre plan de Sánchez vs. Guatemala*, sentencia de fondo de 24 de abril de 2004, Serie C, No. 105.

*Caso Gómez Paquiyauri Vs. Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de 8 de julio de 2004, Serie C, No.110.

*Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de 31 de agosto de 2004, Serie C, No. 111.

*Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 15 de junio de 2005, serie C, No. 124.

*Caso Yakye Axa Vs. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 17 de junio de 2005, Serie C, No. 125.

*Caso Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 8 de septiembre de 2005. Serie C, No. 130.

*Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de 15 de septiembre de 2005, serie C, No. 134.

*Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*, sentencia excepciones preliminares, fondo reparaciones y costas, de 7 de febrero de 2006, serie C, No. 144.

*Caso Baldeón García vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de abril de 2006, Serie C, No. 147.

*Caso masacre de Ituango vs. Colombia, excepciones, preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C, No. 148.

*Caso Moreno Aranguren y Otros (retén de Catia) vs. Venezuela, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C, No. 150.

*Caso trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros vs. Perú)*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 24 de septiembre de 2006, Serie C, No. 158.

*Caso Vargas Areco vs. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas del 26 de septiembre de 2006, Serie C, No. 155.

*Caso niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, sentencia de 23 de noviembre de 2006. Serie C, No. 156.

*Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 25 de mayo de 2010, Serie C, No. 212.

*Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 23 de noviembre de 2010, Serie C, No. 218.

*Caso Gelman vs. Uruguay*, sentencia de fondo y reparaciones de 24 de febrero de 2011, Serie C, No. 221.

*Caso Contreras vs. Salvador*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de 31 de agosto de 2011, Serie C, No. 232.

*Caso Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana*, resolución de medidas provisionales de 1 de diciembre de 2011, Se\_08.

### **B.2.1.2. Opiniones Consultivas**

*Otros tratados objeto de la función consultiva de la Corte*, Opinión Consultiva No. 1 OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A, No.1.

*Restricciones a la pena de muerte*, Opinión Consultiva OC-3/83, de 8 de septiembre de 1983, Serie A, No. 3.

*Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84, de 19 de enero de 1984, Serie A, No. 4.

*Interpretación de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre derechos humanos*, Opinión Consultiva No. 10 OC-10/89, de 14 de julio de 1989. Serie A, No. 10.

*El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, Serie A, No. 16.

*Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, de 28 de agosto de 2002, Serie A, No. 17.

*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A, No. 18.

### **B.2.2. Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

*Caso Aché vs. Paraguay*. Caso 1802, de 27 de mayo de 1977.

*Caso acumulados en contra de Argentina*. Caso 9777 y 9718 de 30 de marzo de 1988.

*Caso Amilcar Menéndez, Juan Manuel Caride y Otros contra Argentina*. Caso 1167 de 19 de enero de 2001.

*Caso Milton García Fajardo y otros contra Nicaragua*, Informe No. 100/01. Caso 11.381, de 11 de octubre de 2001.



### III. DOCUMENTOS

#### A. Universales

##### A.1. Informes de Relatores Especiales

*Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes* (Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro), Doc. E/CN.4/2000/82, de 6 de enero de 2000;

- Doc. E/CN.4/2001/83, de 9 de enero de 2000
- Doc. E/CN.4/2001/83/Add.1, de 21 de diciembre de 2000
- Doc. E/CN.4/2001/83, de 9 de enero de 2001.
- Doc. A/CONF.198/PC.2/23, de 18 de abril de 2001.
- Doc. E/CN.4/2002/94, de 15 de febrero de 2002
- Doc. E/CN.4/2003/85/Add.3, de 30 de octubre de 2002
- Doc. E/CN.4/2003/85/Add.4, de 1 de noviembre de 2002
- Doc. E/CN.4/2004/76, de 12 de enero de 2004
- Doc. E/CN.4/2004/76/Add.2, de 14 de enero 2004
- Doc. A/59/377, de 22 de septiembre de 2004.
- Doc. E/CN.4/2005/85/Add.3, de 15 de noviembre de 2004
- Doc. E/CN.4/2005/85/Add.2, de 14 de enero de 2005

*Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes* (Sr. Jorge Bustamante), Doc. A/HRC/4/24/Add.3, de 2 de marzo de 2007;

- Doc. A/HRC/4/24/Add.2, de 14 de marzo de 2007.
- Doc. A/62/218, de 10 de agosto de 2007.
- Doc. A/HRC/9/L.14, de 19 de septiembre de 2008.
- Doc. A/HRC/7/12, de 25 de febrero de 2008,
- Doc. A/HRC/11/7/Add.3, de 18 de marzo de 2009.
- Doc. A/HRC/11/7, of 14 may of 2009.
- Doc. A/HRC/11/7/Add.2, de 24 de marzo de 2009
- Doc. A/HRC/14/30/Add.2, de 16 de marzo de 2010.
- Doc. A/HRC/14/30, de 16 de abril de 2010.
- Doc. A/65/222, de 3 de agosto de 2010.
- Doc. A/HRC/17/33, de 21 de marzo de 2011.

*Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes* (Sr. Françoise Crépeau), Doc. A/HRC/20/24, de 2 de abril de 2012.

*Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación* (Sr. Jean Ziegler), Doc. A/HRC/7/5, de 10 de enero de 2008.

*Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación*, (Sr. Olivier De Schutter), Doc. A/HRC/10/5, de 11 de febrero de 200.;

- Doc. A/65/281, de 11 de agosto de 2010.
- Doc. A/HRC/16/49. Add. 2, Misión a la República Árabe Siria República, de 27 de enero de 2011.

*Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes* (Juan E Méndez), Doc. A/HRC/16/52, de 3 de febrero de 2011.

## A.2. Otros informes

Centro de Noticias de la Organización Naciones Unidas, *Informe de prensa sobre la declaratoria de la hambruna en Somalia*, 20 de julio de 2011, disponible en <http://www.un.org/spanish/News>

Comisión de Derecho Internacional: *Informe Expulsión de extranjeros*, Doc. A/CN.4/565, 10 de julio de 2006.

Consejo Económico y Social, *relativa a Welfare of migrantworkers and their families*, Doc. E/5664, 1926 (LVIII) de 6 de mayo de 1975.

Consejo Económico y Social, *relativa a Medidas para mejorar la situación y garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todos los trabajadores migratorios*, Doc. E/1978/78, de 5 de mayo de 1978.

*Informes de apertura-cierre del Grupo de Trabajo del anteproyecto de una Convención Internacional sobre la protección de Derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familias*, Doc. A/C.3/39/4, de 11 de octubre 1983; Doc. A/C.3/40/1, de 20 de Junio 1985; y Doc. A/C.3/44/1, de 9 octubre 1989.

*Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*, Asamblea General, cuadragésimo octavo periodo de sesiones, Doc. A/48/18 (SUPP), Nueva York, 1994.

*Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos “Derechos Humanos y Éxodos en masa”*, Doc. E/CN.4/1997/42, de 14 de enero de 1997.

*Informe de la Comisión de Expertos en aplicaciones a los Convenios y Recomendaciones, Tercer Informe de Trabajadores Migrantes*, 87° Conferencia Internacional del Trabajo, Organización Internacional del Trabajo, Doc. ILC.101/III/1ª, Ginebra, Junio de 1999.

*Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia*, Doc. A/CONF. /189/12, de 25 de enero de 2002.

*Informe del Director General de la OIT, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, Conferencia Internacional del Trabajo, 91° reunión, Doc. ILC91/9223/1287, Ginebra, 2003.

*Los Derechos Humanos de los Migrantes*, Comisión de Derechos Humanos, Doc. E/CN.4/RES/2003/46, de 23 de abril de 2003.

*Informe Oficina Internacional del Trabajo, En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada* de la 92° Conferencia Internacional del Trabajo, Doc. ILC92/PR22/366, Ginebra, 2004.

*Dialogo de alto nivel sobre la migración internacional y el desarrollo*, Asamblea General. Doc. A/61/515, de 13 de octubre de 2006.

OIM.: *Glosario sobre Migración, Derecho Internacional sobre Migración*, No. 7, Ginebra, 2006, disponible en <http://www.iom.ch/jahia/Jahia/media/press-briefingnotes/pbnEU/cache/offonce/lang/es?entryId=29148>

OIT.: “Guía práctica para la incorporación sistemática del empleo y el trabajo decente”, Suiza, 2007, disponible <http://www.ilo.org>

\_\_\_\_\_ *Migración Laboral Internacional: un enfoque basado en los derechos*, resumen ejecutivo, disponible en [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms\\_160050.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_160050.pdf)

\_\_\_\_\_ *International labour migration: a rights-based approach*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2010, disponible en la página [http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/rights\\_based\\_approach.pdf](http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/rights_based_approach.pdf)

\_\_\_\_\_ *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*, disponible en <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc92/pdf/rep-vi.pdf>

\_\_\_\_\_ “La Igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse”, *Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, Ginebra, 2011, disponible en <http://www.ilo.org/declaration/follow-up/globalreports/lang--es/index.htm>

\_\_\_\_\_ *Migración Laboral Internacional: un enfoque basado en los derechos*, resumen ejecutivo, disponible en [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms\\_160050.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_160050.pdf),

\_\_\_\_\_ *Tesaurus*, <http://www.ilo.org/public/libdoc/ILO-Thesaurus/spanish/>

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD: Informe sobre Desarrollo Humano 2009, *Superando barreras: movilidad y desarrollo humanos*, Nueva York, 2009, disponible en [http://hdr.undp.org/en/media/HDR\\_2009\\_ES\\_Complete.pdf](http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2009_ES_Complete.pdf),

*Informe del Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas*, Migración Internacional y desarrollo, Doc. A/65/203, de 2 de agosto de 2010.

## **B. Regionales**

### **B.1. Europeos**

#### **B.1.1. Consejo de Europa**

Council of Europe Commissioner for Human Rights: “The Human Rights of Irregular Migrants in Europe”, Strasbourg, (France), 17 December 2007, disponible en <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1237553>

Council of Europe Commissioner for Human Rights: “Positions on the rights of migrants in an irregular situation”, Estrasburgo (Francia), 25 de junio de 2010 [CommDH/PositionPaper (2010), disponible en <https://wcd.coe.int/wcd/com.instranet.InstraServlet?Index=no&command=com>.

## **B.1.2. Unión Europea**

COM (2005) 391, Comunicación de la Comisión al Parlamento relativa a una Política común de inmigración ilegal, de 15 de noviembre de 2001.

COM (2001) 672 final, Comunicación de la Comisión denominada Libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales, de 10 de abril de 2002.

COM (2002) 175 final, Decisión 2004/573/CE, del Consejo relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión, de 24 de abril de 2004.

## **B.2. Interamericanos**

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, disponible en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/IndicadoresDESC08sp/Indicadores1.sp.htm#Igualdad>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Tercer Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, Capítulo VI, Estudios Especiales*, Doc. OEA/Ser./L/V/II.114. 5 rev, de 16 de abril de 2001.

- OEA/Ser. L./V/II.118, 70 rev.2, *Quinto Informe de progreso de la Relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias*, de 29 de diciembre de 2003.
- OEA/Ser. L./V/II.127. 4 rev. *Informe anual de 2006, Capítulo II: Relatoría Especial sobre los trabajadores Migratorios y miembros de sus familias*, de 13 marzo 2007.
- OEA/Ser. L./V/II.130, 22, rev. 1, *Informe anual de 2007, Capítulo II: Relatoría Especial sobre los trabajadores Migratorios y miembros de sus familias*, de 29 diciembre 2007.
- OEA/Ser. L./V/II.134, 5 rev. 1, *Informe anual de 2008, Capítulo II: Relatoría Especial sobre los trabajadores Migratorios y miembros de sus familias*, de 25 febrero 2009.
- OEA/Ser. L./V/II. 51 corr.1, *Informe anual de 2009, Capítulo II: Relatoría Especial sobre los trabajadores Migratorios y miembros de sus familias*, de 30 diciembre 2009.

## **IV. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES**

### **A. Convencionales**

#### **A.1. Universales**

##### **A.1.1. Tratados fundacionales**

Carta de la Organización Naciones Unidas, firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945, entrada en vigor el 24 de octubre de 1945.

Constitución de la Organización Internacional del Trabajo-OIT, aprobada por la Comisión del Trabajo, establecida por la Conferencia de Paz, de enero a abril de 1919 y modificada por la enmienda de 1922, en vigor el 4 de junio de 1934.

Tratado Constitutivo de la UNESCO, aprobado en Londres el 16 de noviembre de 1945, en vigor el 4 de noviembre de 1946.

### **A.1.2. Tratados de derechos humanos adoptados en Naciones Unidas**

Convenio para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, adoptado por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, en vigor el 4 de enero de 1969.

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, en vigor el 3 de septiembre de 1981.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 36/46 de 10 de diciembre de 1984, en vigor el 26 de junio de 1987.

Convención sobre Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, en vigor el 2 de septiembre de 1990.

Convención Internacional sobre la Protección de todos los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias, aprobada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, en vigor el 1 de julio de 2003.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada el 13 de diciembre de 2006, en vigor el 3 de mayo de 2008.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, en vigor el 23 de marzo de 1976.

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en su resolución 2200 A (XXI), de 16 diciembre de 1966, en vigor 23 de marzo de 1976.

Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – PIDESC, adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, en vigor el 3 de enero de 1976.

Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, aprobado y proclamado por la Asamblea General en su resolución 44/128, de 15 de diciembre de 1989, en vigor el 11 de julio de 1991.

### **A.1.3. Tratados adoptados en la OIT**

Convenio No. 10 de 1921, *sobre la edad de admisión de los niños al trabajo agrícola*, adoptado el 28 de noviembre de 1919, en vigor el 13 de junio de 1921.

Convenio No. 21 de 1926, *relativo a la simplificación de la inspección de los emigrantes a bordo de los buques* (1926), adoptado el 5 de junio de 1926, en vigor el 29 de diciembre de 1927.

Convenio No. 29 de 1930, *sobre trabajo forzoso u obligatorio*, adoptado el 28 de junio de 1930, en vigor el 1 de mayo de 1932.

Convenio No. 66 de 1939, *relativo al reclutamiento, colocación y condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes*, adoptado el 28 de junio de 1939, nunca entró en vigor.

Convenio No. 79 de 1946, *relativo a la limitación del trabajo nocturno de los menores no industriales*, adoptado el 9 de octubre de 1946, en vigor el 29 de diciembre de 1950.

Convenio No. 86 de 1947, *sobre los contratos de trabajo*, adoptado el 1 de julio de 1949, en vigor el 13 de febrero de 1953.

Convenio No. 87 de 1948, *relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación*, adoptado el 9 de julio de 1948, en vigor el 4 de julio de 1950.

Convenio No. 88 de 1948, *sobre el servicio de empleo*, adoptado el 9 de julio de 1948, en vigor el 10 de agosto de 1950.

Convenio No. 90 de 1948, *relativo al trabajo nocturno de los menores en la industria*, adoptado el 10 de julio de 1948, en vigor el 12 de junio de 1951.

Convenio No. 97 de 1949, *relativo a los trabajadores migrantes* (revisado en 1949), adoptado el 1 de julio de 1949, en vigor el 22 de enero de 1952.

Convenio No.100 de 1955, *relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor*, adoptado el 29 de junio de 1951, en vigor el 23 de mayo de 1953.

Convenio No. 105 de 1957, *relativo a la abolición del trabajo forzoso*, adoptado el 25 de junio de 1957, en vigor el 17 de enero de 1959.

Convenio No. 118 de 1962, *relativo a la igualdad de trato de nacionales y extranjeros en materia de seguridad social*, adoptado el 28 de junio de 1962, en vigor el 25 de abril de 1964.

Convenio No. 121 de 1964, *sobre prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales*, adoptado el 8 de julio de 1964, en vigor el 28 de julio de 1967.

Convenio No. 122 de 1964, *relativo a la política de empleo*, adoptado el 9 de julio de 1964, en vigor el 15 de julio en 1966.

Convenio No. 123 de 1965, *relativo a la edad mínima de admisión al trabajo subterráneo en las minas*, adoptado el 22 de junio de 1965, en vigor el 10 de noviembre de 1967.

Convenio No. 124 de 1965, *relativo al examen médico de aptitud de los menores para el empleo en trabajos subterráneos en las minas*, adoptado el 23 de junio de 1965, en vigor el 13 de diciembre de 1967.

Convenio No. 128 de 1967, *sobre prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes*, adoptado el 29 de junio de 1967, en vigor el 1 de noviembre de 1969.

Convenio No. 130 de 1969, *sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad*, adoptado el 25 de junio de 1969, en vigor el 27 de mayo de 1972.

Convenio No. 138 de 1973, *sobre edad mínima de admisión al empleo*, adoptado el 26 de junio de 1973, en vigor el 19 de junio de 1976.

Convenio No. 143 de 1975, *sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes*, adoptado el 24 de junio de 1975, en vigor 9 de diciembre de 1978.

Convenio No. 151 de 1975, *sobre los trabajadores migrantes*, adoptado el 24 de junio de 1975, en vigor el 25 de febrero de 1981.

Convenio No. 156 de 1981, *sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadores con responsabilidades familiares*, adoptado el 23 de junio de 1981, en vigor el 11 de agosto de 1983.

Convenio No. 169 de 1989, *relativo a los pueblos indígenas y tribales*, adoptado el 27 de junio de 1989, en vigor el 5 de septiembre de 1991.

Convenio No. 182 de 1999, *sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación*, adoptado el 17 de junio de 1999, en vigor el 19 de noviembre de 2000.

Convenio No. 189 de 2011, *sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos*, adoptado el 16 de junio de 2011.

## **A.2. Regionales**

### **A.2.1. Europeos**

#### **A.2.1.1. Consejo de Europa**

Carta Social Europea. Adoptada el 18 de octubre de 1961, en vigor el 26 de febrero de 1965, revisada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, en vigor el 1 de julio de 1999.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, en vigor el 3 de septiembre de 1953.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, adoptado el 4 de abril de 1997, en vigor el 1 de enero de 2000.

Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante, adoptado el 24 de noviembre de 1977, en vigor el 15 de mayo de 1983.

Convención sobre la Participación de los Extranjeros en la vida local, aprobado el 5 de febrero de 1992, en vigor el 1 de mayo de 1997.

Protocolo Adicional a la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado el 20 de marzo de 1952, en vigor el 18 de mayo de 1954.

Protocolo No. 4 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales por el cual se reconocen ciertos derechos y libertades, adoptado el 16 de septiembre de 1963, en vigor el 5 de febrero de 1968.

Protocolo No. 6 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, adoptado el 28 de abril de 1983, en vigor el 3 de enero de 1985.

Protocolo No. 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado el 22 de noviembre de 1984, en vigor el 1 de noviembre de 1988.

Protocolo No. 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, adoptado el 11 de abril de 2000, en vigor el 1 de abril de 2005.

Protocolo No. 13 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte en todas las circunstancias, adoptado el 5 de marzo de 2002, en vigor el 7 de enero de 2003.

#### **A.2.1.2. Unión Europea**

Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, en vigor desde 1995.

Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen de 19 de junio de 1990, en vigor el 26 de marzo de 1995.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo, y la Comisión Niza el 7 de diciembre de 2000.

Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Versión consolidada), modificado por el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, en vigor el 1 de diciembre de 2009.

#### **A.2.2. Interamericanos**

Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada el 22 de noviembre de 1969, en vigor el 18 de julio de 1978.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada el 12 de septiembre de 1985, en vigor el 28 de febrero de 1987.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), adoptada el 9 de junio de 1994, en vigor 5 de marzo de 1995.



Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada el 9 de junio de 1994, en vigor, el 28 de marzo de 1996.

Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptada el 7 de junio de 1999, en vigor el 14 de septiembre de 2001.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en el Protocolo de San Salvador el 17 de noviembre de 1988, en vigor el 16 de noviembre de 1999.

Protocolo a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la pena de muerte, adoptado el 6 de agosto de 1990, en vigor a partir del depósito del instrumento de los Estados que se ratifican o que se adhieren a él.

## **B. No convencionales**

### **B.1. Universales**

Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 (III) el 10 de diciembre de 1948.

Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General en resolución 1386(XVI), Doc. A/4354 (1959) de 20 de noviembre de 1959.

Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, proclamada mediante resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, Doc. 1904(XVIII) de 20 de noviembre de 1963.

Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Doc. 2236(XXII) de 7 de noviembre de 1967.

Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, Asamblea General, Doc. A/RES/3452(XXX), de 9 de diciembre de 1975.

Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, Asamblea General, adoptada el 13 de diciembre de 1985. Doc. A/RES/40/144,

Declaración y Programa de Acción de Viena, proclamada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Doc. A/CONF.157/23. Celebrada en Viena del 14 al 25 de junio de de 1993.

Proclamación de Teherán, adoptada en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Doc. A/CONF.3/41.3 de 13 de mayo de 1968.

OIT. Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1988, adoptada en Ginebra en junio de 1988, en la 86 reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo.

- OIT. Recomendación No. 35 de 1930, *sobre la imposición indirecta del trabajo*, adoptada en Ginebra el 28 de junio de 1930.
- OIT. Recomendación No. 86 de 1949, *sobre trabajadores migrantes*, (revisada), adoptada el 1 de julio de 1949.
- OIT. Recomendación No. 90 de 1951, *sobre la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor*, adoptada el 26 de junio de 1951.
- OIT. Recomendación No. 100 de 1955, *sobre la protección de los trabajadores migrantes en los países y territorios insuficientemente desarrollados*, adoptada el 22 de junio de 1955.
- OIT. Recomendación No. 111 de 1958, *sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación*. Adoptada el 25 de junio de 1958.
- OIT. Recomendación No. 151 de 1975, *sobre trabajadores migrantes*, adoptada el 24 de junio de 1975.
- OIT. Recomendación No.165 de 1981, *sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares*, adoptado el 23 de junio de 1981.
- OIT. Recomendación No.166 de 1982, *sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador*, adoptada el 22 de junio de 1982.
- OIT. Recomendación No. 169 de 1984, *sobre política de empleo*, adoptado el 20 de junio de 1984.
- OIT. Recomendación No. 190 de 1999, *sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación*, adoptada el 17 de junio de 1999.
- *Borrador de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares*, Doc. GB.235/OI/1/3, febrero-marzo de 1987.

Asamblea General: Resolución *sobre explotación de mano de obra por medio de tráfico ilícito y clandestino*, A/RES/ 2920(XXVII), de 15 de noviembre de 1972.

- Resolución *sobre explotación de mano de obra por medio de tráfico ilícito y clandestino*, A/RES/3224(XXIX), de 6 de noviembre de 1974.
- Resolución *sobre Medidas para mejorar la situación y garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todos los trabajadores migratorios*, A/RES/3449 (XXX), de 9 de diciembre de 1975.
- Resolución *sobre Medidas para mejorar la situación y garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todos los trabajadores migratorios*, A RES/ 32/120, de 16 de diciembre de 1977.
- Resolución *sobre medidas para mejorar la situación y garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todos los trabajadores migratorios*, A/RES/33/163, de 20 de diciembre de 1978.
- Resolución *sobre Protección de los migrantes*, A/RES/54/166, de 24 de febrero de 2000.
- *Informe Consejo Económico y Social, Documentos Oficiales de la Asamblea General*, trigésimo tercer periodo de sesiones, A/ RES/33/3, de 2 de noviembre 1978.
- *Informe del Secretario General del Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, Migración internacional y desarrollo*, A/65/203, de 2 de agosto de 2010.

## **B.2. Regionales**

### **B.2.1. Europeos**

Resolución 1509, Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, *Human rights of irregular migrants*, del 27/06/2006.

### **B.2.2. Interamericanos**

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre – DADH. Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, mayo de 1948.

## **V. DERECHO DERIVADO EN LA UNIÓN EUROPEA**

### **A. Reglamentos**

Reglamento (CE) n° 2414/2001 del Consejo, que modifica el Reglamento (CE) n° 539/2001 *por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación*, de 7 de diciembre de 2001.

Reglamento (CE) n° 1030/2002 del Consejo, *por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países*, de 13 de junio de 2002.

Reglamento (CE) n° 453/2003 del Consejo, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 539/2001 *por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación*, de 6 de marzo de 2003.

Reglamento (CE) n° 2007/2004 del Consejo, *por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea*, de 26 de octubre de 2004.

Reglamento (CE) 568/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo *por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras* (Código de fronteras Schengen), de 15 de marzo de 2006.

### **B. Directivas**

Directiva 2000/43/CE del Consejo, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico*, de 29 de junio de 2000.

Directiva 2000/78/CE, *establece un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o condiciones de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación*, 27 de noviembre de 2000.

Directiva 2001/40/CE del Consejo relativa al reconocimiento mutuo de decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, de 28 de mayo de 2001

Directiva 2003/86/CE del Consejo, *sobre el derecho a la reagrupación familiar*, de 22 de septiembre de 2003.

Directiva 2003/109/CE del Consejo, *relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración*, de 25 de noviembre de 2003.

Directiva 2004/114/CE, *relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado*, de 13 de diciembre de 2004.

Directiva 2005/71/CE del Consejo, *relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica*, de 12 de octubre de 2005.

Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, *relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular*, de 16 de diciembre de 2008.

Directiva 2009/50/CE del Consejo, *relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado*, de 25 de mayo de 2009.

Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, *por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular*, de 18 de junio de 2009.

Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, *por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro*, de 13 de diciembre de 2011.

## VI. WEB OFICIALES

Biblioteca Jurídica Virtual Universidad Autónoma de México, <http://www.bibliojuridica.org/>

Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, ([http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/default\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/default_en.asp), consultada mayo de 2012

Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL, <http://www.eclac.org/>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, <http://www.oas.org/es/cidh/>

Consejo de Derechos Humanos, <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/>

Consejo de Europa, [http://www.coe.int/t/dg3/migration/default\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dg3/migration/default_en.asp)

Corte Interamericana de Derechos Humanos, <http://www.corteidh.or.cr/>

Fondos digitales Biblioteca Universidad de Sevilla, <http://fondosdigitales.us.es/>

Fondos digitales Biblioteca Universidad del Rosario, <http://www.urosario.edu.co/biblioteca>

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, <http://www2.ohchr.org/spanish/law/index.htm>

Organización de las Naciones Unidas, <http://www.un.org/es/>

Organización Internacional del Trabajo, <http://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/migrant-workers/lang--es/index.htm>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, [http://www.echr.coe.int/ECHR/Homepage\\_EN](http://www.echr.coe.int/ECHR/Homepage_EN)

Unión Europea, <http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm>

International Human Rights Internship Program y Asian Forum for Human Rights and development (forum Asia), en Círculo de derechos, una herramienta de entrenamiento para el activismo en defensa de los derechos económicos, sociales y culturales. IHRIP y Forum Asia, 2000, disponible en [http://www.forum-asia.org/?page\\_id=3997](http://www.forum-asia.org/?page_id=3997)

MARTÍN,P.: *Migration and development: Toward sustainable solutions*, International Institute for labour Studies, discussion paper, Decent Work Research Programme , Doc, DP/153/2004 Ginebra, 2004, disponible en la página web <http://www.ilo.org/public/english/bureau/inst/publications/discussion/dp15304.pdf>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico- OCDE <http://www.oecd.org/els/workingpapers/empleoy migración>.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD, Informe sobre Desarrollo Humano 2009, *Superando barreras: movilidad y desarrollo humanos*, Nueva York, 2009, disponible en [http://hdr.undp.org/en/media/HDR\\_2009\\_ES\\_Complete.pdf](http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2009_ES_Complete.pdf).